DISSERTATION

Titel der Dissertation

„Verkäufer und Käufer im Spiegel regionalen – und universalen Einheitsrechts“

Verfasser

Mag. Joseph-Augustin Tchameni

angestrebter akademischer Grad

Doktor iuris Dr. iur.

Wien, 2014

Studienkennzahl lt. Studienblatt:	A 083 101
Dissertationsgebiet lt. Studienblatt:	Rechtswissenschaften
Betreuer:	Univ.- Prof. Dr. Helmut Ofner

Inhaltsverzeichnis

Einleitung 9

Erster Teil Verständnis und Anwendungsbereich des UN-Kauf- und OHADA-Rechts 16

Kapitel A Das UN-Kaufrecht und die OHADA 17

I Das UN-Kaufrecht 17

1 Entstehung 17

2 Aufbau und Grundzüge sowie Bedeutung 18

II Die OHADA 20

1 Definition und Ziele 20

2 Entstehungsgeschichte der OHADA 22

3 Strukturen und Überblick über die Anwendbarkeit der OHADA mit Berücksichtigung des UN-Kaufrechts sowie nicht-abgeklärter Rechtsfragen der beiden Regelwerke 25

3.1 Strukturen der OHADA 25

3.2 Grundzüge unter Berücksichtigung des Verhältnisses zwischen OHADA und UN-Kaufrecht 26

3.3 Unmittelbar anwendbares Einheitsrecht gegenüber umsetzungsbedürftigem internationalem Regelwerk 27

3.3.1 Unmittelbar anwendbares Einheitsrecht 27

3.3.2 Umsetzungsbedürftige internationale Regelköper 29

3.3.3 Zwingende Anwendbarkeit versus dispositives Recht 30

4 Auslegung und Lückenfüllung 31

4. 1.1 Auslegung 32

4. 1.2 Auslegungsziele der beiden Regelwerke 33

4.1. 3 Vereinheitlichung durch einheitliche Anwendung 36

4.1. 4 Rechtssicherheit im Wirtschaftsleben 38

4.1. 5 Auslegung von Erklärungen und Parteienverhalten sowie Gebräuchen und Gepflogenheiten 39

4. 1.5.1 Auslegung von Erklärungen und Parteienverhalten 39

4.1.5.2 Gebräuchen und Gepflogenheiten 42

4.2 Auslegungsmethoden 43

5 Lückenfüllung 45

6 Rechtsnatur des Vertrages und Form 47

6.1 Handels- oder bürgerlich-rechtliche Natur des Geschäfts 47

6.2 Form des Vertrages 48

6.3 Schriftlichkeit 51

Kapitel B Anwendungsbereich- und Voraussetzungen 53

I Anwendungsbereich der Regelwerke 54
II Anwendungsvoraussetzungen 56
1 In sachlicher Hinsicht 56
1.1 Definition des Kaufvertrages und Abgrenzung 57
1.2 Herstellungs- und Kaufverträge mit zusätzlichen Pflichten 63
1.3 Vertrag über Waren 73
1.3.1 Warenbegriff und Abgrenzung 73
1.3.2 Ausnahme 75
2 In persönlicher Hinsicht 80
2.1 Kaufmannseigenschaft 81
2.2 Vertragsparteien 85
2.3 Kaufmannsstatut der OHADA 87
2.3.1 Kaufmannstatut unter Rücksicht auf handelsbezogene Geschäfte 88
2.3.2 Kaufmannstatut in beruflicher Hinsicht 91
2.3.3 Definition des Berufes 92
2.3.4 Rechnungslegungspflicht 92
2.3.5 Ausnahme bzw Ausschluss 94
2.3.5.1 Verbraucher 94
2.3.5.2 Ausschluss aus anderen Gründen 99
3 Räumliche Geltung des UN-Kaufrechts und OHADA 100
3.1 Vertragsstaaten 102
3.1.1 Vertragsstaaten des UN-Kaufrechts 102
3.1.2 Mitgliedsstaaten der OHADA 103
3.2 Interner –oder internationaler Charakter des Geschäfts 104
3.2.1 Internationaler Charakter des Geschäfts nach CISG 104
3.2.2 Internes und internationales Geschäft nach OHADA-Recht 104
3.3 Niederlassung in verschiedenen Staaten 105
3.3.1 Niederlassung nach UN-Kaufrecht 105
3.3.2 Niederlassung nach OHADA-Recht 106
3.3.3 Erkennbarkeit des Niederlassungsorts 107
3.3.4 Mehrere oder Keine Niederlassungen 108
3.4 Anwendung kraft IPR-Verweisung 109
3.4.1 IPR-Verweisung im Vertragsstaat des CISG 109
3.4.2 Anwendung kraft IPR-Verweisung im OHADA-Staat 110
3.4.3 Sonderfälle Guinea und Gabun 113
3. 5 Anwendung durch Rechtswahl 115
4 Zeitliche Geltung der OHADA 117
III Zusammenfassend 119

Teil 2 Vertragsbildung und die Pflichten sowie die Folgen der Vertragsverletzungen 123

Kapitel C Abschluss des Vertrages oder Konsensbildung 123

I Angebot 123
1 Inhaltliche Anforderungen an das Angebot und an den Bindungswillen 125
1. 1 Bestimmtheit des/der Adressaten 126
1. 2 Bestimmtheit des Inhalts 129
2 Bindungswille 135
3 Wirksamkeit des Angebots 140
3.1 Wirksamwerden des Angebots 141
3.1.1 Rücknahme 142
3.1.2 Rechtsfolgen 144
3.2 Zugang eines Angebots 145
3.2.1 Mündliche Erklärung 146
3.2.2 Unter Einsatz eines Mediums unterbreitetes Angebot 147
3.3 Widerruf des Angebots 150
3.3.1 Voraussetzungen 151
3.3.2 Rechtsfolgen 154
3.4 Erlöschen des Angebots 157
II Annahme des Angebots 163
1 Inhaltliche Anforderungen der Annahme 164
1.1 Art und Weise der Annahme 165
1.2 Form der Annahme 166
1.2.1 Mündliche Annahme 166
1.2.2 Schriftliche Zustimmung 166
1.2.3 Verhaltensweise Annahme 167
1.2.4 Schweigen und Untätigkeit 169
1.3 Inhaltliche Abweichungen 172
1.3.1 Wesentliche Abweichungen 172
1.3.2 Unwesentliche Änderung des Angebots 174
1.3.2.1 Nach Schrifttum besteht kein Gegenangebot 174
1.3.3 Umfang der Abweichung 175
1.3.3.1 Wesentliche Abweichung im Schrifttum und Rechtsprechung 175
1.3.3.2 Annahme mit nicht-wesentlichen Änderungen 177
1.4 Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen 179
2 Wirksamkeit der Annahme 181
2.1 Wirksamwerden 181
2.1.2 Zugangsfreie Annahmehandlungen 184
2.1.2.1 Begriff der Handlung 185
2.1.3 Annahmefrist 186
2.1.4 Annahme 190
2.1.4.1 Zeitpunkt der Annahme unter Berücksichtigung des Kommunikationsmittels und deren Abgabeart und Frist 192
2.1.4.2 Implementierung der Empfangstheorie 192
2.1.4.3 Annahme unter Berücksichtigung angemessener Frist 194
3 Rücknahme der Annahme 195
III Zusammenfassend 197

Kapitel D Pflichten der Parteien aus abgeschlossen Kaufvertrag _____ 203
I Pflichten des Verkäufers _____ 205
1 Lieferung der Ware _____ 206
1.1 Lieferhandlung _____ 207
1.2 Lieferort _____ 213
1.3 Lieferzeit _____ 217
1.4 Übergabe der Warendokumente _____ 220
2 Vertragsmäßigkeit der Ware _____ 222
2.1 Qualitäts-und Quantitätsmängel der verkauften Ware _____ 223
2.2 Untersuchungs-, Anzeige- und Ausschlussfrist. _____ 230
3 Gewährleistungspflicht _____ 238
3.1 Rechtsmängel und Besitzstörung _____ 240
3.1.1 Zur Wahrung der Rechte _____ 241
3.1.2 Gewerbliche Schutzrechte _____ 244
3.1.3 Eigentumsübergang _____ 247
3.1.4 Eigentumsvorbehalt _____ 253
4 Sonstige Pflichten oder Vereinbarungen _____ 255
II Pflichten des Käufers _____ 256
1 Zahlung des Kaufpreises _____ 257
1.1 Preisbestimmung und Zahlungsabwicklung _____ 257
1.1.1 Erfüllung der Zahlungspflicht (Maßnahmen und Formalitäten) _____ 257
1.1.2 Erfüllungswirkung des geschuldeten Kaufpreises _____ 261
1.2 Ort der Zahlung _____ 262
1.2.1 Bestimmter Zahlungsort nach vertraglicher Vereinbarung _____ 264
1.2.2 Konkretisierung des Zahlungsorts beim Fehlen vertraglicher Vereinbarungen _____ 266
1.3 Zahlung zur rechten Zeit _____ 268
1.3.1 Erfüllungstermin der Kaufpreiszahlung nach Vereinbarung _____ 269
1.3.2 Zahlungszeit bei fehlender vertraglicher Vereinbarung _____ 269
1.3.3 Frühe Zahlung _____ 276
1.3.4 Zahlungsaufforderungen und Rechnung _____ 277
1.3.5 Gerichtsstand für Zahlungsklagen _____ 278
2 Annahme _____ 280
2.1 Erforderliche Einzelhandlungen zur Erfüllung der Annahmepflicht _____ 281
2.2 Übernahme der Ware _____ 283
2.2.1 Abgrenzung und Ausnahmen von der Abnahmepflicht(Erhaltung der Ware) 285
3 Gefahrübergang _____ 290
3.1 Anwendungsbereich des Gefahrübergangs _____ 292
3.1.1 Beförderungsverkäufe _____ 294
3.1.2 Verkauf von reisender Ware _____ 296
3.1.3 Sonstige Verkäufe _____ 300
3.2 Rechtsfolgen und Reichweite des Gefahrübergangs _____ 302
3.2.1 Rechtsfolgen _____ 302
3.2.2 Reichweite des Gefahrübergangs _____ 305

Kapitel E Rechtsbehelfe **306**
I Rechtsbehelfe des Käufers 310
1 Rechtsbehelfe bei vorweggenommenen Vertragsverletzungen 311
1.1 Aussetzung der Erfüllungspflichten(Zurückbehalterecht) 312
1.1.2 Umsetzung des Zurückhalterechts 317
1.1.3 Folgen des Zurückhalterechts 319
1.3 Vorzeitig offensichtliche Vertragsaufhebung 323
1.3.1 Voraussetzungen der vorzeitigen Vertragsaufhebung 323
1.3.2 Ausübung des vorzeitigen Aufhebungsrechts 327
1.3.3 Fall des Sukzessivlieferungsvertrags 330
2 Rechtsbehelfe infolge Vertragsverletzungen 337
2.1 Erfüllungsanspruch 340
2.1.1 Voraussetzungen 344
2.2 Sonderformen des Erfüllungsanspruchs 347
2.2.1 Ersatzlieferung 348
2.2.2.1 Umsetzung 353
2.2.2 Nachbesserung 358
2.2.2.1 Umsetzung 362
2.2.2.2 Nacherfüllungsrecht und Angebot des Verkäufers als freiwillige Erfüllung 364
2.2.2.3 Begriff des Nacherfüllungsrechts und Angebots 364
2.2.2.4 Differenzierung der Nacherfüllung und Zeitpunkt 367
2.2.2.5 Nacherfüllungsrecht im Sinne Art 48 Abs 1 UN-Kaufrecht, Art 252 AU.DCG 367
2.2.2.6 Nacherfüllungsverlangen des Verkäufers nach Art 48 Abs 2 UN-Kaufrecht; alter Art 253 AU.DCG 369
2.2.2.7 Verhältnis der Nacherfüllung zum Aufhebungsrecht 371
2.3 Aufhebung des Vertrages durch den Käufer 374
2.3.1 Wesentliche Vertragsverletzung als Ursache der Aufhebung 377
2.3.1.1 Begriff der Wesentlichkeit 377
2.3.1.2 Gesetzliche Definition 377
2.3.1.3 Wesentlichkeit unter dem Gesichtspunkt der Lehre 380
2.3. 1.4 Illustration der Wesentlichkeit 383
2.3.1.5 Sonderregelungen zur Aufhebung des Vertrages infolge Wesentlichkeit 388
2.3.2 Aufhebung des Vertrages wegen Nichtlieferung 388
2.3.3 Sukzessivlieferungsvertrag 390
2.3.4 Teilaufhebung des Vertrages 391
2.3.4 Ausübung des Aufhebungsrechts 392
2.3.4.1 Ordnungsgemäße Mängelrüge 392
2.3.4.2 Vertragsaufhebung durch Erklärung der aufhebenden Partei 393
2.3.4.3 Frist zur Abgabe der Aufhebung 398
2.3.4.4 Rechtsfolgen einer Vertragsaufhebung 409

II Rechtsbehelfe des Verkäufers 414
1 Bei drohender Vertragsverletzungen 414
1.1 Anhalterecht 415
2 Rechtsbehelfe des Verkäufers wegen Pflichtverletzungen durch den Käufer 416
1 Erfüllungsanspruch 418
1.1 Verlangen der Erfüllung 418
1.1.1 Voraussetzung der Erfüllung auf Verlangen 418
1.1.2 Umsetzung des Anspruchs 423
1.1.3 Nacherfüllungsrecht des Käufers 425
1.1.4 Zur Nachfristsetzung 427
2 Vertragsaufhebung durch den Verkäufer 429
2.1 Voraussetzungen zur Vertragsaufhebung 430
2.1.1 Wesentlichkeit der Pflichtverletzung 430
2.1.2 Abgabe der Aufhebungserklärung 437
2.1.3 Zur Umsetzung 438
2.2. Rechtsfolgen 440
2.3. Zum Beweis 441
III Rechtsbehelfe in Form vom Geldersatz 442
1 Herabsetzung des Kaufpreises 443
1.1 Voraussetzungen des Anspruchs auf Herabsetzung des Kaufpreises 444
1.2 Ausnahmen 448
1.3 Umsetzung des Minderungsrechts 448
1.4 Berechnung der Minderung 450
1.5 Rechtsfolgen der Minderung 454
2 Zinszahlung 455
2 .1 Voraussetzung 456
2.2 Zur Höhe des Zinssatzes 457
3 Schadenersatz 458
1 Umfang der Schadenersatzpflicht und Voraussetzung zum Ersatzanspruch 460
1.1 Schadensermittlung bei Total Reparation 461
1.2 Schadensermittlung bei Aufhebung des Vertrages 464
2 Voraussetzungen zum Ersatzanspruch 464
2.1 Schaden des Vertragspartners 464
2.2 Vertragsverletzung 465
2.3 Kausalitätsprinzip 465
2.4 Schadenszurechnung 466
2.5 Schadensberechnung und Schadensbegleichung sowie Schadensminderung 469
2.5.1 Schadensberechnung nach dem Grundsatz der Totalreparation 470
2.5.2 Konkrete Schadensberechnung nach Maßgabe eines Deckungsgeschäftes 472
2.5.4 Abstrakte Schadensberechnung nach der Marktpreisregel 476
2.5.5 Schadensminderungsobliegenheiten 479
2.5.6 Schadensbegleichung 482
2.6 Befreiungen 483

2.6.1 Voraussetzungen der Befreiung im UN-Kaufrecht und in der OHADA 484
2.6.2 Befreiung wegen Gläubiger-Verursachung 489

3.Teil Verkäufer oder Käufer im Dilemma der Regelwerke bei der Wahrung der Rechtssicherheit in den Vertragsbeziehungen sowie in der Durchsetzung der Rechte anhand bestehenden Streitverfahrens *489*

Kapitel F Gerichtsbarkeit 490
I Zur Sicherung der Ansprüche und einheitlichen Anwendung bzw Auslegung des UN-Kaufrechts 490
II Zur Sicherung der einheitlichen Anwendung und Auslegung des OHADA-Rechts in den Mitgliedstaaten 491
III Schiedsverfahren 493
Kapitel G Vorranganwendung des OHADA- oder UN-Kaufrechts? 495
I Rechtsnatur der Rechtsakte 495
1 Begründung der Vorranganwendung des OHADA-Rechts 497
2 Zur Begründung der Vorranganwendung des UN-Kaufrechts 497
II Wechselwirkungen zwischen UN-Kaufrecht und OHADA-Kaufrecht 499
1 Einfluss des UN-Kaufrechts auf das OHADA-Recht 499
2 Beachtung des UN-Kaufrechts bei der Umsetzung und Anwendung von OHADA-Recht im nationalen Recht 506
3 Einfluss des OHADA-Rechts auf die Geltung des UN-Kaufrechts im OHADA-Raum 508
4. Beachtung des UN-Kaufrechts bei der Anwendung des OHADA-Rechts 509

4. Teil Resümee 510
I Zusammenfassung und Schlussfolgerungen 514
II Ausblick 529

Einleitung

Die Koexistenz des „regionalen“ [1] und „universalen“[2] Einheitsrechts wirft eine Reihe von Rechtsfragen auf, deren Behandlung und Lösung auf den Gebieten des Privat- und Wirtschaftsrechts Schwierigkeiten bereiten. Einerseits bietet der wachsende Bestand regional vereinheitlichter oder harmonisierter Rechtsnormen gegenüber dem disziplinären Rechtswesen des Völkerrechts ein anderes, facettenreiches Bild und bringt damit neue Forschungsweisen sowie ein anderes Denken und Wissen im Bereich des Privat- und Handelsrechts hervor. In der Erforschung der Spannungsverhältnisse und Lösungsansätze, die sich aus Wechselwirkungen, Konkurrenzverhältnissen sowie Konfliktlagen zwischen derartigen Rechtswesen ergeben, stehen die Rechtswissenschaften noch am Anfang. Andererseits führt die Entwicklung der elektronisch unterstützten Gestaltung sämtlicher wirtschaftlicher Transaktionen (e-Business) einen Wandel in der Wirtschaft herbei. Der Kauf von Waren bei einem Online-Versandhaus, die elektronische Kommunikation zwischen einer Handelskette und ihren Zulieferbetrieben, Teleshopping, die elektronische Unterstützung von Warentransporten stellen Beispiele für diesen Wandel dar. Der Internetzugang erleichtert die Intensivierung des An- und Verkaufs von Waren über staatliche Grenze hinweg. Bei derartiger „Grenzenlosigkeit“ wirtschaftlicher Nutzung und aufgrund der fortschreitenden Globalisierung stellt sich im Zuge des Geschäftsverkehrs zwischen Unternehmern (Kaufleuten) oder zwischen Unternehmer und Verbraucher als Parteien aus rechtlicher Sicht neben den unverzichtbaren vertraglich zu regelnden Punkten auch die Frage nach dem auf den Kaufvertrag anwendbaren Recht. Im Mittelpunkt dieser Arbeit stehen das UN-Kaufrecht und die OHADA[3], wobei der Kaufvertrag zwischen dem Verkäufer und dem Käufer ins Zentrum der Betrachtung gerückt wird.

---

[1] In diesem Kontext ist regional anders als universal jenseits der Staatsgrenzen der Oberbegriff zur Bezeichnung des gesamten Gebiets, auf dem das Einheitsrecht Anwendung findet, zB EU-Recht OHADA-Recht; Vgl *Schroeter,* UN-Kaufrecht und Europäische Gemeinschaft, Verhältnis und Wechselwirkungen, 4.

[2] Universal bedeutet hingegen weltweites Einheitsrecht wie UN-Kaufrecht.

[3] Die Zusammenschlüsse von regionalen Organisationen wie OHADA finden in fünf Kontinenten: In Europa zB die Europäische Union, in Amerika die North American Free Trade Area(NAFTA), die Caribbean Community(CARICOM), der Mercado del sur(MERCOSUR), zwischen Australien und Neuseelands das Closer economic Relations Trade Agreement(CER), in Asiandie Association of south East Asian Nations (ASEAN), in Afrika die OHADA, *Schroeter*, UN-Kaufrecht und Europäisches Gemeinschaftsrecht, 67, 68.

Verkäufer und Käufer sind begrifflich nicht im „Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 11. April 1980 über Verträge über den internationalen Warenkauf“ (UN-Kaufrecht oder auch CISG genannt) definiert. Im ersten Teil in Bezug auf die Bedingungen des Anwendungsbereiches des Übereinkommens spricht Artikel 1 Abs 1 über Verkäufer und Käufer nur im Rahmen des Kriteriums der Niederlassung. Auch der Art 4 bezieht sich auf Verkäufer oder Käufer nur über Rechte und Pflichten. Im Rechtsverhältnis zwischen dem Verkäufer und Käufer sind Rechtsfragen hinsichtlich der Vertragsbildung offen. Außerdem ist das System von Rechtsbehelfen und der Rückwirkung der Rechte nicht vollständig geklärt.

In der „ Organisation pour l´harmonisation du Droit des Affaires en Afrique, OHADA“- auf Deutsch Organisation für die Harmonisierung des Wirtschaftsrechts in Afrika- sind Verkäufer und Käufer nicht genau definiert. Der Art 2 AU.DCG[4] definiert Kaufmann als „celui qui fait de l´accomplissement d´actes de commerce par nature sa profession“ dh derjenige, der der handelsrechtlichen Tätigkeit gewerblich nachgeht. Ob der Kaufmann selbständig in seinem Metier andauernd tätig ist und seine Kraft darauf konzentriert, diese Tätigkeit berufsmäßig gekonnt zu verrichten und sich somit von sonstigen Marktteilnehmern durch die Professionalität zu unterscheiden[5], dies wird im OHADA-Text nicht ausdrücklich geregelt. Auf der Ebene der Kritik wird diese Definition als zu kurz bezeichnet[6]. Unter handelsbezogene Geschäfte fallen auch die sogenannten Vorbereitungsgeschäfte[7]. Folglich könnte die erweiterte Anwendung des OHADA-Regelwerks kraft kollisionsrechtlicher Verweisung eine Eingriffsnorm darstellen[8].

Im Handelsrecht (Unternehmensrecht) haben wir umfassende Beschreibungen über Kaufleute (Unternehmer), über kommerzielle Verträge und handelsbezogene (unternehmensbezogene) Geschäfte. Das UN-Kaufrecht kommt grundsätzlich nur zur Anwendung auf Kaufverträge über bewegliche Sachen, die zu gewerblichen Zwecken vertrieben werden. Im UN-Kaufrecht gibt es keinen Unterschied zwischen zivilen und kommerziellen Verträgen (Art 1 Abs 3 dritter Satz). Auch die Kaufmannseigenschaft bzw der Unternehmerstatut wird nicht verlangt(Art 1 Abs 3). In der OHADA wird

[4] Acte uniforme sur le droit commercial Einheitsakte(zum allgemeinen Handelsrecht“).
[5] Dazu *Krejci,* Unternehmensrecht, 8.
[6] Vgl *Akuété/Toé,* OHADA Droit commercial général, alte Definition zum Fünften Buch, 78.
[7] Siehe Art 3 AU.DCG des Achten Buches.
[8] Zum Verbraucherschutz zählen die Vorbereitungsgeschäfte nicht zu den unternehmensbezogenen Geschäften § 343 Abs 3 UGB*, Krejci*, 262 f.; *Ofner /Zankl*, Bürgerliches Recht Teil IV, 11; *Piltz*, Internationales Kaufrecht, 41 f.

hingegen der kommerzielle Charakter des Geschäfts sowie der Kaufmannstatut im Zuge des Handelskaufs vorausgesetzt (Art 234 AU.DCG). Der Staatsvertrag (StaatsV) beansprucht und erfasst „Einheitsakte", über Wirtschaftsrecht[9] (besonders Gesellschaftsrecht, Handelsrecht, Schiedsverfahren, Exekutionsverfahren, Schiedsgerichtsbarkeit, Beförderungsverträge im Straßengüterverkehr sowie Verträge über den kommerziellen Warenkauf etc).

Die OHADA wurde am 17. Oktober 1993 auf einer Konferenz in Port Luis auf der Insel Mauritius geschlossen und heißt deshalb „Traité de l´île Maurice" bzw „Traité de Port Luis" mit dem Ziel in dieser Region ein modernes und einheitliches Rechtswesen zu schaffen[10].

Es ist zu bemerken, dass es sich bei der OHADA selbst um eine supranationale Organisation handelt, deren Gesetzgebungsorgan, der Ministerrat (*Conseil des Ministres*) ist. Dieser setzt sich aus den Finanz- und Justizministern der beteiligten Staaten zusammen und erlässt anhand des einzigen Harmonisierungsinstruments der OHADA einstimmig Rechtsakte in Form von sogenannten "Actes Uniformes" (AU), die nach ihrem Erlass als Einheitsrecht unmittelbar in den Mitgliedstaaten gelten und dabei nach abweichendem nationalem Recht, älteren wie jüngeren Datums, vorgehen[11].

Die AU ähneln insofern EG-Verordnungen (Art 249 Abs 2 EG) und benötigen für die Umsetzung in die Rechtsordnung der Mitgliedstaaten keine Ratifizierung, Annahme und Genehmigung wie beim UN-Kaufrecht Art 91 Abs 2[12]. Ihr Erlass wird vom Sekretariat (Secrétariat Permanent) der OHADA in Zusammenarbeit mit den Regierungen der Mitgliedstaaten vorbereitet (Art 6 StaatsV). Die Bestimmungen der

---

[9] *Modi-Koko-Bebey,* „La réforme du droit des affaires de l´OHADA au regard de la mondialisation de l´économie" (Verständnis der OHADA aus Sicht der Globalisierung der Wirtschaft), 2; „L´harmonisation du droit des affaires en Afrique: Regard sous l´angle de la théorie générale du droit" (Verständnis der OHADA aus Sicht der Rechtswissenschaftslehre und deren Kontroverse im Anwendungsbereich des Wirtschaftsrechts), 13- 15; www.ohada.com; *Mouloul,* Comprendre l'OHADA, 37.

[10] *Schroeter*, Art 1 OHADA-Vertrag; dazu *Bolmin/Bouillet-Cordonnier/Medjad,* Harmonisation du Droit des Affaires dans la Zone Franc, J.D.I. 1994, 375 f, 378; *Issa-Sayegh,* Quelques aspects techniques de l'intégration juridique: l'exemple des actes uniformes de l'OHADA, Unif. L. Rev. 1999, 5f, 6; *Pfleiderer* (Fn 9), 468; cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblioschroeter.htm/#2 (23.01.2011).

[11] Art 10 OHADA-Vertrag(genannt auch Art 10 StaatsV; *Hagge*, 19); Vgl *Bolmin/Bouillet-Cordonnier/Medjad* (Fn 10), 387; *Issa-Sayegh* (Fn 10), 20 f.

[12] Dazu *Piltz,* 18; Allerdings bei Beitritt ein neues Mitglied der OHADA sind die nach der Hinterlegung der Ratifizierungsurkunde sowohl der Staats V als auch innerhalb der Gemeinschaft bereits in Kraft getretenen einheitlichen Rechtsakte vorbehaltslos nach 60 Tagen in diesem Staat anwendbar, Art. 53Abs 2 iVm Art 54 Staats V so *Hagge*, 31.

OHADA- Einheitsakte sind dem nationalen Recht vorrangig und nähern sich daher der supranationale Rechtsnatur des europäischen Gemeinschaftsrechts[13]. Zur Absicherung der Geschäfte und Wahrung der Interessen der Einzelnen sowie zur Sicherung der einheitlichen Auslegung der AU und deren Anwendung sowie der Entscheidungen wurde ein gemeinsamer Gerichtshof(Cour Commune de Justice et d'Arbitrage-CCJA) mit Sitz in Abidjan (Elfenbeinküste) geschaffen[14].

Mit dem ersten „Acte uniforme sur le droit commercial(zum allgemeinen Handelsrecht)" (AU.DCG) vom 1.1.1998, der seit seiner Revision im Jahr 2010 in 17 afrikanischen Vertragsstaaten in Kraft getreten ist(am 16.05.2011), wurde auch das Recht der grenzüberschreitenden Kaufverträge auf der Grundlage des UN-Kaufrechts vereinheitlicht[15]. Außerdem regelt das Fünfte bzw Achte Buch(AU.DCG)- anders als das UN-Kaufrecht – auch interne(nationale) Kaufgeschäfte[16].

Wie das UN-Kaufrecht schafft der Achte Buch des AU.DCG selbst materielles Recht und verweist nicht bloß - wie die Rom I-Verordnung oder das Internationale Privatrechtsgesetz (IPRG) - auf nationale Sachnormen[17]. Wie schon das UN-Kaufrecht, so regelt auch der Achten Buch des AU.DCG nicht alle mit einem Kaufvertrag in Zusammenhang stehenden Fragen. Eine ergänzende IPR-Norm enthält

---

[13] Vgl *Pechstein*, Entscheidungen des EuGH, 1.

[14] Vgl zum Gerichtshof ausführlich *Ndoye,* La nouvelle Cour de cassation des pays de l'OHADA, 1998. Für die Investoren sollte das OHADA-Recht investorenfreundliches Wirtschaftsrecht sein. Der Vorteil des OHADA-Rechts liegt darin, dass in siebzehn Staaten moderne und auf Bedürfnisse der Investoren angepasste Rechtsnomen bestehen. Statt mehrere Rechtsordnungen zu beachten, gilt lediglich eine einzige. Mit Vertragsänderung durch Traité vom Québec vom 17.Oktober 2008 – in Kraft getreten seitdem 21 Marz 2010-, ist der CCJA auch für die Beurteilung der Entscheidungen zuständig.

[15] Acte Uniforme sur le droit commercial général (AU.DCG) vom 17.4.1997, in Kraft seit dem 1.1.1998; einen knappen Überblick gibt *Pfleiderer*, Das neue einheitliche Wirtschaftsrecht afrikanischer Mitgliedstaaten der Organisation der OHADA, RIW 1998, 468, 469. Der AU.DCG teilte sich in sechs jetzt acht bzw 9 Bücher; das Fünfte bzw Achte Buch enthält die Vorschriften über den Handelskauf). cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblioschroeter.htm/#2: Die Texte von AU.DCG und OHADA-Vertrag sind im Internet auf einer in Zusammenarbeit mit dem OHADA-Sekretariat unterhaltenen Website sowohl im Original als auch in Übersetzungen abrufbar (www2.lexum.umontrealca/ohada/ohada.html); daneben ist auf die z. Zt. noch im Aufbau befindliche Seite "www.OHADA.com" hinzuweisen, auf welcher künftig auch Gerichtsentscheidungen und Literaturnachweise zum Recht der OHADA verfügbar sein sollen; Siehe *Hagge*, Das einheitliche Kaufrecht der OHADA, 17.

[16] Die Anwendbarkeit des OHADA-Rechts auf nicht nur internationale Kaufverträge zwischen Parteien mit Niederlassung in verschiedenen Mitgliedstaaten, sondern auch auf rein innerstaatliche Geschäft wird als Gewinn bewertet, da eine unnötige Rechtspaltung vermieden wird, so *Hagge*, 168.

[17] *Hagge*, 36:zum Aufbau; siehe *Piltz*, § 1, Rn 4; *Schlechtriem*, Internationales UN-Kaufrecht, Rn4; *Staudinger/Magnus*; u.a *Karolu*s, 7.; *Posch*, Bürgerliches Recht/VII Internationales Privatrecht, 152.

jedoch der nunmehrige Achte Buch des AU.DCG[18]. Art 237 AU.DCG ordnet insofern für im Achten Buch nicht geregelte Fragen die Geltung des "Droit commun" an und stellt damit eine taugliche Norm zur Lückenfüllung bei internen Kaufverträgen bereit; soweit internationale Verträge betroffen sind, muss mangels einer einheitlichen Kollisionsnorm weiterhin auf das nationale (unvereinheitlichte) IPR, oder staatsvertragliche einheitliche Recht sowie die Verordnung Rom 1 zurückgegriffen werden[19]. Der „Acte Uniforme“ über Verträge über den kommerziellen Warenkauf enthält grundsätzlich zwingendes Recht(Art 10 Staats V iVm Art 1 Abs 1 AU.DCG) und kann daher von den Parteien nicht jedoch pauschal wie im UN-Kaufrecht (Art 6 CISG) abbedungen werden. Teilweise kann der zwingende Charakter der OHADA-Vorschriften auch dazu führen, dass ein Bereich als umfassend und damit als abschließend behandelt zu verstehen ist. In einem solchen Fall verbietet es sich, ergänzende Normen aus einem sonst über Art 237 iVm Art 1 Abs 2 AUDCG zur Anwendung berufenen nationalen Recht hinzu zu ziehen[20]. Nach Art 234 bezüglich des Einheitsaktes des allgemeinen Handelsrechts (AU.DCG) gilt das Regelwerk für Kaufverträge über Waren zwischen Vertragsparteien, die Kaufleute, natürliche oder juridische Personen sind. Unter „Waren“ sind bewegliche Sachen zu verstehen. Ob nur körperliche Sachen darunterfallen oder etwa auch Software, ist in der Lehre strittig[21]. Wie im „Wiener Kaufrechtsabkommen“ ist der Erwerb von Wertpapieren,

---

[18] Der AU. DCG des Fünften Buches enthielt anders als Achten Buches keine ergänzende IPR-Norm, Siehe *Schroeter, Gomez*, (Fn 12), 153: "une grave lacune, ein schwerer Mangel"; cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblioschroeter.htm/#2 (23.01.2011).

[19] *Schroeter;* Praktisch bedeutsam ist dies wegen der historisch bedingten Ähnlichkeit der nationalen Rechte der OHADA-Staaten vor allem bei Verträgen mit in Drittstaaten niedergelassenen Parteien. Da sich der OHADA-Gesetzgeber vor allem an bis dahin in den Gründungsländern geltenden Rechtsinstituten französischen Urspruchs für die bereits verabschiedeten einheitlichen Rechtsakte orientiert, läuft Gefahr für die Internationalität der Zielsetzung der OHADA, so *Hagge*, 40; Siehe Vgl *Akere Muna*, Im Interview bei Tietcheu, J.A.E. Nr 282 (1999), 42 (44). Es gilt allerdings eine Verbesserung durch Abkommensänderung, siehe Les innovations du Traité OHADA revisé du 17 octobre 2008.
www.juriafrica.com/./les-innovations-du-traite (5. 3. 2012).

[20] *Hagge*, 168, die zwingende Anwendung besteht vor allem bei Vertragsschluss und Gefahrübergang. Hingegen können die Parteien teilweise individuell abweichende Vereinbarungen hinsichtlich der Vertragspflichten, der Rückabwicklung und Eigentumsvorbehalts treffen; Vgl Art 205 bzw 237 Siehe *Hagge*, Das einheitliche Kaufrecht der OHADA, 37; der Einheitsrecht geht den anderen (unvereinheitlichten) Vorschriften der Mitgliedstaaten vor, die im Bereich des Kaufvertragsrechts nur noch anzuwenden sind, sofern sie den Regelungen des Achten Buches nicht entgegenstehen, (Art 1Abs 2 und Art 237 AU.DCCG.

[21] Vgl *Koziol-Welser*, II/a, 171*; Perner/Spitzer/Kodek; Bürgerliches Recht, 630;* Vgl *Posch*, 152, nach der Judikatur unterliegt die Lieferung der Standard-Software via USB-stick dem CISG, entgegen hM kommt das CISG bei der Onlinelieferung derselbe Software- auch im Wege des Downloads nicht zur Anwendung, OGH IHR 2005, 195, CISG-online Nr 1047.

Zahlungsmitteln sowie von Waren im Rahmen von Versteigerungen oder Zwangsvollstreckungen, von Seeschiffen, Binnenschiffen Luftkissenfahrzeugen oder Luftfahrzeugen elektrischer Energie etc. nunmehr ausdrücklich ausgenommen (Art 236 AU.DCG). Ob die Bestimmungen der OHADA auf ein „Streckengeschäft" anzuwenden sind, nicht aber auf einen „Veredelungsvertrag", dessen Kern die Vereinbarung bildet, im passiven Zollvermerkverkehr von einer Seite Material zu liefern von der anderen Seite zu bearbeiten und zurückzuliefern ist, wie im UN-Kaufrecht zu bejahen[22]. Der Spezifikationskauf(Art 65 UN-Kaufrecht) wird jedoch vom Achten Buch nicht berücksichtigt. Auch es fehlt eine Art 29 UN-Kaufrecht entsprechende Bestimmung, auf Grundlage derer Vereinbarungen zur Änderung oder Aufhebung der Konvention erfasst werden soll[23].

Das nunmehrige Achte Buch über den Handelskauf (Artt 234- 306 AU.DCG) regelt nur den Abschluss von Kaufverträgen und die daraus entstehenden Rechte und Pflichten des Verkäufers und des Käufers sowie die Verjährung[24]. Vor 15. Dezember. 2010 hießt Fünfte Buch über den Handelskauf (Artt 202- 288 AU.DCG). Die Gültigkeit des Vertrages und seine Wirkung auf das Eigentum der verkauften Ware und die Haftung des Verkäufers für durch die Ware verursachte Personenschäden unterliegen hingegen weiterhin dem nationalen Recht[25]. Nach diesem sind daher Geschäftsfähigkeit, Irrtumsfolgen und Erlaubtheit des Vertrages zu beurteilen. Anders als im UN-Kaufrecht werden der Eigentumserwerb, die Verjährung und – sofern kein Drittstaatenbezug besteht- auch die Stellvertretung ausdrücklich geregelt. Dabei sind aber gewisse Lücken auch hier unvermeidbar[26]. Darüber hinaus bringt dieses Regelwerk zum Ausdruck, was man als modernes und international akzeptiertes

[22] Vgl *Posch*, 195, Siehe *Hagge*, 50.
[23] Siehe *Hagge*, 51; Vgl *Schlechtriem/Ferrari*, Art 1, Rn 19; *Staudinger/Magnus*, Art 1.
[24] Vgl *Hagge,* zum AU.DCG des Fünften Buches, 35. Die Verjährungsregeln mit deutlicher Bezugnahme auf das New Yorker Verjährungsübereinkommen von 1974.
[25]Siehe *Hagge*, 47, das „ Droit commun" (Art 205 AU.DCG): Mit diesem Begriff werden im französischen Recht die Regeln des Droit civil bezeichnet, die allgemeine Gültigkeit haben; Dazu *Larroume*t, Anm. 88. Nicht zum „ Droit commun" gehören demnach spezialgesetzliche Regelungen. Vom Droit commun sind auch nicht kodierte allgemeine Rechtsgrundsätze umfasst; Dazu *Fénéon/Gomez*, zum alten Art. 205, Anm.2; *Gomez*, Penant Nr 827, Anm26. Der Art 205 nicht zu lösenden Fragen, erfolgt anhand IPR; Dazu *Schroeter*, Recht in Afrika 2001, 163(167).
[26] Vgl alter Art 274(301 iVm 302) AU.DCG, *Santos/Toé*, 27 f; Siehe *Hagge*, 47*; Gomez*, Penant Nr 827, Anm 33, insgesamt wird keine Trennung zwischen dem internen und dem internationalen Geschäft vorgenommen.

Regelungsmodell schätzte[27]. Wenngleich sich die Verfasser erklärtermaßen überwiegend bei der Schaffung der kaufrechtlichen Vorschriften im Fünften(jetzt Achten) Buch des AU.DCG am UN-Kaufrecht stark orientiert[28] haben, liegt jedoch aufgrund zahlreicher abweichender Vorschriften der Schluss nahe, dass die vorgenommenen Änderungen erheblich die zentralen Teile der Systematik des UN-Kaufrechts betreffen und bilden daher ihre eigene Identität[29]. Die konkurrierenden und nicht aufeinander abgestimmten Einheitsrechtsakte können zum Spannungsfeld zwischen universalem Einheitsrecht und regionaler rechtlicher Integration führen, zumal bis dato zwei[30] von 17 OHADA-Staaten[31] das UN-Kaufrecht ratifiziert haben. Die Unklarheit, ob einer der Regelwerke vorrangig oder beide wechselseitig zur Anwendung kommen sollen, kann für den Rechtsunterworfenen, insbesondere den Wirtschaftsteilnehmern, angesichts der Durchsetzung ihrer Rechtsansprüche ein Dilemma darstellen. Zudem, da die beiden Regelwerke fast keinerlei Widerrufsrecht nach Vertragsabschluss einräumen, kann diese Situation aus der Perspektive des Marktteilnehmers bzw „Marktbürgers“ dazu führen, dass er von unvorteilhaften Einheitsrechtsakten ausgeht. Zum Schutz der Verbraucher treten des weiteren Probleme im *e Business* auf. Die Erkennbarkeit der Verbrauchereigenschaft im E.Commerce als Voraussetzung zum Ausschluss der Anwendbarkeit des UN-Kaufrechts oder AU.DCG kann erschwert werden, insbesondere wenn ein Angestellter

---

[27] [27] *Schroeter*, das einheitliche Kaufrecht der afrikanischen OHADA-Staaten im Vergleich zum UN-Kaufrecht; cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblioschroeter.htm/#2 (23.01.2011).

[28] Vgl *Gomez,* (Fn 12), 146 f; *Nsie* (Fn 13), 6. In der Zwischenzeit hat man sich auch in der EU bei der Angleichung des Verbrauchsgüterkaufrechtes durch die Richtlinie 1999/44/EG (ABl. EG v. 7.7.1999 Nr L 171, 12 ff) am UN-Kaufrecht orientiert; Vgl dazu *Staudenmayer*, Die EG-Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf, NJW 1999, 2393 f; Siehe *Hagge*, 17.

[29] *Schroeter*, das Regelwerk, das man als modernes und international akzeptiertes Regelungsmodell schätzte. Dabei wurde der Anwendungsbereich der Art 202-288 AU.DCG weiter gefasst als der des UN-Kaufrechts, da der AU.DCG nicht nur grenzüberschreitende Warenkäufe regelt (wobei internationale Kaufverträge innerhalb der OHADA ebenso erfasst werden wie solche mit in Drittstaaten niedergelassenen Parteien), sondern gleichermaßen auch nationale (in Vgl *Gomez* (Fn 12), 152: "ce texte a vocation à régir toutes - absolument toutes - les ventes de marchandises.". (interne) Warenkäufe; cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblioschroeter.htm/#2 (23.01.2011).

[30] cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblioschroeter.htm/#2 (23.01.2011): Die Schaffung der OHADA, darin könnten einige Gründe für die Zurückhaltung zu finden sein, wurde in der Lehre bejaht, obwohl ein funktionierendes und modernes internationales Warenkaufrecht gerade für die Staaten Afrikas eine wichtige Voraussetzung für wirtschaftliches Wachstum darstellt. Nur Guinea-Conakry und Gabun haben das UN-Kaufrecht ratifiziert.

[31] Inzwischen verfügt die OHADA über 17 Mitglieder: Benin, Burkina Faso, Kamerun, Zentralafrikanischen Republik, Republik von Komoren, Republik Kongo, Elfenbeinküste, Gabun Äquatorialguinea, Mali Niger Senegal, Tschad, Togo, Demokratische Republik Kongo, Guinea-Conakry, Guinea-Bissau. Ausführlich siehe *Issa-Sayegh/Lohues-Oble*, OHADA, anm. 202 ff; *Kirsch*, jb.afr. R. 1996, 57(57 ff); *Tiger,* .26; *Hagge* 17(14).

unter Benützung einer dienstlichen E-Mail-Adresse einer Firma eine Ware für den persönlichen Gebrauch bestellt[32].

In vorliegender Arbeit wird eine Rechtswissenschaftsuntersuchung dargelegt, die sich des klassisch methodischen Ansatzes des Vergleichs[33] bedient. Dabei wird der Frage nachgegangen, inwiefern die Verfasser des AU.DCG von dem Vorbild des UN-Kaufrechts abgewichen sind und welche Lösungen sie bevorzugt haben. Die Arbeit zeichnet sich durch ihre eigene Herangehensweise aus, indem anhand buddhistischer Lehre (relevant ist lediglich das Wichtigste)[34] eine kritische Bewertung der Unterschiede zwischen beiden Regelköpern bei Bedarf vorgenommen wird und darüber hinaus der Einstieg in die OHADA oder das UN-Kaufrecht ermöglicht wird. Letztlich zielt der Beitrag zur Förderung der Rechtssicherheit im Wirtschaftsleben auf den globalen Kontext ab.

Der Untersuchungstext gliedert sich in vier Teile: Der Gegenstand des ersten Teils ist den Grundlagen gewidmet, wobei der Überblick über die Entwicklungen des UN-Kaufrechts und der OHADA inklusiv AU.DCG(als Kern der diese Untersuchung) dargelegt wird. Der zweite Teil befasst sich mit der Vertragsbildung und die Pflichten sowie die Folgen der Vertragsverletzungen und der dritte Teil behandelt der Verkäufer oder Käufer im Dilemma der Regelwerke bei der Wahrung der Rechtssicherheit in der Vertragsbeziehungen sowie in der Durchsetzung der Rechte anhand bestehenden Streitverfahrens .Schließlich wird ein Resümee inklusiv Schlussfolgerungen sowie der Ausblick zum Ausdruck gebracht.

Erster Teil. Verständnis und Anwendungsbereich des UN-Kauf- und OHADA-Rechts

Da die einheitlichen Vertragsschlussregeln der OHADA weitgehend den Bestimmungen über den Warenkauf dem UN-Kaufrecht ähneln, wird im Folgenden

[32] Vgl dazu *Schroeter,* UN-Kaufrecht und Europäische Gemeinschaft, Verhältnis und Wechselwirkungen, 4; *Koziol-Welser,* , I 1, 115 f; Vgl *Posch,* 151.
[33] Dazu *Derains/Ghestin,* La convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises et les incoterms, 151.
[34] Dazu *Monga,* L´argent des autres, 15.

dargestellt und daraufhin untersucht, welche einzelnen Regelungen des UN-Kaufrechts keinen Eingang in den AU.DCG finden. Zunächst werden wir uns mit dem Verständnis und Anwendungsbereich des UN-Kaufrechts und OHADA befassen. Diese folgende Darstellung ist notwendig für das Verständnis vorgenommener Zielsetzung der beiden Regelkörper.

Kapitel A Das UN-Kaufrecht und die OHADA

In folgender Darstellung werden die Entstehung, die vielfältige Bedeutung und die wesentlichen Inhalte und Strukturen des UN-Kaufrechts und der OHADA aufgezeigt und einschließlich deren Unterschied als Rechtsordnung zum Ausdruck gebracht.

I Das UN-Kaufrecht

Es werden die Entstehung, die Inhalte und Strukturen sowie seine vielfältige Bedeutung dargestellt.

1 Entstehung

Das Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 11. April 1980 über Verträge über den internationalen Warenkauf“ (UN-Kaufrecht oder auch CISG genannt[35]) ist das Ergebnis einer langen Geschichte. Die Idee eines Einheitlichen Kaufrechts führt auf die Zeit zwischen den Weltkriegen zurück. Die ersten Bestrebungen zur Schaffung eines einheitlichen Kaufrechts wurden im Jahr 1929 unter der Ägide des Internationalen Instituts für die Vereinheitlichung des Privatrechts(Unidroit genannt) in Rom unternommen. Mit den wesentlichen Beiträgen von hervorragenden Juristen wie *Ernst Rabel* wurden somit die wesentlichen Grundlagen für die Vereinheitlichung des Kaufrechts konkretisiert[36]. Die durch *Rabel* und das Römische Institut erstellten Entwürfe und deren Überarbeitungen (insbesondere der Römische Entwurf) mit der Berücksichtigung von weiteren Vorschlägen im Jahr 1958, bildeten die Grundlage für die Haager Kaufrechts-Konferenz. Die schließlich auf der diplomatischen Konferenz in Den Haag vom 25.4.1964 verabschiedeten Haager Übereinkommen für ein

[35] Die Bezeichnungen sind nicht abschließend, vgl *Piltz*, 6; *Schroeter,* 2, *Ofner/Zank*, 31.
[36] *Piltz*, 7; *Schroete*r, 10f, *Lafili/Gevurtz/Campbell*, 6,27.

Einheitliches Gesetz über den internationalen Kauf beweglicher Sachen und für ein Einheitliches Gesetz über den Abschluss der einen internationalen Kauf beweglicher Sachen betreffenden Verträge(Haager EKG/EAG bezeichnet) wurden jedoch die ihnen gesetzten Erwartungen nicht erfüllt. Der Grund liegt darin, dass einerseits nach deren Inkrafttreten im Jahr 1972 namhafte Handelsnationen wie Frankreich und die Vereinigten Staaten von Amerika die Übereinkommen nicht ratifiziert hatten, obwohl sie auf die Ausgestaltung großen Einfluss genommen hatten. Andererseits waren zu wenigen Staaten an deren Ausarbeitungen beteiligt, insbesondere die kommunistischen Nationen und die Entwicklungsländer. Da die Haager EKG/EAG im Ergebnis eine beschränkte Anwendung erlangte, beschlossen die Vereinten Nationen im Jahre 1968 mittels der ins Leben gerufene Kommission für internationales Handelsrecht (UNCITRAL) das internationale Warenkaufrecht vorrangig zu schaffen. Der von einer internationalen Arbeitsgruppe - mit Vertretern aus 36 Staaten aller Erdteile und aus verschiedenen Rechts-, Sozial-und Wirtschaftsordnungen - ausgearbeitete Entwurf, wurde zum Schluss auf einer Konferenz in Wien vertreten mit 62 Nationen und 8 Organisationen mit großer Mehrheit seine endgültige Fassung(das UN-Kaufrecht) verabschiedet. In der heute vorliegenden Fassung zeichnet sich ein Werk der Synthese mit den Einflüssen aus Zivilrecht und Common-Law ab, wobei die Anliegen der Industrie- sowie Entwicklungsländer mitberücksichtigt wurden. Das UN-Kaufrecht wurde am 1.1.1988 in Kraft getreten und hat eine vielfältige Bedeutung.

2 Aufbau und Grundzüge sowie Bedeutung

Das UN-Kaufrecht ist in vier Teile gegliedert. Im Teil I(Art 1 bis 13) beinhalten die Regeln zum Anwendungsbereich und enthält darüber hinaus die allgemeinen Vorschriften zur Auslegung, zu den Gebräuchen und zur Berücksichtigung von Gepflogenheiten sowie zu den Formerfordernissen eines Kaufvertrages. Der zweite Teil (Art 14 bis 24) hat den Vertragsabschluss zum Gegenstand, nämlich das Zustandekommen des Kaufvertrages und die Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB). Der Teil III (Art 25 bis 88) bestimmt die Rechte und Pflichten der Parteien aus dem Kaufvertrag und darüber hinaus festgelegt die Rechtsbehelfe bei Vertragsverletzungen. Außerdem enthalten sind die Bestimmungen zum Gefahrübergang, zur Vertragsaufhebung und zum Schadensersatz. Diese gelten für beide Seiten(Verkäufer und Käufer). Der vierte Teil (Art 89 bis 101) behandelt die Schlussbestimmungen, die das völkerrechtliche Inkrafttreten des UN-Kaufrechts, die

den Vertragsstaaten eingeräumten Vorbehaltsmöglichkeiten, das Verhältnis zu den anderen Übereinkommen und zum zeitlichen Geltungsumfang betreffen.

Die erreichende Zielsetzung des UN-Kaufrechts war die Zusammenfassung des materiellen Kaufrechts und der Vorschriften über den Abschluss von Kaufverträgen in einem Regelwerk[37]. Der einheitliche rechtliche Rahmen wie er aus der Präambel zum UN-Kaufrecht ersichtlich (Hinweis auf eine neue Weltwirtschaftsordnung, Entwicklung des internationalen Handels auf Grundlage der Gleichberechtigung und gegenseitigen Nutzens, Rücksicht auf verschiedene Gesellschafts-, Wirtschafts- und Rechtsordnungen) ist in der Regel autonom anwendbar und abschließend Auszulegen ohne Zwischenschaltung des IPR(Ausnahmen Art 1 Abs 1 lit b und Art 7 Abs 2)[38].

Da derzeit 79 Nationen das UN-Kaufrecht ratifiziert haben, stellt dieses Regelwerk eine große Bedeutung für die Wirtschaft dar. Insbesondere ist dieser Regelköper hilfreich für die Beitrittsländer mit stark auslandsorientierter Wirtschaft bei einer Aufgliederung dessen Außenhandel nach Vertragsstaaten des UN-Kaufrechts bzw Nichtvertragsstaaten. Zusätzlich ist dieses Regelwerk bedeutend für den Exporteur aufgrund der Tatsache, dass nicht nur die Geschäfte mit in Vertragsstaaten ansässigen Parteien, sondern im Prinzip alle Exportgeschäfte dem UN-Kaufrecht unterliegen, sofern dieses von den Parteien jedoch pauschal (Art 6 vorbehaltlich Art 12) nicht abbedungen sind[39].

Das UN-Kaufrecht hat sowohl für Juristen oder Nicht-Juristen vorzugsweise Bedeutung. Zumal für Juristen oder Nicht-Juristen der Regelkörper übersichtlich gegliedert ist, bringt die verständliche Ausdruckweise zum Ausdruck, „die vor allem an tatsächliche Gegebenheiten anknüpft und die Verwendung komplizierter Rechtsbegriffe weitgehend meidet“. Hinzu stellen die vielfältigen Sprachen (die das UN-Kaufrecht ermöglicht) für die Abwicklung der Geschäfte eine wesentliche Orientierungshilfe dar. Da das UN-Kaufrecht in seinem Geltungsbereich grundsätzlich Vorrang gegenüber nationalem Recht genießt, wird somit weniger Konfliktlage zugelassen. Das Einheitsrecht wie das UN-Kaufrecht gibt in der Regel unmittelbar Antwort auf die

[37] *Derains-Ghestin/Audit* in *Derains-Ghestin*, 16.
[38] Das IPR ist sachlich hilfreich ZB für Produkthaftung bei Personenschäden, Eigentumsübergang; *Honsell/Siehr* in *Honsell*, 4.
[39] Vgl. *Piltz*, 8.

interessierende Sachfrage und verweist nicht bloß - wie das IPRG oder die Verordnung Rom I - auf nationale Sachnormen[40].

II Die OHADA

Es werden eine Übersicht über die OHADA insbesondere seine Definition und Ziele sowie seine Vorgeschichte, die wesentliche Inhalte und Strukturen deren einheitliche Kaufrechte einschließlich markante Abweichungen zum UN-Kaufrecht, die noch zu zeigen sind, behandelt.

1 Definition und Ziele

Die OHADA (Organisation pour L´harmonisation en Afrique du droit des affaires - Organisation zur Harmonisierung des Wirtschaftsrechts in Afrika) wurde im Jahr 1993 in Port Luis(Mauritius Insel) nach kurzer Vorbereitungszeit als afrikanische supranationale Organisation gegründet und zählt nunmehr 17 Mitgliedstaaten[41]. Die Zielsetzung ist in den Mitgliedstaaten ein modernes und einheitliches Wirtschaftsrecht zu schaffen. Der OHADA-Staatsvertrag trat am 18.September 1995 gemäß Art 52 Abs 2 StaatsV in Kraft, 60 Tage nachdem der Niger als siebter Staat seine Ratifikationsurkunde bei der Regierung des Senegal hinterlegt hatte. Nach Art 57 Staats V ist Senegal für die Verwaltung des Mitgliedschaftsregisters befugt. Für jeden Beitrittskandidat tritt die Mitgliedschaft gemäß Art 53 Abs 2, 57 Staats V 60 Tage nach der Übermittlung der Ratifikationsurkunde an die Regierung Senegals in Kraft[42]. Die OHADA ist nicht nur für Mitgliedstaaten der OAU[43] oder der nunmehrigen Afrikanischen Union(AU), sondern für sonstige Staaten offen. Sie können nach von den Mitgliedschaften einstimmig ausgesprochener Einladung beitreten. Unter anderem signalisierten anfangs Staaten wie Sao Tome et Príncipes, Gambia, Mauretanien, Djibouti, Tunesien und Marokko starke Interessen an einem Beitritt nach soeben angefügtem Verfahren. Staaten mit englischer. (Common Law)Rechtstradition hatten

---

[40] Ausführlich, *Piltz*, 8 ff.; *Posch,* 152.

[41] Benin, Guinea Bissau, Burkina Faso, Kamerun, Zentralafrikanische Republik, Tschad, Komoren, Kongo, Äquatorial Guinea, Gabun, Guinea, Elfenbeinküste, Mali, Niger, Senegal, Togo, Demokratische Republik Kongo.

[42] Für die Mitgliedschaft und Ratifikationsverfahren siehe, *Mouloul*, Comprendre OHADA, 40 ff.; *Hagge*, 19; Daten des jeweiligen genauen Inkrafttretens in den Mitgliedstaaten siehe bei *Issa-Sayegh/ lohoues-Oble*, Anm. 200 ff; Jb. Afr.R. 1996, 57 ff., Penant Nr. 827, 129 ff.; http:// www.ohada.org/lohada.html (Stand 29.4.2013) Présentation Générale de l´OHADA.

[43] Die OAU wurde im Juli 2002 durch die Afrikanische Union(AU) ersetzt, vermutlich war der Grund, dass der Staats V entsprechend geändert wird; *Hagge*, 20.

auch Interesse gezeigt. Während man sich in Ghana bereits mit der Möglichkeit einer Ratifikation des Staatsvertrags beschäftigte, verfolgte Nigeria die Entwicklung der Organisation mit großer Aufmerksamkeit. In Madagaskar war man bereits in konkreter Etappe. Bei einer kürzlichen Rechtsreform wurden einige Gesetze entsprechend den einheitlichen Rechtsakten der OHADA wortgetreu nachgebildet[44].

Nach Änderung des OHADA-Staatsvertrags von Port Luis(Mauritius Insel) am 17 Oktober 2008 in Quebec ist die Arbeitssprache nicht mehr ausschließlich Französisch. Nach heftiger Kritik[45] wurden englische-, spanische und portugiesische als Amtssprache bzw Arbeitssprache verankert(neuer Art 42 Staatsvertrag Quebec 2008). Alle offiziellen Dokumente in genannten Sprachen sind Rechtsverbindlich und gelten als Grundlage für eine Gesetzesauslegung. Allerdings wirken immer noch die bereits in französischer Sprache veröffentlichen Dokumente. Im Zweifel zwischen übersetzten Dokumente gehen die zunächst in französischer Sprache erstellt wurde, vor.

Institutionell hat die OHADA für die Erarbeitung, Verabschiedung, Anwendung und Kontrolle des neuen Rechts eine Reihe gemeinschaftlicher Organe geschaffen, deren Entscheidungsorgan, der Ministerrat *(Conseil des Ministres)* ist. Dieser setzt sich aus den Finanz- und Justizministern der beteiligten Staaten zusammen(Art 27 Abs 1 Staats V). Hinsichtlich ihrer Aufgaben erlässt der Ministerrat „ einstimmig Rechtsakte in Form von sogenannten "Actes Uniformes" (AU), die nach ihrem Erlass als Einheitsrecht unmittelbar in den Mitgliedstaaten gelten und dabei abweichendem nationalem Recht, älteren wie jüngeren Datums, vorgehen. Die AU ähneln insofern EG-Verordnungen (Art. 249 Abs. 2 EG). Vorbereitet wird ihr Erlass vom Sekretariat *(Secrétariat Permanent)* der OHADA in Zusammenarbeit mit den Regierungen der Mitgliedstaaten“. Zu Aufgaben des Leitungsorgans gehört auch die Verfahrensordnungen (Art 4 Staat V), die Wahl der Richter des Gemeinsamen Gerichtshofs (Art 32, 35 Staat V) und des Generalsekretars (Art 40 Staat V) sowie des Direktors der Richterschule (Art 41 Staat V). Zudem ist der Ministerrat zuständig für die Beschließung des jährlichen

[44] *Mouloul*, Comprendre OHADA, 40-41 ; *Hagge*, 20; *Fénéon*, Rev.jur.pol. 2001, 243(250); *Bolmin/Bouillet-Cordonnier/Medjad*, J.D.I. 1994, 375(377); *lauriot*, R.D.A.I. 2001, 596(5989):

[45] Da französisch als einzige Arbeitssprache zu etablieren ist, wird vom englischsprachigen Teil der Bevölkerung Kameruns sowie von den Bürgern Äquatorialguineas und Guinea-Bissaus kritisiert, siehe *Hagge*, 19; *Issa/Sayegh*, Unif.L.Rev. 1999, Anm. 36; *Mouloul* , 42.

Arbeitsprogramms und des Haushalts der OHADA[46]. Seit dem Ersatz des Staatsvertrags von Port Luis durch den Staatsvertrag vom Quebec in 2008 ist der Staatschef- und Regierungsrat(Conférence des Chefs d´Etat et de Gouvernement) das höchste Entscheidungsorgan der OHADA. Er setzt sich aus den Staats- und Regierungschef der Mitgliedstaaten zusammen (neuer Art 27 Staats V). Die Präsidentschaft im Ministerrat gehört dem Staats- oder Regierungschef des Mitgliedstaats, der befugt ist, verfahrensgemäß die Präsidentschaft zu führen[47]. Seine Aufgaben umfasst die Frage bezüglich Änderung des Staatsvertrags. Ihr Beschluss erfolgt durch die einstimmig - oder mehrheitlich übernommenen Rechtsakte(neuer Art 27 StaatsV). Andere Organe sind ein gemeinsamer Gerichts- und Schiedsgerichtshof *(Cour Commune de Justice et d'Arbitrage)* mit Sitz in Abidjan (Elfenbeinküste) zur Sicherung der einheitlichen Auslegung der AU einerseits, sowie für die Streitschlichtung, das Ständige Sekretariat mit Sitz in Yaoundé vorwiegend zur Unterstützung den Ministerrat als Gesetzgebungsorgan sowie die Hochschule für die Richterausbildung um die Rechtssicherheit zu gewährleisten(Art 41 Staats V).

Die Finanzierung der OHADA erfolgt durch die jährlichen Beiträge der Mitgliedstaaten. Dazu gehören auch Unterstützungen aufgrund von Vereinbarungen mit anderen Staaten oder internationalen Organisationen. Spenden und Vermächtnissen sind auch willkommen[48].

2 Entstehungsgeschichte der OHADA

Die OHADA ist das Resultat eines Entscheidungsprozesses. Seit den Unabhängigkeiten der meisten afrikanischen Länder im Jahr 1960 beruhen konzeptuell die ersten Bestrebungen auf die politische- und die wirtschaftliche Integration. Die Schaffung von Organisationen unter anderen die OUA (Seit 2002 AU-Afrikanische Union)- Organisation pour l´unité Africaine (auf Deutsch Organisation für die afrikanische Einheit) und Bad (banque africaine de développement (auf Deutsch afrikanische Bank für die Entwicklung) im Jahr 1963 stellen Beispiele dar[49]. Die

[46] http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/schroeter/html(Stand 29.4.2013); *Hagge*, Das einheitliche Kaufrecht der OHADA, 20-26; *Mouloul*, 53-82.
[47] *Mouloul*; 54-55 ; *Hagge*, 21.
[48] Ausführlich, *Mouloul*, 79-82; *Hagge*, 26-27; *Kauadio*, Ecodroit 2002, Nr 11, 10(13-14); *Polo* in *Fouchard*, 53; *Tietcheu*, J.A.E. Nr 282(1999), 42(43).
[49] *Mouloul*; 25.

rechtliche Integration, die seit 1963[50] eine Nebenrolle gespielt hatte, ist dieses Mal im Jahr 1991 im Vordergrund[51]. Kontextuell war die neue Bestrebung begründet: Zum einen hat die Globalisierung der Wirtschaft dazu geführt, dass in Afrika für die wirtschaftliche Entwicklung eine etablierte einheitliche Rechtsordnung geschaffen werden soll. Durch das neue geschaffene Rechtssystem soll in dieser Region ein freundliches Investitionsklima ermöglicht und darüber hinaus das afrikanische Rechtswesen gestärkt werden. Absehbares Ziel sei eine neue Positionierung Afrikas als wirtschaftlicher Pol in globalisierter Zeit zu ermöglichen. Zum anderen war die unterschiedliche Entwicklung der Rechtssysteme nach den Unabhängigkeiten in den einzelnen souveränen Ländern insbesondere für das wirtschaftliche Wachstum und die politische Stabilität der jungen Demokratien nicht mehr geeignet. Konsequenterweise sank schnell das Vertrauen in die teils nur sporadischen oder widersprüchlichen, häufig auch völlig inadäquaten und veralteten rechtlichen Grundlagen für Wirtschaft und Handel. Hinzu kam der langsame Verfall des Gerichtswesens aufgrund von schleppenden langen Verfahren, schlecht ausgebildeten Richtern mit wenigen oder keinen Kenntnissen auf dem Gebiet des Handelsrechts sowie aufgrund einer vom Zufall abhängigen, wenig konstanten Rechtsprechung und mangelnder Unabhängigkeit der Justiz [52] . Entgegenwirkend, um das Vertrauen der internationalen Investoren erneut zu gewinnen, haben hervorragende Juristen wie *Prof. Yves Guyon*, für die rechtliche Integration plädiert. Seines Erachtens ist die rechtliche Integration nicht die effiziente Lösung, aber das notwendige Mittel[53]. Diese Dynamik findet bei lokalen Teilnehmern am Wirtschaftsleben Widerhall. Sie haben sich auf informelle Strukturen für ein gemeinsames rechtliches Fundament wie in Europa und Nordamerika stark gemacht. *Me Kéba M´BAYE*[54] war für die Vereinheitlichung des Rechts in Afrika überzeugend und entschlossen. Er wurde daher für den Entwurf der OHADA

---

[50] *David,* Penant Nr 692, (362), 352-364 *Allot*, in *Kuper/Kuper*, 224; *Bolmin/Bouillet-Cordonnier/Medjad*, J.D.I. 1994, 375(376*); M´Baye*, Rev. Sén. Dr. 1971, 65 (66-67); *Hagge*, 16; *Santos/Toé*, 3-4.

[51] Idem, 31

[52]); *Hagge*, 15; *Bourdin*, Rev.cam.arb.1999, 10(11); *Johnson*, Unif.L.Rev.2003 ½, 71(70); *Kirsch*, Penant Nr 827, 129(130); *Taty*, Penant Nr 830, 227(229), spricht von „Recht des Dschungels"; *Kenfack Douajni,* Penant Nr 830, 125(131, fn 13), nennt die staatlichen Obergerichte ob ihrer unabsehbaren Verfahrensdauer „Aktenfriedhöfe"; *Santos/Toé*; 5-6; vgl *Sawadogo*, communication au Colloque régional sur Droit et accès à la justice des habitants des quartiers pauvres des villes, Ouagadougou, 18 19 und 20 April 1995, doc.dact.; *Albert*, „Justice und développement:le point de vue des entreprises", in la justice en Afrique, Afrique contemporaine, NR 156 (spécial).

[53] *Mouloul*, 28; *Guyon*, „Conclusion", in Petites Affiches NR 205 von 13 Oktober 2004, 59-63

[54] *Mouloul*, 29.

beauftragt. Dieser Entwurf wurde nach Überbearbeitung mit der Berücksichtigung von zahlreichen Vorschlägen auf einer Konferenz in Port Luis (auf Mauritius Insel) am 17.Oktober 1993 als Staatsvertrag(Staats V) zur Gründung der OHADA verabschiedet.

Die OHADA ist eine supranationale Organisation. In seiner Regelungskompetenz steht im Vordergrund die Harmonisierung des Wirtschafrechts[55] („droit des affaires“) der Mitgliedstaaten (Art 1 Staat V). Statt Rechtsangleichung wurde ansatzweise die Vereinheitlichung des Rechts nach Ansicht von *Me Kéba M´ Baye* bevorzugt[56]. Diese Vorgangsweise halte ich für brutal und radikal, aber gründlich. Eine Ausnahme besteht auf dem Gebiet des Wirtschaftsstrafrechts, wobei die Gesetzgebungskompetenz zu den Straftatbeständen der OHADA zukommt (Art 5 Abs 2 S 1 Staat V), aber deren Sanktionen bleiben jedoch den nationalen Gesetzgebern der einzelnen Mitgliedstaaten überlassen(Art 5 Abs 2 Staats V).

Die von der OHADA geschaffene Rechte in Form von einheitlichen Rechtsakten-sogenannten "Actes Uniformes" (AU) gelten nach ihrem Erlass unmittelbar in den Mitgliedstaaten und gehen dabei abweichendem nationalem Recht, älteren wie jüngeren Datums, vor und wirken ähnlich wie die EG-Verordnungen (Art 249 Abs 2 EG). Fraglich ist, ob dem Rechtswesen wie die Actes Uniformes (einheitliche Rechtsakte) oder die EG-Verordnungen der völkerrechtliche Charakter iSd Art 90CISG zukommt (ausführlich fern).

Der *Acte uniforme sur le droit commercial général* (AU.DCG)zum allgemeinen Handelsrecht gehört zu den ersten von der OHADA erlassenen einheitsrechtlichen Akten und trat am 1. Jänner 1998 in Kraft. Der AU.DCC wurde am 15. Dezember 2010 in Lomé(Togo) reformiert und im Amtsblatt am 15. Februar 2011 veröffentlicht und ist am 16.05. 2011 in Kraft getreten. Zur Inkraftsetzung musste normalerweise der reformierte Handelskauf verfahrensgemäß grundsätzlich 90 Tage nach

---

[55] Eine Definition des Begriffs „droit des affaires“feht. In der Literatur umfasst anhand der Auflistung in Art 2 Staat V alle Regelungen zum Gesellschaftsrecht, Zum rechtlichen Status von Kaufleute, zum Insolvenzrecht, zum Sicherheitenrecht, zum Vollstreckungsrecht, zum Schiedsverfahrensrecht, zum Arbeitsrecht, zum Bilanzrecht, zum Kauf-und zum Transportsrecht. Diese Auflistung ist nicht abschließend, Vgl *Hagge*, 27-28; *Tiger/ Issa-Sayegh*, Unif.L. Rev. 1999, Rn 9, die Nichtberücksichtigung des Wettbewerbsrecht; *Mouloul*, 37; *Modi Koko Bebey*, Définition du droit des affaires, http:// www.ohada.com (Stand 3.5. 2013)

[56] ; *Mouloul*, 43.

Veröffentlichung im Amtsblatt im Krafttreten (Art 7 Abs 1 Staats V)[57]. Bei Beitritt ein neuer Mitglied der OHADA sind mit der Hinterlegung der Ratifizierungsurkunde, sowohl der Staats V als auch alle innerhalb der Gemeinschaft bereits in Kraft getretenen einheitlichen Rechtsakte vorbehaltlos nach 60 Tagen in diesem Staat anwendbar(Art 53 iVm Art 54 Staats V).

Die Regelungen zum Handelskauf statt im Fünften befinden sich nunmehr im Achten Buch und bilden den Kern dieser Arbeit. Die nunmehrigen Artt 234- 302 sind bewusst an das UN-Kaufrecht angelehnt. Im Vergleich zum UN-Kaufrecht wird der Bezug gelegentlich auf die übrigen Bücher des AU.DCG genommen, die das Kaufmannsstatut (Erstes Buch), das Handels- und Mobiliarsicherheitenregister(Zweites Buch), die nationalen Datenbank (Drittes Buch), die regionale Datenbank (Viertes Buch), Informatisierung des Handels-und Mobiliarsicherheitenregisters und nationalen- sowie regionaler Datenbank(Fünftes Buch) die gewerbliche Miete und das Geschäftsvermögen (Sechstes Buch) sowie den Handelsvertreter (Siebentes Buch) und Schlussbestimmungen(Neuntes Buch) behandeln.

Einerseits befasst die vorliegende Untersuchung mit dem Aufbau des einheitlichen Kaufrechts der OHADA, andererseits wird ein komprimierter Überblick über wesentlichen Inhalten dargestellt mit dem Hinweis auf bedeutsame Abweichungen gegenüber dem UN-Kaufrecht und zudem die Einbeziehung von offenen Rechtsfragen.

3 Strukturen und Überblick über die Anwendbarkeit der OHADA mit Berücksichtigung des UN-Kaufrechts sowie nicht-abgeklärter Rechtsfragen der beiden Regelwerke

3. 1 Strukturen der OHADA

Das nunmehrige Achte Buch (früher Fünfte Buch) gliedert sich in fünften Titeln: Der erste neue Titel (Art 234-240 AU.DCG statt 202-209 seit Änderung am 10. Dezember 2010) regelt den Anwendungsbereich des OHADA-Kaufrechts und enthält darüber hinaus die Bestimmungen zur Auslegung(Lückenfüllung) von Erklärungen und von konkludenten Verhalten, zu den Gebräuchen sowie zur Berücksichtigung von Formerfordernissen eines Kaufvertrages. Der neue zweite Titel (Artt 241-249 AU.DCG-früher Artt 210-218) behandelt den Vertragsschluss, wobei das Zustandekommen des

[57] Idem, 48; *Hagge*, , 29-31.

Kaufvertrages ohne Erwähnung der Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen(AGB)zum Ausdruck gebracht wird. Der neue Titel 3 (Artt 250-274 AU.DCG- früher Artt 219-282) bestimmt die Rechte und Pflichten der Parteien bei Erfüllung des Vertrages. Zum Gegenstand des Titels 3 sind auch Regelungen zu den vertragsgemäßen Waren und zur Gewährleistung evoziert. Der neue Titel 4 (Artt 275-280 AU.DCG- früher Artt 283-288) enthält Bestimmungen zur Gefahrübergang und Übereignung der Kaufsache. Der neue Titel 5 (Artt 281- 302 AU.DCG) schließlich behandelt die Rechtsbehelfe bei nicht ordnungsgemäßer Leistung der Vertragsparteien und die Vertragsaufhebung. Außerdem enthalten sind Regelungen zu Zinsberechnung, Schadensersatz, Befreiungen und Verjährung. Die Schlussbestimmungen (Artt 303-307) befassen sich mit der Umsetzung des elektronischen Rechtsverkehrs und deren Frist sowie dem Inkrafttreten des neuen Handelskaufrechts der OHADA.

3.2 Grundzüge unter Berücksichtigung des Verhältnisses zwischen OHADA und UN-Kaufrecht

Den dargestellten Strukturen des OHADA-Kaufrechts im Vergleich zum UN-Kaufrecht lässt sich entnehmen, dass die Regelkörper in dieser Hinsicht nahezu starke Ähnlichkeit aufweisen. Der Grund liegt darin, dass bei der Veränderung des vormalig in den OHADA-Mitgliedstaaten geltenden Rechts (vorwiegend beruhenden Regelungen auf französischen Code civil) das UN-Kaufrecht als Vorbild genommen wurde[58]. Es ist daher nicht überraschend, dass die Vorschriften des UN-Kaufrechts auch der Wortlaut in dem einheitlichen Kaufrecht der OHADA bestehen und darüber hinaus angloamerikanisch geprägte Rechtssätze und – Prinzipien Widerhall in OHADA-Vertragsstaaten finden, wobei für den Rechtsanwender eine erhebliche Umstellung erfordert. Die Orientierung am UN-Kaufrecht ist zu begrüßen, weil die Attraktivität diese Regelungen für die zukünftige Ausweitung der Mitgliedschaft auch für Common Law-Staaten vor allem Nigeria und Ghana Sinn macht. Außerdem kann das Regelwerk die Zielsetzung der OHADA, Afrika als ein wirtschaftlicher Pol in Zeiten der Globalisierung verhelfen. Daher wäre eine bloße Ratifikation der UN-Konvention nicht zielführend, da das ursprüngliche geltende französische Recht zusätzliche Hindernisse dargestellt hätte. Der Regelkörper enthält deutlich im Vergleich zum UN-Kaufrecht abweichende Regelungen in nahezu allen Bereichen. Lediglich wird hier wie bereits angeführt, ein Überblick über die wesentlichen Inhalte dargestellt, auf bedeutsame Derogierungen

[58] *Hagge,* 36.

gegenüber dem UN-Kaufrecht hingewiesen und offengelassene Rechtsfragen der beiden Regelwerke behandelt.

3.3 Unmittelbar anwendbares Einheitsrecht gegenüber umsetzungsbedürftigem internationalem Regelwerk

Die unmittelbare Anwendbarkeit gehen aus Art 10 OHADA-Verträge iVm Art 1 AU.DCG hervor. Art 99 CISG sieht die Ratifizierung vor, damit das Übereinkommen zur Anwendung kommt.

3.3.1 Unmittelbar anwendbares Einheitsrecht

Genaugenommen hat die OHADA Wortlaut die Harmonisierung des Rechts zum Ziel gesetzt(Art 1 Staats V). Das Schrifttum geht davon aus, dass die Rechtsakte der OHADA zu einer Vereinheitlichung des Rechts ihre Mitgliedstaaten führen sollten[59]. In der Tat hat der OHADA- Verfasser durch die erlassenen Actes Uniformes (AU), (genannt auch einheitliche Rechtsakte) eher Rechtsakte geschafft, die im innerstaatlichen Rechtsraum Unmittelbar gelten und bedürfen nach ihrem Erlass weder einer innerstaatlichen Transformation noch im Prinzip einer nationalen Bekanntgabe. Die Regelwerke bleiben für den nationalen Gesetzgeber unantastbar und unveränderbar[60]. Diesbezüglich hat die OHADA-Richter die Stellung genommen und zum Ausdruck gemacht, dass innerstaatliche Vorschriften ihre Mitgliedschaften und Praktiken der Actes Uniformes bzw Actes Uniformes zum Allgemeinen Handelsrecht (AU.DCG) nicht entgegen halten können und ungeachtet aller gegensätzlichen Bestimmungen früheren oder späteren Datums. Folglich werden sowohl die widersprüchlichen bestehenden oder zukünftigen Bestimmungen des nationalen Rechts, die den gleichen Regelungsgegenstand hat oder hätte wie ein AU automatische aufgehoben. Die Bestimmungen traten oder träten jedoch außer Kraft, die die identischen Inhalts mit dem AU Hatte oder hätte[61] .

Die OHADA-Richters haben durch ihre Stellungsnahmen die direkte und Zwingende Anwendung ihrer Rechtsakte nach deren Erlass bestätigt, also ohne Umsetzungsakt der nationalen Parlamente[62]. Dabei wurde auch die Eigenschaft als supranationale

---

[59] *Santos/Toe*, 10, *Hagge*, 31.
[60] *Hagge*, 32, Vgl. *Issa-Sayed*, Rev. burk.dr. 2001, 51(57); *Lauriol*, R.D.A.I. 2001, 752(753, fn 3).
[61] Diese Auslegung ist jedoch in der Lehre umstritten. Vgl *Hagge*, die Auslegung entspricht nicht dem Wortlaut des Art 10 Staats V, folgt aber aus der Supranationalität des Einheitsrechts.
[62] *Hagge*, *Lohoues-Oble*, in: Kommentar, Anm zu Art 10 Staats V; dies. R.I.D.A.I 1999, Anm. 21.

Regelwerke und auch ihre Vorrangstellung in der Normenhierarchie gegenüber nationalen Gesetzen zum Ausdruck gebracht[63]. Ob die OHADA-Regelwerke den Verfassungsvorschriften der Mitgliedstaaten vorgehen, ist weiterhin fraglich. Eine Stimme in der Literatur bejaht die Hochrangigkeit der Verfassungsbestimmungen der Mietgliedstaaten gegenüber von OHADA-Rechtsakten mit Stützung auf Art 52 Abs 1 iVm Art 116 (vielleicht Art 16) OHADA- Vertrag [64]. Die Ansicht ist abzulehnen. Herkömmlich geht das Verfassungsrecht nach der monistischen Doktrin dem Völkerrecht (Abkommen, Übereinkommen ect.) vor und vorbehaltlich gegenseitiger Verpflichtungen. Aber das Völkerrecht ist das nationale Gesetz vorrangig. Die dualistische Theorie geht von einer Gleichheit zwischen nationalen Recht und Völkerrecht aus. Die Schaffung der OHADA als Werk zur Vereinheitlichung und zur Integration der Wirtschaft hat das juristische System und die Justiz hinsichtlich der Wirtschaft in Afrika stark verändert, sodass die Berufung auf Monismus oder Dualismus Ansatz jegliche Tauglichkeit entbehrt. Daher sollte verwehrt werden, dass die obengenannten kontroversiellen Streitfragen in der Literatur[65] sind mit dem neuen geschaffenen Rechtswesen im Zusammenhang stehen. Da das Bestreben nach rechtlicher Integration der OHADA ansatzweise dem internationalen Recht maßgeblich ist, kann allerdings die Berücksichtigung der internationalen Rechtsgrundsätze ausnahmsweise gerechtfertigt sein. Somit soll jeder Mitgliedstaat der OHADA seiner völkerrechtlichen Verpflichtung nachkommen. Nämlich die Änderung seine Verfassung, wenn diese in Konflikt mit den Bestimmungen der OHADA gerät, sodass im Ergebnis von einem „win win Situation“ ausgegangen werden kann. Ausgehend davon bleibt die Verfassung formell vorrangig, aber der materiale Gehalt der OHADA-Bestimmungen wird durch die Verfassung gewährleistet. Im Ergebnis entsteht ein Konfliktfreies Verhältnis. Ob ein Konfliktfreies zwischen den Regelungen der OHADA und jenen des UN-Kaufrechts besteht, wird im Folgenden untersucht**.**

[63] Avis No 001/2001/EP séance du 30 avril 2001; Antwort auf die Frage 1.a). Ebenso übereinstimmend die Lieteratur, vgl. *Hagge*, 32; *Abarchi,* Rev.burk. dr. 2000, 9(23); *Bolmin/Bouillet-Cordonnier/Medjad*, J.D.I. 1994, 375(387); *Issa-Sayegh*, Unif.L.Rev. 1999, Anm 46 ff*.; Lauriol*, R.D.A.I:2001, 752(753); *Lohoues-Oble*, in:Kommentar, Anm. zu Art 10 Staats V; *Pfleiderer*, RIW 1998, 468(468*), Schroeter*, Recht in Afrika 2001, 163(165); *Mouloul*, 48, 49.
[64] *Mouloul*, 50.
[65] *Schroeter*, 73.

3.3.2 Umsetzungsbedürftige internationale Regelköper

Das UN-Kaufrechts ist ein multilateraler, völkerrechtlicher Staatsvertrag und bedarf für die ihre verbindliche Anwendung die Ratifikation, Annahme oder Genehmigung[66]. Dabei reicht die bloße Unterzeichnung des Staatsvertrages nicht aus. Im Gegenteil zu den OHADA-Regelwerken muss der nationale Gesetzgeber tätig werden, damit das UN-Kaufrecht ins innerstaatliches Recht transformiert und bekannt gemacht wird , um letztlich für den nationalen Rechtsanwender verbindlich sei. Bereits im Beitrittstext werden anders als im CISG die Voraussetzungen für die Rechtsverbindlichkeit der OHADA-Regelungen verankert. Die Zustimmung zum Staatenzusammenschluss erfolgt durch Beitritt zu dieser Organisation. Das UN-Kaufrecht verlangt die Umsetzung seines internationalen Rechtsakts und entkräftet zugleich die kontroversiellen Streitfragen zwischen Monismus und Dualismus[67]. Auf welche formelle Weise die Umsetzung ermöglicht wird, bleibt dem Vertragsstaat frei die innerstaatliche Geltung des Übereinkommens zu verschaffen. Die monistischen Staaten wie Belgien, Frankreich. Luxemburg, Österreich etc.) haben den Anwendungsbefehl aus dem Völkerecht als Akzeptanz zu werden, wobei es hinzu jedoch in Gestalt der Zustimmung des nationalen Parlamentes kommen sowie die Veröffentlichung im nationalen Gesetzblatt wiederum eine Umsetzung bedarf. Die dualistischen Staaten bevorzugen die unterschiedlichen Vorgaben der Verfassungen, wobei inhaltlich eine entsprechende Anordnung des nationalen Gesetzgebers verankert wird, damit durch seine Handlung das Übereinkommen ins innerstaatliche Recht seine Geltung erlangt. Die Vorgehensweise hat zur Folge, dass „der Anwendungsanspruch des umgesetzten Einheitsrechts aus dem nationalen Recht folgt“[68]. Norwegen, Australien und Kanada wenden die dualistische Theorie an. Insbesondere in Kanada und in Australien liegen die Zuständigkeiten zum Abschluss von Staatsverträgen bei der bundesstaatlichen Exekutive einerseits und andererseits die Kompetenz zu deren Umsetzung im Falle des UN-Kaufrechts nach der Verfassung den Einzelstaaten bzw den Provinzen zukommt[69]. Die Situation kann dazu führen, dass der Rechtsanwender in einer Konfliktlage gerät. Der potentielle Konflikt in derartige Weise bleibt in der OHADA-

[66] Art 91 Abs 2 UN-Kaufrecht.
[67] *Schroeter*, 73.
[68] Idm, 73; Zu den rechtstechnischen Unterschieden bei der Umsetzung des CISG in verschiedenen europäischen Staaten instruktiv *Rognlien*, in : FS *Neumayer* (1997), 105, 106 f. ; *Volken*, in: *Schlechtriem*; Fachtagung, 81, 85.
[69] Vgl. *Schlechtriem/Ferrari*, Art 93 Rn 1. Zu den Auswirkungen der kanadischen Verfassungssituation auf die Umsetzung des CISG vgl. *Ziegel,* 13 Can.Bus. L.J. (1987/88), 508 ff.; *Schroeter*, 73, 74.

Raum erspart. Allerdings stellt sich die Frage, ob das einheitliche Kaufrecht der OHADA bzw der Actes Uniformes dem UN-Kaufrecht vorrangig ist.

Guinea und Gabun haben sowohl das UN-Kaufrecht und OHADA- Vertrag ratifiziert. Beiden Staaten haben keinerlei Vorbehalte gemacht. Mit der wirksamen Inkraftsetzung des UN-Kaufrechts sind die beiden Vertragsstaaten daher der völkerrechtlichen Verpflichtung eingegangen, die Bestimmungen des UN-Kaufrechts in dessen Anwendung und Geltungsbereich anzuhalten. Da das UN-Kaufrecht unmittelbar verbindliches Recht geworden und grundsätzlich von Amts wegen anzuwenden[70] ist; und zudem keine ausländisches Recht für die Vertragsstaaten ist (das möglicherweise von sich darauf berufenden Parteien nachgewiesen werden müsste)

3.3.3 Zwingende Anwendbarkeit versus dispositives Recht

Zunächst ist anzumerken, dass die Bestimmungen des einheitlichen Kaufrechts der OHADA (Achte Buch) gemäß Art 10 OHADA-Vertrag über die Kompetenz zum Erlass von Actes Uniformes) iVm Art 1 Abs 1 und 2 AUDCG (früher Art 1 Abs 1 AU.DCG) grundsätzlich zwingend sind. Demzufolge ist die Vermögensgestaltung der Parteien beschränkt. Somit ist ein pauschaler Ausschluss des OHADA-Kaufrechts durch eine dahingehende Willensäußerung der Parteien wie im UN-Kaufrecht (Art 6) nicht vorgesehen. Vermutlich wollte der OHADA-Verfasser keine starke Trennung zwischen öffentlichem und bürgerlichem (Handelsrecht) Rechnung tragen[71]. Zusätzlich sind die Vorschriften des Einheitsrechts der OHADA unmittelbar anzuwenden und bedarf keine Umsetzung durch Ratifizierung, Annahme oder Genehmigung [72] wie im UN-Kaufrecht. Diese sind gegenüber anderen (unvereinheitlichten) rechtlichen Bestimmungen der Mitgliedstaaten vorrangig, sofern den Vorschriften des nationalen Rechts ihr entgegenstehen. Die zwingende Anwendbarkeit bedeutet, dass es verboten werden kann, dass ergänzende Normen aus einem sonst über Art 237 ivm Art 1 Abs 1und 2 AU.DCG früher 205 iVm Art 1 Abs 2 AU.DGC im Jahr 1997 zur Anwendung berufenen nationalen Recht hinzu zu ziehen. Nämlich wenn verständlich ein Bereich als umfassend und damit als abschließend zu behandeln wird. Ausdrücklich bezieht die

[70] Die Anwendung ohne dass eine Partei sich darauf berufen müsste, vgl *Piltz* internationales Kaufrecht, 18; vgl. Acuerdo der Cuardo Tribunal Colegiado del Decimoquinto vom 9.8.2007(México), CISG-Pace (RdNr.1-42).
[71] Vgl *Santos/Toé*, 19; *Hagge*, 37.
[72] Eine Vorgehensweise zur Anerkennung des UN-Kaufrechts nach der englischen Literatur- einen Nichtvertragsstaat, siehe *Schroeter*, 72.

zwingende Anwendbarkeit des AU.DCG nur auf gesetzliche Vorschriften[73]. Im Schrifttum stellt sich die Frage, ob „gewillkürtes Recht“ durch Willensäußerungen, Gebräuchen oder Gepflogenheiten gegenüber Einheitlichem Kaufrecht der OHADA Vorrang erlangen könnten. Ich halte diese Sichtweise für sinnlos. Wenngleich in Art 239 Abs 1 AU. DCG (früher Art 207 Abs 1) eine Bindung der Parteien an ihre (auch stillschweigenden) Vereinbarungen und die zwischen ihnen entstandenen Gebräuche ausdrücklich angeordnet wird, kann man nicht davon ausgeht, dass der OHADA-Verfasser eine Aushebelung selbst grundlegendster Rechtssätze betreffend den Achten Buch im Vorhinein vorgenommen hat. Sein Ziel war eher die Sicherstellung einer größtmöglichen Rechtseinheit, wobei zwingende Bestimmungen vorwiegen unter Berücksichtigung dispositives und optionales Vorschriften vorkommt[74]. Da im Achten Buch keine entsprechend mit Art 6 UN-Kaufrecht ähnliche Bestimmung findet, stellt eine weitere Begründung dar. Somit werden beispielsweise im Rahmen der Vertragspflichten oder beim Eigentumsübergang lediglich ausdrücklich eingeräumten Gestaltungsmöglichkeit zugelassen. Diese betrifft den Grundsatz der Formfrei beim Abschluss des Kaufvertrags. Ein entsprechender Vorbehalt(Art 12, 96) zum Formfrei (Art 11, 29) des UN-Kaufrechts findet nicht im OHADA-Kaufrecht. Weiter sind im Gegenteil des UN-Kaufrechts (Art 9) lediglich die Beachtung von Handelsbräuche und kommerziellen Gepflogenheiten (Art 239 AU.DCG) zugelassen. Relevant sind die vorrangigen Bestimmungen der OHADA- Kaufrecht gegenüber Parteiabreden, Gebräuchen und Gepflogenheiten insbesondere hinsichtlich des Gefahrübergangs.

4 Auslegung und Lückenfüllung

Im AU.DCG fällt auf, dass Formulierungen wie „angemessen“ oder „vernünftig (als Charakteristik für Fristen oder ein gebotenes Verhalten im Rahmen des Rechtsbehelfssystems) erheblich sparsamer verwendet werden[75]. Wenngleich diese Rechtsbegriffe im UN-Kaufrecht sichtbar ist, soll häufig vorkommen, dass Bestimmungen der beiden Regelkörper oder abgemachte Vereinbarungen der Parteien im Hinblick auf den konkret zu beurteilenden Sachverhalt nicht in jeder Hinsicht eindeutig genug ansprechen. Zudem werden auch unbestimmte Begriffe in beiden

[73] *Hagge*, 37.
[74] Siehe *Martor/Thauvent*, L´uniformisation du droit des affaires en Afrique pas l´OHADA, op cit; *Mouloul,* 48; *Hagge*, 37-38.
[75] *Hagge*, 38; Vgl*, Schroeter* Recht in Afrika 2001, 163(167);http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/schroeter.html(stand 27.5.2013).

Regelwerden verwendet, die zur Unklarheiten führen und demzufolge einer näheren Konkretisierung bedürfen. Die in Zusammenhang stehenden Fragen betreffen auch die ihnen unterliegenden Verträge. Wenngleich das Achte Buch der OHADA keine Regeln zur Auslegung seiner Bestimmungen enthält, können dennoch -in Anlehnung an das UN-Kaufrecht(zumal die erarbeiteten Regelungen des UN-Kaufrechts zum Vorbild für regionales Einheitsrecht genommen wird)- gewisse Grundsätze anhand von Texten der OHADA erarbeitet werden. Der nunmehrige Art 237 AU.DCG(früher Art 205) ordnet insofern für im AUDCG nicht geregelte Fragen die Geltung des "Droit commun" an und stellt damit ein taugliches Instrument zur Lückenfüllung verbleibender Regelungslücken bei internen Kaufverträgen bereit. wenn internationale Verträge betroffen sind, ist die Wirksamkeit und Zweckmäßigkeit dieser Norm nicht Zweifelshaft. Man muss in diesem Zusammenhang mangels einer einheitlichen Kollisionsnorm weiterhin auf das nationale (unvereinheitlichte) IPR zurückgegriffen werden[76].

4. 1.1 Auslegung

Das UN-kaufrecht gibt seinem Anwender in Art 7 Abs 1 vor, bei der Auslegung seinen Text den internationalen Charakter zu berücksichtigen und der Notwendigkeit Rechnung zu tragen, in den Vertragsstaaten eine einheitliche Anwendung seiner Vorschriften und die Wahrung des guten Glaubens im internationalen Handel zu fördern. Den Auslegungsvorgaben des Art 7 Abs 1 lassen die grundsätzlichen Ziele von sich selbst zu entnehmen und verwehren demzufolge grundsätzlich die Übertragung von national-rechtlich geprägten Denkfiguren und Vorstellungen auf das UN-Kaufrecht. Eine korrespondierte Vorschrift enthalten die Art 234- 307 AU.DCG(vor 15.12.2010 Art 202-288) nicht. Dennoch kann in Zusammenhang bei der Auslegung des OHADA-Kaufrechts hilfreich auf die vorwiegend in der Präambel des Gründungsvertrags vorgeschalteten Zielvorgaben zurückgegriffen werden. Zumal die im Gründungsvertrag umfangreich formulierten Ziele aus dem Achten Buch(früher Fünfte Buch) teilweise hervorgehen. Somit ist das OHADA-Kaufrecht – anders als das UN-Kaufrecht- lediglich ein Abschnitt (eines einheitlichen Rechtsaktes) einen des Mammut-Gesetzgebungsprojekts. Darüber hinaus wird der Rückgriff auf die in der Präambel verankerten Ziele im Schrifttum nahezu einhellige Meinung im internationalen Vertragsrecht vertreten, wenn keine Auslegungsvorgaben als

[76] http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/schroeter.html(stand 27.5.2013).

Spezialregelung im Vertragstext enthalten und kein Konkurrenzverhältnis zwischen ihnen steht[77] .

Übrigens führen die allgemeinen Zielsetzungen der OHADA deutlich dazu, dass für die Auslegung ihres Warenkaufrechts ganz ähnliche Maßstäbe wie für die Interpretation des Textes des UN-Kaufrechts in Anspruch genommen werden. Da sowohl das UN-Kaufrecht als auch die OHADA die konkreten anwendbaren Auslegungsmethoden offengelassen haben[78], werden den entwickelten Interpretationsmethoden, die noch zu zeigen sind, mit Einfluss des UN-Kaufrechts[79] im Folgenden nachgegangen.

4. 1.2 Auslegungsziele der beiden Regelwerke

Aus der auf der Konferenz in Wien verabschiedete Text des UN-Kaufrechts leiteten die ziele ab. Das große Gewicht liegt dabei auf dem Bestreben nach Internationalität und Förderung den guten Glauben im Internationalen Handel. Als Ziele legt die OHADA Wert auf Internationalität, Vereinheitlichung und Rechtssicherheit bei der Teilnahme am Wirtschaftsleben an den Tag. Dies wird bereits in der Präambel des Staatsvertrags umgeschrieben. Die Zielrichtung einer Auslegung wird darauf wie auch im UN-Kaufrecht aus Art 7 des UN-Kaufrechts hervorgehoben.

Unter Berufung auf die Internationalität wird impliziert, dass die Verpflichtung eine Autonome Auslegung nachgekommen wird. sodass wie im UN-Kaufrecht Sinn und Zweck der offenen Regelungen der OHADA unabhängig von national-rechtlich geprägten Denkfiguren und Vorstellungen interpretiert werden. Das UN-Kaufrecht wurde als Vorbild bei Erarbeitung des OHADA-Kaufrechts genommen. Es wird vorteilhaft zur Vermeidung einer zu starken Bezugnahme auf nationale Rechte insbesondere eine schnelle Auslegung unter den starken französischen geprägten Rechtsvorstellungen einerseits und der Rechnung hinsichtlich der UN-Kaufrecht-Rechtsprechungen und Literatur zu tragen, wobei Text in allen Versionen unter Einbeziehung aller weiteren authentischen Fassungen des UN-Kaufrechts berücksichtigt werden können[80] . Als Ergebnis internationaler

---

[77] *Hagge*, 39; vgl. *Bianka/Bonnell/Evans,* Preamble, Anm 3; *Honnold*, Rn 475; *Staudinger/Magnus*, Präambel CISG, Rn. 7.
[78] Vgl. *Audit*, Anm 52 ; *Hagge,* 39 ; §), *Happ*, RIW 1997, 376(376 ff.) *Karollus*, 11 ; *Schlechtriem/Ferrari*, Art 7, Rn 8, 28 ff. ; *Staudinger/Magnus*, Art 7, Rn 11, 30 ff.
[79] *Hagge*, 39.
[80] Die Rolle des Gemeinschaftsinstitution CCJA und ERSUMA soll nicht unterschätzt werden, *Hagge*, vgl, 41.

Vereinheitlichungsbestrebungen soll die erforderliche autonome Auslegung für beiden Regelwerke dazu führen, dass die nationalen Eigenheiten des Rechts grundsätzlich überwunden werden und einheitliches Recht geschaffen wird. In concreto werden für die Interpretation die ungewohnten Wertungen die Offenheit zeigen einerseits und andererseits extensiver teleologischer Auslegung und Rechtsbildung der beiden Regelkörper Grenzen setzt[81]. Beispielsweise darf der Rechtsanwender bei der Auslegung der beiden Regelwerke keine verbraucherfreundliche Interpretation im Sinne der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie 1999/44/ EG vorkommen auch (insbesondere im UN-Kaufrecht) die Pflicht zur Erstattung Rechtsverfolgungskosten stellt für ihn keinen relevant Maßstab für die Auslegung dar. Die Auslegungsvorgabe soll praktisch gemäß insbesondere bei der Auslegung des UN-Kaufrechts gelten[82]. Zumal bis dato kein einziger Common-Law-Staat dem OHADA-Vertrag beigetragen hat. Es nicht auszuschließen, dass stufenweise die in Rede stehende praktisch Ansicht lediglich gering Rechnung werden soll. Da in der Präambel des Staatsvertrags die einheitlichen Rechtsakten der OHADA das Wirtschaftsleben zwischen den Mitgliedstaaten in einer Gemeinschaft umfassend geregelt werden soll einerseits und folglich als stabiler Ausgangspunkt und Antriebsmotor für die eine Rechtsvereinheitlichung des Währungsgebiets Zone Franc[83] und andererseits die Notwendigkeit der weiteren Ausdehnung in Frage steht. Aus Art 53 OHADA-Verträge gehen hervor, dass die Ratifikation durch Staaten mit anderer Rechtstradition (insbesondere Common Law) bewusst gewollt ist. Äquatorialguinea, Guinea-Bissau und (teilweise) Kamerun konkretisieren diese Vorstellung im Text der OHADA. somit erfolgt die im Ergebnis die Auslegung entweder des UN-Kaufrechts oder der OHADA primär autonom, dh aus sich selbst. Das UN-Kaufrecht als Vorbild bei Erarbeitung des OHADA-Kaufrechts genommen wird, wird es zur Vermeidung einer zu starken Bezugnahme auf nationale Rechte.

Mit der Reform des Port Luis- Abkommen vom 1993 in Quebec im 2008 stellen bereits vier Sprachen als Grundlage zur Beseitigung des Auslegungszweifels in sprachlicher Hinsicht. Anders als in UN-Kaufrecht kommt der französischen Fassung ein Vorrang

[81] Vgl *Piltz*, 96, *Köhler*, Die Haftung nach UN-Kaufrecht im Spannungsverhältnis zwischen Vertrag und Delikt, Tübingen 2003, 35 ff.; *Staudiger/Magnus* Art 7 RdNr 36.
[82] *Piltz*, 96.
[83] *Hagge*, 40.

von den englischen, spanischen und portugiesische Versionen zu[84]. Im UN-Kaufrecht wird die englische Fassung bevorzugt[85].

Insbesondere hinsichtlich der Schlußbestimmungen Art 89- 101 des UN-Kaufrechts werden bei den Auslegungsvorgaben zusätzlich die Wiener Konvention über das Recht der Verträge von 1969 beachten.

Ob im OHADA-Recht diejenige Konvention in Zusammenhang mit der Relationsnorm in Anspruch genommen werden müsste, ist nicht zweifelsfrei. Eine Meinungsgruppe geht davon aus, dass „nach Art 90 sich grundsätzlich das Verhältnis zu anderen sachrechtlichen Übereinkünften wie etwa den in einer Reihe afrikanischer Staaten geltenden OHADA Uniform acts“ beurteilt werden soll […]auch Verordnungen der Europäischen Gemeinschaft können ungeachtet der Tatsache, dass sie ihre Geltungskraft unmittelbar aus dem EU-Vertrag ableiten und anders als Richtlinien nicht eines nationalen Umsetzungsaktes bedürfen, nicht ohne weiteres über Art 90 durchgesetzt werden“ mit der Begründung, dass EG-Verordnungen keine „ völkerrechtlichen Übereinkünfte „ im Sinne des Art 90 sind“[86]. Da die Actes Uniformen (AU) der OHADA nach ihrem Erlass als Einheitsrecht unmittelbar in den Mitgliedstaaten gelten und dabei abweichendem nationalem Rechts, älteren wie jüngeren Datums, vorgehen[87] . Die Actes Uniformes (AU) ähneln insofern EG-Verordnungen (Art 249 Abs. 2 EG). Die vertretbare Ansicht ist in diesem Zusammenhang widersprüchlich. Einerseits bejaht die Meinungsgruppe, dass die Actes Uniformes der OHADA als völkerrechtliche Übereinkünfte sind und verneint hingegen, dass die EG-Verordnungen als völkerrechtliche Übereinkünfte eingestuft werden. Meines Erachtens sind die Actes Uniformes keine völkerrechtliche Übereinkunft iSd des Art 90 CISG. Lediglich erfüllt der Vertrag zur Gründung der OHADA als supranationale Organisation den Maßstäben zur Annahme eines völkerrechtlichen Übereinkunfts auf (Traité Staat V vom 17.Okt. 1993 in Port Luis auf der Inseln Mauritius, dieser Bereits am 17. Okt. 2008 durch Traité von Quebec in Kanada geändert wurde). Lediglich stehen diese beiden Abkommen in der

[84] Art. 42 du Traité révisé, Vgl *Mouloul*, 41.
[85] *Piltz*, 96.
[86] *Piltz*, 92-94; *Coetzee/de Gama*, VJ 2006, 15 ff.
[87] Art. 10 OHADA-Vertrag; vgl. *Bolmin/Bouillet-Cordonnier/Medjad* (Fn. 10), S. 387; *Issa-Sayegh* (Fn. 10), . 20f.
15. Art. 6 OHADA-Vertrag*.; M ouloul*, 48. http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/schroeter.html (stand 27.5.2013).

Relationsnorm gemäß der Wiener Konvention über das Recht der Verträge von 1969. Zudem ist das OHADA- Rechtswesen dogmatisch anders als typisch herkömmliche Internationale Rechtsakte. Mehrere Gründe führen dazu, dass kein tauglicher Ansatzpunkt für die Auslegung der Art 90 des UN-Kaufrechts in Zusammenhang mit Actes Uniformes besteht. Zum einen steht die Relationsnorm nach dem Willen des Verfassers des UN-Kaufrechts nur mit solchen „ internationalen Vereinbarungen“ in Frage, die als traditionelle Konvention zu betrachten werden sollen. Zum anderen enthält kein einziges Rechtsvereinheitlichendes Übereinkommen „welches wie das UN-Kaufrecht Anfang der 1980 Jahre im Rahmen einer universalen Organisation entwickelt wurde , eine Relationsnorm, deren Wortlaut passgenau auf die zum damaligen Zeitpunkt noch selten zur Privatrechtsvereinheitlichung verwendeten Instrumente[zur Schaffung von Actes Uniformes] zugeschnitten ist “[88]. Im Ergebnis im Falle der Konkurrenz- und Konfliktlage geht der UN-Kaufrecht der OHADA (insbesondere die Actes Uniformes) vor. Gleiches gilt gegenüber EG- Verordnungen[89].

4.1.3 Vereinheitlichung durch einheitliche Anwendung

Rechtsvereinheitlichung ist die Konsequenz aus der Internationalität. Dieses Ziel verfolgen die beiden Regelwerke. In den Präambeln der beiden Regelkörper ist dies ersichtlich(UN-Kaufrecht Präambel; Art 1 iVm Art 14 StaatV der OHADA). Aus dem Namen der OHADA zeichnet sich die Rechtsvereinheitlichung stark ab. Ohne Unterschied zwischen OHADA und UN-Kaufrecht wird In der Literatur vertreten, dass tatsächlich sich die Vereinheitlichung von Recht immer erst durch die einheitliche Anwendung der gleichlautenden Rechtssätze vollzieht[90]. Die Tatsache wonach die Parteien in letzter Instanz verpflichtetet sind, statt die Beschwerden beim Obersten nationalen Gerichtshof einzubringen, eher eine Berufung an die CCJA als Letzte Instanz einzulegen stellt demzufolge eine Beschränkung der Souveränität dar und folglich die Förderung zum Einheitlichen der Anwendung des Einheitsrechts der OHADA[91]. Ob es um das UN-Kaufrecht oder das OHADA-Recht handelt, sind zunächst regelmäßig die Richter nationaler Gerichte das gemeinsame Recht anzuwenden und auszulegen befugt. In der OHADA ist insbesondere Wünschenswert, dass bei der

[88] *Schroeter*, 310.
[89] *Piltz*, 95.
[90] *Hagge*, 41; vgl. *Bianca/Bonnel/Bonell*, Art 7, Anm 2.2.2.; *Honnold*, in : *Schlechtriem*, Fachtagung, 116; *Karollus*.
[91] *Gervais de Lafond*, Gaz.Pal.1995, 1084(1085):“Un droit uniforme appelle une jurisprudence uniforme. “; *Santos/Toé*, Anm. 8; *Abarchi*, Rev.burk.dr. 2000, 9 (18); *Mouloul,* 68.

Auslegung an der Anwendungspraxis in anderen Mitgliedstaaten orientiert wird. Diese Herangehensweise kann vermeiden, dass eine national divergierende Anwendungspraxis entsteht und somit die Beschränkung des Forum shopping. Gleiches gilt im UN-Kaufrecht.[92].

Eine vorteilhafte einheitliche Anwendung des OHADA-Rechts wurde noch umfassender gewährgeleistet. Denn anders als im UN-Kaufrecht wurde mit dem gemeinsamen Gerichtshof (CCJA) eine supranationale Entscheidungs-und Auslegungsinstanz geschaffen. Lediglich allein den nationalen Gerichten der Vertragsstaaten des UN-Kaufrechts ist die Anwendungs- und Auslegungskompetenz vorbehalten. Dieses Manko einer Auslegungsinstanz entgeht nicht der Kritik[93]. Das genaue Zusammenspiel der staatlichen Instanzenzug Gerichte mit dem CCJA ist nicht zweifelslos. Zumal einerseits wird dem CCJA die Sicherung der einheitlichen Auslegung und Anwendung allen OHADA-Rechte zugeordnet und demzufolge eine ausschließliche Auslegungskompetenz[94] . Andererseits kommt eine Möglichkeit die Anrufung des CCJA durch die Mitgliedstaaten, den Ministerrat in Fragen (Art 14 Abs 2 Staat V). Ob eine Vorlagepflicht im Hinblick auf den soeben besagten Artikel besteht, wenn ein mit einer vom Einheitsrecht geprägten Sache betrautes nationales Gericht lediglich den CCJA anrufen sollte. Weiter ist, Ob das sodann vom CCJA zu erstellende Rechtsgutachten(avis consultatif) eine Bindungswirkung hat, die beiden Fragen sind in der Lehre strittig[95]. Analog zum EU-Recht halte ich für eine Vorlagepflicht und die Bindungswirkung des erfolgten Rechtsgutachtens, zumal bei Schaffung des CCJA der EU- Gerichtshof als Vorbild genommen wurde. Das Zusammenspielspraxis der Staatlichen Instanzengerichte mit dem EU-Gericht die Vorlagepflicht und die Bindungswirkung erforderlich sind. Hätte der OHADA-Verfasser bewusst eine fakultative Folge des angesprochen Zusammenspiels gewollt, würde er dem CCJA die Sicherung der einheitlichen Anwendung und Auslegung allen OHADA-Rechts nicht eingeräumt. Die Möglichkeit mussten lediglich im Fall der Anrufung des Mitgliedstaaten oder der Ministerrat sowie das nationale Gericht gelten, wenn ein in Frage kommenden

[92] *Hagge*, 42; *Audit*, Anm 53; *Ferrari*, 13*; Honnold*, Rn 92*; Kropholler*, 241; *Staudinger/Magnus*, Art 7, Rn 21 m.w.N.
[93] Siehe *Bianca/Bonnell*, Art 7 anm 3.1.1.; *Hagge*, 42.
[94] *Hagge*, 42.
[95] Idem, 42; für eine Vorlagepflicht zumindest für nationale Gericht und eine exklusive Auslegungskompetenz des CCJA: *Mbosso*, R.D.A.I.2000, 216(220), für eine lediglich fakultative Einflussnahme des Gerichtshofs *Abarchi*, Rev.burk.dr. 2000, 9(18), beide allerdings ohne Angabe von Gründen. Vermittelnd *Issa-Sayegh/Lohoues-Oble*, Anm 415.

Sachverhalt anhand ergangener Entscheidungen oder Stellungnahmen ausgelöst wurde und eine Anrufung des CCJA praktisch unerheblich bleibt.

Schließlich wird der Erfolg für die einheitliche Anwendung des OHADA-Rechts von der Ausbildungsprogramme der ERSUMA für Richter, von Justizangestellten und von Rechtsanwälten abhängig, wenn die Genannten die Vereinheitlichungsgedanken fördern. Sammlungen von Literatur und Rechtsprechung des OHADA-Rechtswesens bei der genannten Schule sollten zum Beitrag aktualisiert werden. Die Vorgehensweise im UN-Kaufrecht stellt eine wesentliche Hilfe dar.

4.1.4 Rechtssicherheit im Wirtschaftsleben

Der Rechnungstragung für Rechtssicherheit kommt für die Auslegung Bedeutung zu, da der OHADA-Verfasser bereits in der Präambel des Staatsvertrags die Rechtssicherheit im Wirtschaftsleben sowie das Vertrauen in die Justiz für alle Wirtschaftsteilnehmer als Ziel gesetzt hat. Für eine funktionale Auslegung ist davon auszugehen, dass eine ernstzunehmende Interpretation das verfolgte Ziel berücksichtigt wird. Nämlich sind die Interessen der Wirtschaftsteilnehmer zu gewährleisten. Diese Interessen stehen im UN-Kaufrecht nicht im Vordergrund, aber der Gutglaubensschutz (Art 7 Abs 1 UN-Kaufrecht).

Neben der Rechtssicherheit hat der OHADA- Verfasser die Wahrung des guten Glaubens bei der Auslegung Rechnung getragen. Vor Reformer des allgemeinen Handelsrechts (15 Dez.2010) war der gute Glauben nicht ausdrücklich vorgesehen. Mit Bezug auf einzelne Bestimmungen des alten AU.DCC (Artt 213 Abs 2, 241, 250, 251, 253 AU.DCG) und analog zum UN-Kaufrecht versuchte die Literatur den Gutglaubensgrundsatz im OHADA einfließen zu lassen[96] . Seit dem 15. Dezember 2010 ist im nunmehrigen Art 237 AU.DCG der Gutglaubensgrundsatz verankert worden. Dieser ist umfassend zu verstehen. Dieser schließt wörtlich jegliche Klauseln aus, die den Gutglaubensgrundsatz ausschließen bzw. beschränken, sodass bei der Auslegung der Regeln der OHADA die gewohnten Standards ordentlicher Kaufleute im internationalen Handel. berücksichtigt werden. Ob die Reichweite dieses Gutglaubensschutzes lediglich auf das zu erwartende Verhalten im Wirtschaftsverkehr

[96] *Hagge*, 43; *Nguebou*, Droit commercial général, 66; *Santos/Toé*, Anm 584.*Santos* in OHADA-Kommentar, vor Art 202 AU.DCG, 194. Er bekalgte allgemein eine Vernachlässigung des Gutglaubensgrundsatzes im Fünften Buch.

berühren müsste oder, auch die nicht notwendigerweise Herstellung der materiellen Gerechtigkeit zwischen den Parteien hinzukommen sollte, ist fraglich. Meines Erachtens bedeutet der gute Glauben die Bekämpfungen von jeglicher missbräuchlicher Rechtsausübung und das Verbot eines mit früherem Verhalten im Widerspruch stehenden Handels. Das Gebot einer durch den Anstand geläuterten Vernunft zu verhalten wird daher verlangt. Aus Art 237 vorgeschriebener Beachtung des guten Glaubens leiten weiterreichende Rechte und Pflichten für die Kaufvertragsparteien ab. Die genaue Grenze auszuloten, kann anhand von Handelsbräuchen und Gepflogenheiten gemäß nunmehriger Art 238 AU.DCG erfolgen. Allerdings soll gegenüber diesen Ansätzen Zurückhaltung angebracht werden.

Die Literatur im UN-Kaufrecht verneint eine weitgehende Beachtung der Wahrung des guten Glaubens[97]. Somit müssten die aus Art 7 Abs 1 ableitenden weiterreichenden Rechte und Pflichten begrenzt werden[98].

4.1.5 Auslegung von Erklärungen und Parteienverhalten sowie Gebräuchen und Gepflogenheiten

Bei Auslegung von allen Erklärungen der Vertragsparteien und sonstigen Verhalten und auch Gebräuchen und Gepflogenheiten orientiert sich der OHADA-Verfasser weitgehend an die Regelungen des UN-Kaufrechts.

4. 1.5.1 Auslegung von Erklärungen und Parteienverhalten

Art 238 Abs 1 AU.DCG sieht anders als Art 8 Abs 1 CISG (entspricht Art 206 Abs 1 des Fünften Buches) nicht ausdrücklich vor , ob die Auslegung von Erklärungen und Parteiverhalten in erster Linie nach dem Willen des Erklärenden erfolgen sollte. Dieser Ansatz im CISG kommt in Betracht, wenn der Empfänger diesen Willen kannte oder darüber nicht in Unkenntnis sein konnte. Soweit der Wille des Erklärenden dem Empfänger weder bekannt noch erkennbar ist, erfolgt die Auslegung der Vertragsklausel aus objektiver Empfängersicht(Art 238 Abs 1 AU.DCG). Für die Feststellung des Willens ist dabei nicht die tatsächliche Auffassung des Erklärenden oder des Empfängers maßgeblich. Entscheidend ist vielmehr was eine vernünftige Person (Beobachter) unter gleichwertigen äußeren Bedingungen aufgefasst hätte, wobei alle erheblichen Umstände zu berücksichtigen sind. Nämlich die Verhandlungen

[97] Vgl *Enderlein/Maskow/Strohbach*, Art 7, Anm 5; *Reinhart*, Art 7, Rn 5; *Hagge*, 43.
[98] *Piltz*, 97; *Hagge*; 43; Vgl *Enderlein/Maskow/Strohbach*, Art 7, Anm 5; *Reinhart*, Art 7, Rn 5.

zwischen den Parteien sowie die zwischen ihnen entstandenen Gepflogenheiten, die Handelsbräuche (Art 238 Abs 2 AU.DCG).

Im Art 238 AU.DCG wurden strukturell anders als im CISG (Art 8 Abs1, 2 und 3) die Auslegung einseitiger Rechtshandlungen der Vertragsparteien sowie zwischen ihnen getroffener Vertraglicher Absprachen und allenfalls eine ergänzende Auslegung auf Grundlage von Handelsbräuchen und Gepflogenheiten in zwei getrennten Absätzen zusammengefasst. Dieser strukturelle Unterschied ist bedeutungslos für die hier in Frage stehende Auslegung. Wie im UN-Kaufrecht (Art 8 CISG) gilt Art 238 AU.DCG auch für die Auslegung von Erklärungen der Vertragsparteien und sonstigen Verhalten im Zusammenhang mit dem Vertrages selbst und den allgemeinen Geschäftsbedingungen. Dabei werden die nationalen Auslegungsregeln verdrängt.

Auch wenn eine vergleichbare Bestimmung mit Art 8 Abs 1 CISG keine Eingang in den Art 238 findet, ergeben sich aus den beiden Artikeln im Zuge der Auslegung , dass sie nicht nur zu messen tauglich sind , welcher Inhalt einer Erklärung oder sonstigem Verhalten zukommt, sondern auch, ob überhaupt ein rechtlich erhebliche Erklärung vorliegt[99]. Dabei ist der subjektive Erklärungswert entscheidend. Zumindest lässt Art 238 Abs 1 AU.DCG den Schluss nahe, dass der ausdrückliche wirkliche Wille der Erklärenden oder diesem gleichzusetzenden Verhalten der anderen Partei bekannt ist oder erkennbar sein soll. Dadurch kann ermöglicht werden, ob jemand für sich selbst oder für einen Dritten gehandelt hat. Bei der Auslegung von Erklärungen und Parteiverhalten ist das Gebot des Gutglaubensschutzes zu beachten (Art 7 UN-Kaufrecht, Art 237 AU.DCG). Folglich können die Parteien in die Pflichten zur gegenseitigen Informationen und zur Sorgfalt genommen werden.

Für die Feststellung der relevanten Partei willens aus objektiver Empfängersicht nach den beiden Regelwerken ist dabei nicht die tatsächliche Auffassung des Erklärenden oder des Empfängers maßgeblich. Entscheidend ist vielmehr was eine Vernünftige Person(Beobachter) unter gleichwertigen äußeren Bedingungen aufgefasst hätte (Art 238 Abs 1 AU.DCG entspricht Art 8 Abs 2 CISG), wobei alle erheblichen Umständen zu berücksichtigen sind; nämlich die Verhandlungen zwischen den Parteien sowie die zwischen ihnen entstandenen Gepflogenheiten, die Handelsbräuchen(Art 238 Abs 2 AU.DCG). Ob das spätere Verhalten der Parteien in Betracht gezogen wird, ist zu

[99] *Saenge*r , in*: Ferrari/Kieninger/Mankowski/Otte/Saenger/Staudinger* Art 8 RdNr 1; *Piltz*, 97

vermuten. Denn dieses fällt unter die erheblichen Umständen zumindest im UN-Kaufrecht(Art 8 Abs 3 letzter HS CISG) und lässt einen Rückschluss darauf zu, was dadurch zwischen den Geschäftspartnern ursprünglich beabsichtigt war.

Das UN-Kaufrecht bringt mehr Klarheit bezüglich dieses Punkts, weil ausdrücklich der Einschluss des Verhaltens vor sowie nach Vertragsabschluss vorgesehen wird (Art 8 Abs 3 CISG). Letztere Referenz ist sinnvoll, da sie die naheliegende Absicht bei Vertragsabschluss ermittelt. Das UN-Kaufrecht versucht detailstreu das wichtigste rechtliche Instrument für Auslegung von Erklärungen und Parteiverhalten zu schaffen. Aufgrund seiner autonomen Auslegung lässt sich dem Art 8 Abs 1 IVm Abs 2 entnehmen, dass das UN-Kaufrecht in diesem Zusammenhang die US-amerikanischen parol-evidence-rule sowie plain-meaning-rule ausnimmt[100]. Da bei der Auslegung auf Umstände außerhalb des eigentlichen Vertragstextes zurückgegriffen werden soll wie auf sogenannte „merger clauses". Nach *Piltz* ist entscheidend bei der Auslegung, dass „der dem Empfänger bekannte oder erkennbare wirkliche Wille des Erklärenden selbst dann [erfolgt], wenn dieser nach objektivem Verständnis nicht zum Ausdruck gebracht wurde oder in einem nicht anders auflösbaren Widerspruch zu dem Verhalten des Erklärenden steht"[101].

Stellt sich in Summe heraus, dass die Willenserklärungen ausgelegt werden sollen, erfolgt die Interpretation in erster Linie wie im traditionellen Recht („Code civil") nach dem Parteiwillen, sofern die andere Partei diesen Willen kannte oder darüber nicht in Unkenntnis sein konnte (Art 238 al 1 AU.DCG). Wie im UN-Kaufrecht hat der Richter bei der Auslegung eine passive Rolle und kann nur subsidiär handeln, nämlich, wenn die subjektive Sichtweise der Parteien unvollständig und nicht effizient ist. Als Diener der Vertragsvereinbarung ist der Richter gefordert, die Erklärungen der Parteien so auszulegen, wie eine vernünftige Person in der gleichen Lage und wie die andere Partei sie unter den gleichen Umständen aufgefasst hätte (Art 238 al 2). Die Auslegung in abstracto nämlich aus der Sicht eines objektiven Erklärungsempfängers (zB redlicher Kaufmann, rechtschaffener Vater, gutgläubige Geschäftsführer ect…)[102] erfolgt unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände, insbesondere die Verhandlungen zwischen den Parteien, aber auch das Verhalten der Parteien nach Vertragsschluss,

[100] *Piltz*, 97; United States Court of Appeals fort he 11 th Circuit, *Szier* 1999, 203f.
[101] *Piltz*, 98; *Staudinger/Magnus* Art 8 RdNr 26; *MünchKommHGB/Ferrari* Art 8 RdNr 16.
[102] Vgl *Santos/Toé*, 360.

soweit sich dadurch ein übereinstimmender Parteiwille ermitteln lässt. Darüber hinaus sind Gepflogenheiten und Gebräuche zwischen den Parteien zu beachten.

4.1.5.2 Gebräuchen und Gepflogenheiten

Wie im UN-Kaufrecht (Art 9 CISG) werden im OHADA-Recht Art 239 AU.DCG (entspricht Art 207 des Fünften Buches) bestimmte Einzelfragen der Vertragsauslegung geregelt, die maßgeblich auf Bräuche und Gepflogenheiten basieren. Dabei übernimmt der OHADA-Gesetzgeber (Art 239 Abs 1 AU.DCG) nahezu wörtlich die Maßgeblichkeit von Gebräuchen Kraft individuellen Gestaltungswillens der Parteien und von zwischen ihnen entstandenen Gepflogenheiten iSd Art 9 Abs 1 CISG.

Bei Vertragsauslegung anhand bestehender Gepflogenheiten nimmt Art 239 Abs 1 AU.DCG jedoch ausdrücklich Bezug auf die in Geschäftsbeziehungen zwischen den Parteien entstanden sind. Aus Art 9 Abs 1 CISG geht hingegen hervor, dass die erwachsenden Gepflogenheiten, die jenseits des Geschäftlichen berücksichtigt werden könnten. Der Wortlaut lässt zumindest Raum für breiten Verständnis, wenngleich im Schriftturm ansatzweise nur solche Gepflogenheiten, die ein geschäftliches Element wie im OHADA-Recht vorrangig ansieht. Durch diese Spezifität wollte der OHADA-Verfasser vermutlich klarstellen und Verwirrung zu vermeiden, da traditionell und kulturell Wert auf vielfältige individuelle Vereinbarungen in dieser Gesellschaft gelegt wird. Bei den Gepflogenheiten handelt es sich um die aufgrund der zwischen individuellen Vertragsparteien zeitlich widerholt praktizierten Handhabungen entstanden sind und sollten in der Regel bei Abklärungen von Detailfragen heranzogen werden.

Bei der ergänzenden Vertragsauslegung mit Hilfe von geltenden Gebräuchen wird der Begriff Handelsbräuche bevorzugt (Art 239 Abs2) ohne ortsspezifischen Vorgabe Bedacht zu nehmen[103]. Der Grund liegt darin, dass das Achte- wie schon das Fünfte Buch auf rein innerstaatliche oder internationale Kaufgeschäfte zur Anwendung kommt. Im UN-Kaufrecht sind die im internationalen Handel verwandte Gebräuche zu beachten (Art 9 Abs 2 CISG). Ob im CISG oder im Achten Buch lediglich nur solche Gebräuche in Betracht kommen sollten, die die Vertragsparteien dafür Kenntnis haben oder sie kennen müssen, ist offen. Die subjektiven Voraussetzungen in Abs 2 der Regelkörper

[103] *Haberl*, 12, das UN-Kaufrecht spricht vom internationalen Gebräuchen; *Hagge*, 74, zum Fünften Buch Art 207 waren Handelsbräuchen vorgesehen.

abschwächt die Bedeutung von Gebräuchen in räumlicher Hinsicht. Denn es werden lediglich die Geschäftspartner, die für Verbreitungsgebiet dieser Gebräuche, ansässig sind, in Betracht gezogen.

Die Anlehnung an das CISG stellt eine Neuerung gegenüber den vor Fünften- bzw Achten Buch geltenden nationalen Regelungen(Art 1602 Abs 2 Code civil) dar und bringt damit den objektiven Charakter des neuen Handelsrechts der OHADA seit deren Gründung hervor. Anders als Art 1602 Abs 2 Cciv wird ein Kaufvertrag im Zweifel grundsätzlich nunmehr nicht zu Lasten des Verkäufers ausgelegt.

Dennoch wird eine Klarstellung der Verhältnisse, die aus Kollision zwischen den für die Parteien geltenden Handelsbräuchen und Gepflogenheiten und den übrigen Bestimmungen des Achten Buches ergeben kann, bemängelt. Aufgrund Art 6 CISG genießen die Gebräuche und die Gepflogenheiten Vorrang vor kollidierenden Vorschriften des UN-Kaufrechts, wobei der individuell praktizierten Gepflogenheiten in der Regel den Gebräuchen vorgeht. Im Hinblick auf Art 10 OHADA-Vertrag iVm Art 1 Abs 1 und 2 AU.DCG wird aufgrund zwingender Anwendbarkeit des OHADA-Rechts im Gegensatz zum CISG vom Vorrang der Vorschriften des Achten Buches gegenüber den Handelsbräuchen und den Gepflogenheiten aus gehen müssen, soweit keine anderen ausdrücklichen abweichenden Regelungen getroffen werden.

4.2 Auslegungsmethoden

Sowohl das UN-Kaufrecht als auch das OHADA-Recht haben keine Auslegungsmethoden vorgesehen. Daher erscheint die Erarbeitung gemeinsamer Interpretationsmethoden wichtiger. Zumal dadurch insbesondere in der OHADA die Internationalität und die einheitliche Anwendung des OHADA-Rechts stark anstreben kann.

Bereits im UN-Kaufrecht ergibt es sich aus der Literatur, dass die Auslegungsmethoden aufgestellt wurden[104].

In Anlehnung an die im UN-Kaufrecht entwickelten Interpretationsmethoden sollte auch im OHADA-Recht in erster Linie der traditionell bekanntliche Grundsatz der Wortlautinterpretation in Betracht gezogen werden. In conreto geht es um die

[104] *Hagge*, 44; Vgl *Honnold*, Rn 86 ff; *Schlechtriem/Ferrari*, Art 7, rn 28 ff. ; *Staudinger/Magnus*, Art 7, Rn 30 ff.; *Witz/Salger/Lorenz*, Art 7, Rn 18 ff.

Auslegung einer Norm in der authentischen Fassung eines Gesetzeswerks (für die OHADA werden seit dem Abkommen von Quebec von 17. Okt.2008 die französische, englische spanische und portugiesische sprachliche Fassungen berücksichtigt) und ergänzend ihre Systematik im Gesamtzusammenhang. Da das OHADA- Recht kein abgeschlossenes Werk ist und das bestehende Recht lediglich ein Teil eines erheblich umfangreicheren Vereinheitlichungsprojekts darstellt, ist nicht auszuschließen, dass die systematische Auslegung nicht nur das nunmehrige Achte Buch, sondern auch die Vorschriften der beiden Staatverträge, weitere einheitliche Rechtsakte oder andere Bücher des AU.DCG eingeschlossen bzw herangezogen werden. Diese Vorgehensweise gilt auch für die teleologische Auslegung, da bei der Auslegung der Zweck und die Entstehungsgeschichte berücksichtigt werden sollen. In historischer Hinsicht stellt das UN-Kaufrecht ein Hilfsmittel dar. Wenngleich das UN-Kaufrecht als Inspirationsquelle des OHADA-Warenkaufrechts war, kommen allerdings seine Vorschriften für Auslegung des OHADA-Rechts in Frage, wenn diese wortgleich oder sinngemäß übernommen wurden[105].

Die Beachtung des rechtsvergleichenden Auslegungsansatzes kann hilfreich sein. Während im UN-Kaufrecht das Gebot der autonomen Auslegung im Zweifel dem Gebot der Vereinheitlichung vorgeht, kommt der rechtsvergleichenden Auslegung eine größere Bedeutung im OHADA-Recht zu. Rechtssätze aus internationalen Verträgen werden häufig in vielen Gerichtsentscheidungen nach nationalen Rechtsvorstellungen beurteilt und demzufolge die Verletzung der autonomen Auslegung gemäß Art 7 Abs 1 CISG (dieser strebt die Förderung bei der Auslegung maßgebliches internationales Charakter an). Somit muss man im Zuge der rechtsvergleichenden Auslegung derartige Rechtsprechung vorsichtig damit umgehen. Da in der OHADA eine oberste Interpretationsinstanz geschaffen wurde, stellt diese ein vorteilhaftes Mittel im Gegensatz zum UN-Kaufrecht zur Bekämpfung der Gerichtsentscheidungen, die die Rechtssätze aus internationalen Verträgen und die einheitlichen Rechtsakte vernachlässigen. Allenfalls können nationalen Gerichten in den Mitgliedstaaten der OHADA bei massivem Zweifel aufgrund zweierlei Hinsicht einer Norm gemäß Art 14 Abs 1 iVm 53 OHADA-Verträge dem CCJA diese Rechtsfrage zur Auslegung vorlegen. Die hier erfolgte Lösung eines supranationalen Gerichtshofs wirkt vereinheitlichend. Im Ergebnis entsteht somit eine autonome Auslegung. Diese unbeschränkte

[105] *Hagge*, 45.

supranationale Macht zur Wahrung des bürgerlichen Rechts stand unter Beschuss und wurde insbesondere von anderen Mietgliedstaaten(Benin, Senegal) in Frage gestellt. Ob die Entscheidungen des OHADA-Richters denjenigen des Verfassungsrichters vorgehen, bejahten die Verfassungsrichter der soeben genannten Staaten im wesentlich unter Berufung auf Art 10 OHADA-Vertrag. Der Verfassungsrichter aus dem Kongo (Brazzaville) hingegen verneinte diesen Vorrang[106].

5 Lückenfüllung

Die Regelwerke regeln den Warenkaufvertrag nicht vollständig. Daher sei eine Ergänzung der Regelkörper notwendig. Gemäß Art 1-3, 6 ist das UN-Kaufrecht de facto auf gewerbliche Warenkaufverträge anwendbar.Zur Lückenfüllung kommt überwiegend dem kommerziellen Charakter für eine taugliche Lückenfüllung Bedeutung zu. Die Lückenfüllung basiert sich ausschließlich auf den Vertragsabschluss sowie die aus ihnen erwachsenden Rechte und Pflichten des Verkäufers und des Käufers (Art 4 Satz 2 UN-Kaufrecht). Für den Sachverhalt, indem die Bestimmungen des UN-Kaufrechts Geltung erlangt und aber eigentlich dafür „interne Regelungslücken“ [107] aufwirft, erfolgt die Lückenschließung des nicht ausdrücklichen erfassten Rechtsfragen zunächst anhand einer Heranziehung der allgemeinen Grundsätze des Art 7 Abs 2 UN-Kaufrechts . Hierzu werden bei der Konkretisierung deren Grundsätze insbesondere der Vorrang des Parteiwillens, die Formfreiheit, die Kooperationspflicht, der Standard des vernünftigen Verhaltens, die Schadensminderung und das Gebot des Gutglaubens im internationalen Handel und der Zug-um-Zug-Prinzip gezählt[108]. Ein Rückgriff auf die UNIDROIT-Príncipes ist in der Regel nicht empfehlenswert[109] . Lässt sich für die betroffen Rechtsfragen kein allgemeiner Grundsatz feststellbar, kommt insoweit das nach den Regeln des IPR berufene nationale Recht zur Anwendung[110].

Fragen bezüglich der Gültigkeit des Vertrages oder einzelner Vertragsbestimmungen sowie von Gebräuchen wurden nicht geregelt. Auch bleiben außerhalb des

[106] Caseeword.com/rentree/cours/download (stand 3.6.2013).
[107] Für diese Bezeichnung siehe *Hagge*, 46 (155); *Karollus*, 16; *Magnus*, *Rabelsz* 59(1995), 469(475); *Schleichtriem;* Internationales UN-Kaufrecht, Rn 33.
[108] *Piltz*, 78; *Hagge*, 46; *Audit*, Anm 54 ff.*; Honnold*, rn 96 ff.; *Magnus, RabelZ* 59(1999), 469(478 ff.); *Schlechtriem/Ferrari*, Art 7, Rn 41 ff.; *Staudinger/Magnus*, Art 7, Rn 41 ff.
[109] *Piltz*, 78
[110] *Staudinger/Magnus*, Art 7, Rn 58 m.w.N; *Hagge*, 46.

Anwendungsbereichs des UN-Kaufrechts die Wirkungen, die der Vertrag auf das Eigentum an der verkauften Waren haben kann. Hinzu kommen die Haftung des Verkäufers für den durch die Ware verursachten Tod oder die Köperverletzung einer Person. In Summe betreffen die Fragen die „externen Lücken“ und können nicht über Art 7 Abs 1 des UN-Kaufrechts geschlossen werden. Für deren Beurteilung ist ein Rückgriff unmittelbar auf das vom Internationalen Privatrecht berufene maßgebliche nationale Recht vorgesehen[111] (Art 7 Abs 2 CISG).

Wie im UN-Kaufrecht erlangt der AU.DCG ausschließlich auf Warenkaufverträge Geltung (Art 234- 307 AU.DCG). Es fehlt jedoch eine vergleichbare Bestimmung wie der Art 4 UN-Kaufrecht zur Konkretisierung ihres Regelungsbereichs. Aus dem nunmehrigen Achten Buch ergibt es sich, dass der AU.DCG des Achten Buches den Abschluss eines gewerblichen Warenkaufvertrags und die aus ihm erwachsenden parteirechte und Pflichten regelt. Aus den einzelnen Bestimmungen wird festgestellt, dass die im UN-Kaufrecht als externe Lücken bezeichnet wurde, sind auch im OHADA-Recht zum Teil nicht geregelt. Es handelt sich um die Vorschriften zur Gültigkeit des Vertrags. Hingegen werden anders als im UN-Kaufrecht der Eigentumserwerb, die Verjährung und sofern kein Drittstaatenbezug besteht- auch die Stellvertretung[112] geregelt. Diese ausdrücklichen Regelungen werfen auch gewisse Lücken[113] auf, da die Trennung zwischen dem nationalen- und internationalen Aspekt nicht eindeutig vorgenommen wird.

Im Art 237 AU.DCG des OHADA-Kaufrechts sind die Vorgaben zur Lückenfüllung beinhaltet. Bei nicht ausdrücklich geregelten Rechtsfragen hinsichtlich des Bereichs zum Handelskauf ordnet Art 237 AU.DCG den Ruckgriff auf „ Droit commun“ an. Dabei wird jedoch eine Unterscheidung zwischen „interne“ und „ externen“ Regelungslücken bemängelt. Unter „Droit commun“ sind die Regeln des „Droit civil“ nach französischem Recht zu verstehen, die die allgemeine Gültigkeit haben. Unter den Regeln vom „Droit commun“ fallen auch die nicht kodierte allgemeinen Rechtsgrundsätze[114]. Da der Art 237 AU.DCG direkt auf nationales Recht verweist[115], widerspricht somit das gesetzte

[111] *Staudinger/Magnus*, Art 7, Rn 58 m.w.N; *Hagge*, 46.
[112] 169-233 AU.DCG seit 2010.
[113] ; *Hagge*, 47; *Gomez*, Penant Nr 827, Anm 33.
[114] *Larroume*t, Anm 88. Nicht zum „ Droit commun“ gehören demnach spezialgesetzliche Regelungen.
[115] *Fénéon/Gomez*, Art 205 , Anm 2 ; Gomez, Penant Nr 827, Anm 26. Es handelt um den nunmehrige Art 237.

Ziel der OHADA; nämlich die Harmonisierung des Wirtschaftsrechts ihrer Mitgliedstaaten. Der bloße Verweis auf „Droit commun“ als Mechanismus zur Lückenfüllung erscheint nicht überzeugend. Diese Bestimmung ist nicht nur untauglich für die sämtlichen grenzüberschreitenden Warenkäufe, sondern steht entgegen dem in Art 10 OHADA-Verträge festgeschriebenen Prinzip der Subsidiarität nationalen Rechts gegenüber dem Einheitsrecht. Es ist irritierend, dass der OHADA-Rechtsschaffender bei der Handelsrechtsreform im 15. Dezember 2010 trotz aller Kritiken[116] der maßgeblichen Internationalität bei der Lückenfüllung nicht Rechnung getragen hat. Zumindest wären die allgemeinen Rechtsgrundsätze des OHADA-Warenkaufrechts wünschenswert. Gerade da auch Gabun und Guinea gleichzeitig UN-Kaufrecht Vertragsstaaten und OHADA-Mitgliedstaaten sind, führen diese Situation zur unangenehmen und unvorteilhaften Anwendungskonkurrenz bwz -konflikt. Für eine optimale Lösung ist Art 237 AU.DCG nicht am geeignetsten. Tauglich ist allerdings dieser nur zur Lückenfüllung von Kaufverträgen, deren Vertragsparteien ihre Niederlassungen innerhalb desselben OHADA-Staats und somit dasselbe Heimatrecht haben[117].

Aufgrund der Disposivität des UN-Kaufrechts kann jede Bestimmung abgeändert werden. Die Abänderung erfolgt entweder durch Absprachen der Parteien(Art 6 UN-Kaufrecht) oder aufgrund von den zwischen den Parteien praktizieren Gepflogenheiten oder aufgrund beachtlicher Gebräuchen (Art 9 Abs 1, Abs 2 UN-Kaufrecht). Aufgrund des zwingenden Charakters des AU.DCG ist die Vermögensfreiheit begrenzt.

6 Rechtsnatur des Vertrages und Form

Angesichts der Rechtsnatur der Geschäfte ist in der OHADA relevant, auf eine Unterscheidung zwischen der zivil- und der handelsrechtlichen Natur des Geschäfts einzugehen. Hingegen ist die Formfreiheit des Vertrages nahezu wie im UN-Kaufrecht verankert.

6. 1 Handels- oder bürgerlich-rechtliche Natur des Geschäfts

Im UN-Kaufrecht ist der handels- oder bürgerlich-rechtliche Charakter des Geschäfts bedeutungslos. Ohne Bedeutung ist auch, ob die beteiligten Kaufleute im Sinne spezieller handelsgesetzlicher Regelungen sind, Art 1 Abs 3 CISG. Ob die Parteien in

[116] *Hagge*, 47; vgl *Schroeter*, Recht in Afrika 2001, 163(167).
[117] *Hagge*, 47; vgl *Schroeter*, Recht in Afrika 2001, 163(167).

rechtsgeschäftlichen Handlungen über Warenkauf Kaufleute bzw Unternehmer sind, ist im OHADA-Recht nicht irrelevant. Art 234 AU.DCG sieht den folgenden Wortlaut vor: Die Bestimmungen des „Buches VIII“ wenden den Kaufvertrag über Waren an, bei dem Kaufleute (natürliche oder juristische Personen) ausschließlich Vertragspartner sind. Daraufhin ist klar, dass das OHADA -Recht grundsätzlich verneint, die im UN-Kaufrecht offenbar vermiedene Abgrenzung von Rechtsinstituten. Mangels gemeinsamer Vorstellungen der Rechtsinstitute auf internationaler Ebene wie es im UN-Kaufrecht zugrunde liegt (die Rechtsordnungen der anglo-amerikanischen Rechtsfamilie, aber auch das Schweizer Recht sehen die Zweiteilung in ein allgemeines Zivil- und ein besonders Handelsrecht. Auch in Italien, Polen und in den Niederlanden ist die historisch gewachsene Zweispurigkeit zwischenzeitlich wieder zugunsten einer einheitlichen Kodifikation aufgegeben worden. Schließlich wurde in Argentinien eine Vereinheitlichung des Zivil- und des Handelsrechts überlegt) [118] kommen derartige Unterscheidungsgründe im OHADA-Recht nicht in Betracht. Vielmehr ist davon auszugehen, dass die Abgrenzung von Rechtsinstituten einen homogenen Korpus von Regeln für Kaufleute schafft. Im Ergebnis wird die Anwendung von Vorschriften unterschiedlicher Natur (handelsrechtlich oder zivilrechtlich) in ein und demselben Geschäft vermieden, bei dem nur der Handlung eines Vertragspartners der OHADA unterliegt, nicht jedoch die zivilrechtlich ausgezeichnete Handlung. Mit Spannung wird erwartet, ob bei einem Sachverhalt mit Bezug außerhalb des OHADA-Raums (wobei die Rechtslage keine Trennung zwischen dem Zivil- und dem Handelsrecht kennt) und aufgrund der Kollisionslage die beiden Regelwerke wechselseitig zur Anwendung kommen dürfen.

6.2 Form des Vertrages

Das OHADA-Recht (alter Art 208 AU.DCG auch der neue Art 240 AU.DCG) erkennt wie das UN-Kaufrecht die Formfreiheit für Kaufverträge. Derartige Vorgehensweise ist in internationalen Kaufverträgen übrig[119]. Der Grundsatz der Formfreiheit ist jedoch weitgehend im OHADA-Recht ausgeführt. Demnach bleibt es den Parteien freigestellt, für ihren Vertrag die Einhaltung von Förmlichkeiten abzusprechen. Wie Art 11 CISG können die Parteien gemäß Art 240 AU.DCG den Kaufvertrag schriftlich oder mündlich

[118] *Piltz,* 41.
[119] *Honsell,* 74; Art 11 geht auf Art 15. und Art 3 zurück. Diese beiden Übereinkommen erkennen die Formfreiheit von Kaufverträgen und jene von Angebot und Annahme, die Konsenstheorie ist im internationalen Handel üblich; *Audit*, 71.

abschließen. Für den Nachweis sind alle Beweismittel auch unter Einbeziehung des Zeugenbeweises zulässig. Zum Nachweis ist jedoch das Vorliegen zweier übereinstimmender Willenserklärungen der Parteien entscheidend.

Inwieweit der Grundsatz der Formfreiheit für die beiden Regelwerke gilt[120], sind im Detail bemerkenswerte Unterscheidungen hervorzuheben: Zum einen zulässt Art 208 oder der neue Art 240 AU.DCG keine weitere Auslegung der Norm hinsichtlich der Formfreiheit über die Phase des Vertragsabschlusses hinaus. Da eine Erstreckung der Auslegung im OHADA-Handelsrecht nicht vorgesehen ist, ist überflüssig eine mit Art 29 CISG vergleichbare Bestimmung für das OHADA-Recht zu fordern. Zum anderen aufgrund seines zwingenden Charakters sind die Parteien anders als im UN-Kaufrecht nicht erlaubt, von der Vorschrift des Art 208 bzw 240 AU.DCG abzuweichen. Somit ist lediglich im UN-Kaufrecht Art 6, Art 29 Abs2 einen Formzwang zu vereinbaren, gestattet. Der Vorbehalt im Sinne des Art 96 iVm Art 12 UN-Kaufrecht[121] wurde im AU.DCG der OHADA nicht vorgesehen. Daher steht dem OHADA-Recht die Vereinbarung eines Schriftformerfordernisses für Vertragsänderung oder –aufhebungen iSd Art 29 Abs 2 CISG entgegen. Gleiches gilt für sonstige Parteivereinbarungen, Gepflogenheiten oder Bräuche im Sinne des Art 207 bzw 239 AU.DCG. Bestimmte Forme Vorzuschreiben erlangen demzufolge keine Gültigkeit. Da im Handelsverkehr oftmals branchenspezifische Formerfordernisse praktiziert werden, ist dieses Verbot bedauerlich. Zumal Art 207 oder der nunmehrige Art 239 AU.DCG die Formerfordernisse verspricht[122].

Die für nationale Formerfordernisse und nationale Schutzvorschriften gelten gleichermaßen den Anforderungen der OHADA wie im UN-Kaufrecht. Wenn Parteien des Kaufvertrages in Vertragsstaaten des OHADA-Kaufrechts ansässig sind, können sie nicht von den Formerfordernissen des nationalen unvereinheitlichten Form-Rechts Gebrauch machen. Ob sich die gegebenenfalls zu beachtenden Förmlichkeiten über das Internationale Privatrecht des jeweiligen Forums ergeben, erübrigt sich im

[120] *Schlechtriem,* 159,unter Berücksichtigung des Entwicklungsstandes und Beachtung der Lex fori bei Kollisionsnormen.
[121] *Honsell,* 74, Aufgrund der Widerstände gegen die Postulierung der Formfreiheit wurden als Kompromiss Vorbehaltsmöglichkeiten nach Art 12, 96 eingeführt und die Widerstände bei der Konferenz in Wien überwunden.
[122] *Hagge,* 76.

Geltungsbereich des OHADA- Kaufrechts[123]. Ebenso ist es entbehrlich, der Frage nachzugehen, ob die Formvorschriften des OHADA-Kaufrechts - Formfreiheit gemäß Art 208 bzw 240 AU.DCG - auch gegenüber den Staaten gelten würden, die einen Vorbehalt zum Teil (Vertragsabschluss) eingelegt hätten und demzufolge die Vertragsabschlussregeln nicht anwenden würden . Derzeit gibt es solche Vorbehalte nicht. Allerdings könnten die Wirtschaftsteilnehmer bzw die Vertragsparteien mit der Frage der bereits erwähnten Formerfordernisse aufgrund des Kollisionsverhältnisses und sonstiger Gebräuche (ZB Art 9 UN-Kaufrecht, 239 AU.DCG) konfrontiert werden.

Im OHADA-Recht kommt anders als im UN-Kaufrecht lediglich die handelsrechtliche Wirksamkeit des Vertrages bei der Beurteilung der Formfreiheit infrage. Sodass die Förmlichkeiten, die den rechtlichen Bestand des Kaufvertrages unbeeinträchtigt lassen, nicht berührt werden[124]. Aber die Formerfordernisse, die jedoch zu wahren sind, um Devisen zu erhalten, statistischen Pflichten nachzukommen oder steuerrechtlich erhebliche Angaben festzuhalten, sind zu beachten. Auch „consideration paro-evidence-rule“ sowie „plain-meaning“ oder Vorkürzung der verfügbaren Beweismittel nach polnischen Sprachen sind nicht zu beachten[125].

Art 240 AU.DCG sowie Art 11 Satz 2 UN-Kaufrecht stellen klar, dass der OHADA- oder UN-Kaufvertrag auf jede Art und Weise, insbesondere auch durch Zeugen[126] bewiesen werden kann und verbietet damit, die prozessuale Beachtlichkeit mündlicher Absprachen zu beschneiden[127]. Im Hinblick auf Art 5 und in Verbindung mit Art 240 AU.DCG ist zu entnehmen, dass die Beweismittel den Parteien im OHADA- Kaufrecht beliebig zustehen, auch wenn ein schriftlicher Nachweis vorliegt[128] .Hingegen darf ein schriftlicher Vertrag aufgrund einer Absprache der Parteien nur schriftlich geändert oder (aufgehoben) werden (somit bedarf es eines „contrarius actus“). Der Vorrang der Schriftlichkeit gegenüber Mündlichkeit beim Nachweis ist mittlerweile seit der Handelsrechtsreform vom 15. Dezember 2010 aufgehoben worden[129].

---

[123] *Piltz,* , 143.
[124] *Schlechtriem, in Schlechtriem/Schwenzer* Art 11 RdNr 5; zitiert von *Piltz,* 144, die erforderliche Erklärung Dritter soll nicht Gegenstand der Formfreiheit sein.
[125] *Piltz,* 145
[126] Im common Law Widerhall finden, *Audit,* Convention des Nations-Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*,* 72.
[127] *Piltz,* 144.
[128] *Santos, Toé,* 352.
[129] Siehe neuer Art 40 AU.DCG.

Obwohl das Konsensprinzip hier privilegiert wird, kann man aufgrund der bereits dargestellten Formfreiheit davon ausgehen, dass die Vorschriften des Art 240 AU.DCG und Art 11 UN-Kaufrecht nicht nationalen Regeln entgegenstehen können, wenn die Beweismittel für bestimmte Verfahrensabschnitte oder Verfahrensarten wie etwa das Urkundenverfahren, die Konsenstheorie beschränken. Auch die Versicherung oder der Bankkredit können die Schriftform voraussetzen[130].

In Kaufverträgen enthaltene Gerichtsstands- oder Schiedsgerichtsklauseln unterliegen dem Grundsatz der Formfreiheit im Sinne des OHADA-Kaufrechts, und damit werden weitergehende nationale Formerfordernisse wie im UN-Kaufrecht verdrängt. Auch gilt die Formfreiheit des Art 11 UN-Kaufrecht und Art 240 AU.DCG OHADA für Vereinbarungen über Gerichtsstands- und Schiedsgerichtsvereinbarungen[131]. Diese Vereinbarungen unterliegen den beiden Regelwerken. Anderes gilt für die Vertretungsbefugnis einer Vertragspartei und die eventuellen Formverschriften einer Vertretungsbefugnis[132].

6.3 Schriftlichkeit

Wie bereits oben angeführt steht es den Parteien frei, einvernehmlich die Schriftform für den Vertragsabschluss, die Änderung oder Aufhebung eines Vertrages zu vereinbaren. Der Vorbehalt einer Schriftform im Sinne des UN-Kaufrechts Kaufrechte kann sowohl aufgrund vertraglicher Vereinbarung oder lediglich im UN-Kaufrecht auch eines zu beachtenden nationalen Rechts, aufgrund von Gebräuchen sowie Gepflogenheiten gegeben sein. Alter Art 209 AU.DCG entsprach weitgehend Art 13 UN-Kaufrecht. Derzeit fehlt im Achten Buch eine mit Art 13 vergleichbare Bestimmung. Im Prinzip ist eine derartige Vorschrift nicht notwendig, weil die Schriftlichkeit iSd Art 12 CISG im OHADA-Recht unbekannt ist.

Die Schriftform des CISG umfasst auch Mitteilungen durch Telegramm oder Fernschreiben. Ausdrücklich war die Aufnahme des Telefaxes damit stellt demzufolge klar dar, dass UN-Kaufrecht in diesem Punkt nicht zeitgemäß ist. Dennoch wird bemängelt trotz des Streits diesbezüglich in der Literatur, dass keine Regelung für den

[130] *Santos/Toé,* , 352 *; Piltz,* 144.
[131] *Gomez,* 122, Gültigkeit von Verträgen nach interner Rechtsordnung.
[132] *Honsell,* 75.

Umgang mit E-Mail getroffen wird[133]. Dem Art 240 AU.DCG lässt sich nunmehr entnehmen, dass die Schrift Telegramm oder Fernschreiben umfasst. Gleichzustellen ist grundsätzlich die Verwendung von Telefax, SMS, EDI oder E-Mail. Die neuen geschaffenen Schriftlichkeiten stellen eine Ergänzung der herkömmlichen schriftlichen Form dar[134]. Die Einhaltung der Schriftlichkeit nach beiden Kaufrechten bedeutet eine schriftlich niedergelegte, lassende Erklärung der Urheber. Ob zu erwarten ist, dass eine schriftlich niedergelegte Erklärung mittels EDV erfolgen kann, kann nicht vorschnell bejaht werden, da die Beweisbarkeit mittels EDV in der OHADA umstritten war[135]. Für die Wahrung der Schriftlichkeit genügen eine eigenhändige Unterschrift, eine elektronische Signatur oder ein Ausdruck der Erklärung vorbehaltlich anderer Absprachen, Gepflogenheiten oder Gebräuche. Mangels vereinbarter Schriftform ist folglich der abgeschlossene Vertrag nach jeweils beiden Kaufrechten in Verbindung mit den von den Parteien getroffenen Absprachen zu erarbeiten. Wenn der Schriftformerfordernis nicht nur beweisrechtliche (etwa Bindungswirkung, Einhaltung von Fristen) Bedeutung zukommt, müssen vereinbarte Schriftformen strikt eingehalten werden. Zur Überprüfung, ob eine rechtlich erforderliche oder von den Parteien getroffenen Vereinbarte zur Schriftform eingehalten wurde, wird das mittels Post oder Kurierdienst nachgesandte Original herangezogen werden[136]. Entsprechendes gilt, wenn eine Abänderung oder Aufhebung des Vertrages in schriftlicher statt mündlicher Form vorgenommen werden muss. Allerdings ist die in Art 29 Abs 2 Satz 1 ausgestaltete Vorschrift nicht zwingend. Eine Änderung des Vertrages kann jedoch durchaus trotz erforderlicher Einhaltung der Formabrede auch Formfreiheit sein, wenn der Anlass gegeben ist, dass die Schriftformklausel in dem konkreten Fall nicht beachtet wird[137]. Diese Vorgehensweise wäre im OHADA-Kaufrecht zulässig, denn die vorhandene Schriftform nicht mehr der mündlichen Vereinbarung vorgeht. Im neuen Art 240 AU.DCG wird kein Vorrang der Schriftform gegenüber mündlicher Form verschafft.

---

[133] *Hagge,* 77.

[134] Nämlich les actes authentiques, les actes sous seing privés, les copies d´actes ecrits, les lettres missives et les écrits spéciaux tels ques les livres de commerce; *Santos/Toé*, 351; *Starck*, Introduction au Droit, *Roland/Boyer*, op. Cit., 601 ff. Fraglich ist, ob aufgrund zunehmender elektronischer Kommunikation die Bedeutung des Art 13 hinsichtlich Telex und Telegram - sie existieren nicht mehr - bei der Auslegung nicht mehr zeitgemäß ist, siehe *Honsell*, 78.

[135] *Santos/Toé*, 351.

[136] *Honsell,* 79.

[137] *Piltz,* 146.

Wenn eine der Parteien ihren gewöhnlichen Aufenthalt oder Sitz in einem Vorbehaltsstaat nach Art 12 iVm Art 96 UN-Kaufrecht hat, dann sind etwaige Formvorschriften nach dem einschlägigen IPR zu ermitteln (*Gildeggen* und *Willburger)*. Die Ansicht ist hingegen für die Beurteilung der Formvorschriften nach nationalem Recht umstritten[138]. Wenngleich im OHADA-Recht kein Vorbehaltsstaat vorgesehen ist, erübrigt sich nicht, zu eruieren, ob ein formwirksamer Vertrag nach dem einschlägigen IPR ermittelt oder nach nationalem Recht beurteilt wird. Nach *Schroeter* erscheint das CISG für den Warenhandel mit in Drittstaaten niedergelassenen Parteien insgesamt geeigneter als der AU.DCG[139]. Der Auffassung ist zu zustimmen, sofern eine der Parteien im OHADA-Gebiet niedergelassen ist und der Andere im CISG-Vertragsstaat mit Ausnahmen Guinea und Gabun ansässig ist. Mit Guinea und Gabun haben bereits zwei OHADA-Mitgliedstaaten das CISG ratifiziert; über das Kollisionsrecht dürfte das UN-Kaufrecht zudem auf Kaufverträge zwischen Parteien in OHADA-Staaten und Drittstaaten Anwendung finden, wenn der Verkäufer in einem CISG-Vertragsstaat ansässig ist . Dabei kann die Schriftlichkeit thematisiert werden. Allerdings wenn eine Partei in Guinea oder Gabun eine Niederlassung hat und die Andere in einem CISG-Vertragsstaat außerhalb des OHADA-Raums ansässig ist. Zumal die Anwendungsvoraussetzungen des Art 90 CISG im Zusammenhang mit dem Regelwerk wie AU.DCG umstritten ist(ausführlich fern). Anzumerken ist, dass beim Eigentumsvorbehalt nach OHADA-Recht eine Schriftlichkeit verlangt wird[140].

Kapitel B Anwendungsbereich- und Voraussetzungen

Wie Bereits angefügt, war das UN-Kaufrecht als Inspirationsquelle für die Schaffung des OHADA-Warenkaufvertrags. Da im OHADA-Handelskauf in einzelnen Bereichen auch deutliche Abweichungen Regelungen vom CISG aufweisen, können insofern die beiden Regelwerke als Normenkonkurrenz-, oder Normenkonflikt sowie wechselbare Normen angesehen werden. Zumal Guinea und Gabun gleichzeitig Vertragsstaaten des UN-Kaufrechts und Mitgliedstaaten der OHADA sind. Daher stellt sich die Frage über ihre Regelungskompetenz bzw die Abgrenzung des Anwendungsbereichs jeweils

[138] *Haberl*, 13.
[139] *Schroeter*, cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/schroeter.html (12. 2. 2011).
[140] Dazu *Stantos/Toe*, 437 ff.

Regelungskörpers in räumlich-persönlicher, in sachlich-gegenständlicher und zeitlicher Hinsicht

I Anwendungsbereich der Regelwerke

Das UN-Kaufrecht kommt für Kaufverträge über Waren zur Anwendung, wenn die Parteien zur Zeit des Vertragsabschlusses ihre Niederlassungen in verschiedenen Staaten(nicht unbedingt Vertragsstaaten) haben(Art 1 Abs 1 Halbsatz 2, Abs 2, Art 10). Für die Geltung des UN-Kaufrechts wird vorausgesetzt, dass ein Anwendungsfall im Sinne des Art 1 ff., Art 92 gegeben ist.

Aus dem nunmehrigen Achten Buch, das sich mit dem Warenkauf befasst, wird der Anwendungsbereich des OHADA-Handelskaufs geregelt. Dabei sieht Art 234 Abs 1 AU.DCG sieht vor, dass deren Bestimmungen auf die Warenkaufverträge sowie Herstellungsverträge zwischen Kaufleute sowohl natürliche als juristische Personen zur Anwendung kommen (Abgrenzung in sachlich-gegenständlicher - persönlicher Hinsicht). Vorbehaltlich abweichender getroffene Absprachen der Vertragsparteien unterliegen die Warenkaufverträge dem OHADA-Kaufrecht (Art 234 Abs 2 erster HS AU.DCG) insoweit, wenn die Parteien eines Warenkaufvertrages beim Vertragsabschluss ihre Niederlassung in einem der Vertragsstaaten besitzen oder das IPR des Forum Staates auf das Recht eines Vertragsstaates verweist(Art 234 Abs 2 letzter HS AU.DCG)(Abgrenzung in räumlicher Hinsicht). Bei der Abgrenzung in zeitlicher Hinsicht gemäß Art 307 iVm Art 9 OHADA-Verträge vom Port Luis am 17 Okt. 1993 und jenem vom Quebec am 17 Okt. 2008 trifft die neuen Actes Uniformes zum allgemeinen Handelsrecht vom 15 Dez. 2010 in Kraft 90 Tage nach seiner Veröffentlichung im Amtsblatt der OHADA[141].

Wie das UN-Kaufrecht(Art 1 CISG) ist das OHADA-Kaufrecht (jetzt Art 234 statt alter Art 202 AU.DCG) auf alle Kauf-bzw Herstellungsverträge über Ware zum gewerblichen Zwecke Anwendbar. Die korrespondierten Ausnahmen iSd Art 2 und 3 CISG sind in Art 235 iVm 236 AU.DCG des OHADA-Kaufrechts beinhaltet. Die Regelwerke erlangen identisch Geltung, wenn entweder der Käufer und der Verkäufer ihre Niederlassungen

[141] Bezüglich des Verfahrens zum Inkrafttreten der Actes Uniformes siehe Art 9 OHADA-Vertrag vom 2008.

in verschiedenen Vertragsstaaten haben (Art 1 Abs 1 B a UN-Kaufrecht; Art 234 Abs 2 AU.DCG) oder die Vorschriften des Internationalen Privatrechts auf die Rechtsordnungen eines Vertragsstaates vorweisen (Art 1 Abs 1 B a und B b CISG; Art 234 Abs 2 erster und letzter HS AU.DCG). Neuerung gegenüber dem Fünften Buch ist die Normierung im Achten Buch die Anwendungsbereich- Erweiterung kraft IPR-Verweisung. Anders als im UN-Kaufrecht wird für Anwendungsvoraussetzung weiter die kaufmännische Eigenschaft der Vertragsparteien verlangt, wobei auch selbständige wirtschaftliche Teilnehmer mit einbezogen werden. Da der Kauf von Ware für den persönlichen Gebrauch des Käufers oder den Gebrauch in der Familie oder im Haushalt vom Anwendungsbereich des Achten Buches des AU.DCG ausgenommen ist, hat die Erwähnung der Kaufmannseigenschaft im Art 234 AU.DCG Konsequenterweise nur de jure eine Unterscheidung vom UN-Kaufrecht gebracht. De facto erlangt das CISG Geltung für Kaufgeschäfte zwischen Vertragspartner, die Kaufleute oder Unternehmen(Art 1 iVm 2 und 3 CISG). Hinzuweisen ist schließlich, dass die Anwendungsvoraussetzung des Achten Buches erfüllt ist, wenn das dem Kaufvertrag zugrunde liegende Angebot bzw Vertragsabschluss nach dem jeweils maßgeblich Stichtag erfolgt und ein pauschalierte Ausschluss nach Art 6 UN-Kaufrecht nicht vorliegt. Der AU.DCG oder andere Actes Uniformes gemäß Art 9 OHADA-Vertragsstaat treten 60 Tage nach ihrem Erlass und 90 Tage nach Veröffentlichung des Actes Uniformes im Amtsblatt (sog.journal officiel J.O) in Kraft. Bei neuer Mitgliedschaft treten die Regelungen der OHADA 60 Tage in Kraft nach erfolgter Ratifizierung des Staatsvertrags der OHADA in Kraft[142]. Man kann daraus schließen, dass der AU.DCG auf den Abschluss eines Kaufvertrages nur Anwendung findet, wenn das Angebot zum Vertragsabschluss an oder nach dem Tag gemacht wird, an dem der AU.DCG für die in Art 234 Abs 2 zweiter Halbsatz und letzter Satz iVm Art 1 AU.DCG genannten Vertragsstaaten oder den in Artikel 234 Abs 2 genannten Vertragsstaat in Kraft tritt.

Anzumerken ist, dass sonstige Vorbehalte betreffen die Nichtanwendung der Regeln zum Vertragsabschluss (Art 92 UN-Kaufrecht) , die räumlich beschränkte Anwendung in Mehrrechtsstaaten gemäß Art 93 UN-Kaufrecht sowie die Nichtanwendung unter gleichartigen Rechtsordnungen gemäß Art 94 UN-Kaufrecht wurden im OHADA-Kaufrecht nicht vorgesehen. Allerdings wie im UN-Kaufrecht wurden im OHADA-

[142] *Mouloul*, 41.

Kaufrecht nicht alle rechtliche Fragestellungen vor allem die Gültigkeit des Vertrages sowie die Auswirkungen auf das Eigentum an der verkauften Ware (Die Übereignung der Kaufsache wird geregelt) und die Haftung des Verkäufers für durch die Ware verursache Personenschäden. Im Gegenteil zum UN-Kaufrecht regelt das OHADA-Kaufrecht die Verjährung[143].(Neuer Art 301 Abs 2 AU.DCG), aber nicht die Aufrechnung von Ansprüchen.

Im Folgenden werden die Anwendungsvoraussetzungen in vielerlei Hinsicht näherer eingegangen.

II Anwendungsvoraussetzungen

1 In sachlicher Hinsicht

Das UN- und OHADA-Kaufrecht beanspruchen über Kauf- bzw Herstellungsverträge zum gewerblichen Zweck Geltung (Art 1 CISG, Art 234 AU.DCG). Der Kaufvertrag und die dem Kaufvertrag gleichgestellten Herstellungsverträge werden in der OHADA und im „Wiener Kaufrechtsabkommen" verankert, aber nicht näher definiert. Dasselbe gilt für Arbeitsverträge. Die Situation bereitet Abgrenzungsschwierigkeiten zu anderen verwandten Rechtgeschäften. Außerdem sind in Geltungsbereichen weder alle Kaufgeschäfte noch alle Ware erfasst. Insbesondere wird im OHADA-Recht der Spezifikationskauf nicht berücksichtigt. Es fehlt auch eine Art. 29 CISG entsprechende Bestimmung, auf Grundlage derer Vereinbarungen zur Änderung oder zur Aufhebung von Konvention erfasst werden sollen[144]. Außerdem ist darauf hinzuweisen, dass die zeitlichen Anwendungsvoraussetzungen berücksichtigt werden müssen[145]. Die

[143] Die Verjährungsregeln orientieren sich deutlich auf das New Yorker Verjährungsübereinkommen von 1974(Verjähr Ü
Nur Guinea als einzig OHADA-Mitgliedstaaten hat die beiden Übereinkommen ratifiziert.

[144] *Hagge*, 50f.

[145] Für die Staaten, die nicht bereits zu den Gründungsmitgliedern der OHADA gehören, sondern erst zu einem späteren Zeitpunkt der OHADA beitreten, erlangen die Bestimmungen des AU.DCG, gemäß Art 52 Abs.2 Staats V 60 Tage nach Hinterlegung der Urkunde zur Ratifikation des Staats V Geltung, Vgl *Hagge*, 70.
Für CISG ist die zeitliche Geltung nach Maßgabe des Art 100. Die Bestimmungen des UN-Kaufrechts zum Vertragsabschluss, Art 14ff., sind immer dann anwendbar, wenn das dem Vertrag zugrunde liegende Angebot nicht vor dem Stichtag gemacht wurde, Art 100 Abs 1. Entscheidend ist der Zeitpunkt der Abgabe. Vor dem Stichtag angebotene, jedoch erst nach dem Stichtag abgeschlossene Kaufverträge unterliegen daher dem UN-Kaufrecht (Art. 100 Abs 2, ausführlich *Piltz*, 59 ff. ZB Österreich ist seit 1.1.1989 UN-Kaufrecht Vertragsstaat und Israel hat das UN-Kaufrecht am 1.2.2003 ratifiziert, so dass es gemäß Art 99 für Israel am 1.2.2003 in Kraft getreten ist. wenn zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses

Erfüllung dieser Anforderungen ist notwendig für die Betrachtung des Verkäufers und Käufers im Sinne der beiden Regelwerke.

1.1 Definition des Kaufvertrages und Abgrenzung

Die Lehre und die Rechtsprechung definieren den Kaufvertrag gewöhnlich als einen Vertrag, in dem die Verpflichtung zur Übergabe und Übereignung einer Sache einerseits (Verkäufer) und die Bezahlung des Kaufpreises andererseits (Käufer) vorausgesetzt wird[146]. Die Verpflichtung zur Übereignung besteht im Tauschvertrag. Allerdings gibt es in diesem Vertrag keine Zahlungspflicht. Im Werkvertrag[147] soll der vereinbarte Preis von einem der Vertragspartner bezahlt werden und der andere Vertragspartner erfüllt die Pflicht zur Verrichtung des Auftrages. Der Kaufvertrag im Gegenteil zum Werkvertrag kennt keine Verrichtungspflicht, wobei die Pflicht zur Verrichtung des Auftrages gegen Zahlung des vereinbarten Preises maßgeblich und unterscheidungskräftig ist. Zudem ist zu beachten, dass der Preis bzw Kaufpreis für die Gültigkeit des Kaufvertrages unabdingbar ist. Hingegen ist dieser Aspekt im Werkvertrag nicht entscheidend[148]. Der Kaufvertrag unterscheidet sich weiter vom Schenkungsvertrag, weil die Entgeltlichkeit beim Schenkungsvertrag bedeutungslos ist und schließlich ist der Kaufvertrag synallagmatisch, da gegenseitige Verpflichtungen zwischen den Vertragspartnern bei Vertragsabschluss bestehen.

Aus den Pflichten des Verkäufers (Art 30 UN-Kaufrecht; Art 219(jetzt 250) AU.DCG in Verbindung mit dem Art 202 (jetzt 234) AU.DCG) und des Käufers (Art 53 UN-Kaufrecht; Art 233 (jetzt 262) AU.DCG in Verbindung mit 202 (234) AU.DCG) lässt sich ableiten, dass sowohl das OHADA- als auch das UN-Kaufrecht grundsätzlich Verträge über Warenkäufe erfassen wollen, die zur Eigentumsübertragung an Waren verpflichten und die Bezahlung einer Ware zum Gegenstand haben[149]. Die

---

zwischen den Vertragsparteien Israel noch nicht Vertragsstaat des UN-Kaufrechts ist, muss das österr. Erstgericht nach Art 1 Abs 1 lit b CISG zur Bestimmung des in der Sache anzuwendenden Rechts auf sein Kollisionsrecht(lex fori) zurückgreifen (Vorschaltung), siehe Beispiel von *Posch*, 388 in *Apathy/Bydlinski/Dullinger/Eccher/Iro/Kerschner/Posch/Riedler*.

[146] Vgl *Koziol-Welser,* II/12 a, 154*; Gomez*, 120, (Art 264 COCC; Art 1582 C.Civ)*; Hagge*, 49; *Audit,* Anm. 24*; Piltz,* § 2, Rn. 20*; Staudinger/Magnus,* Art 1, Rn13.

[147] Vgl *Krejci,* 334.

[148] Dazu *Haberl*, 7.

[149] Im OHADA-Recht ist die Verpflichtung des Verkäufers zur Eigentumsübertragung kein ausdrücklicher Bestandteil eines Kaufvertrags, da bisher in den meisten Mitgliedstaaten den Grundsatz des solo consensu galten. Mit wirksamem Abschluss des Kaufvertrags auch das Eigentum des Käufers über die Ware begründet wird(Art 1583 und 1183 Code Civil); Dazu *Hagge*, Das einheitliche Kaufrecht

Eigentumsübergang ist lediglich im UN-Kaufrecht ausdrücklich vorgesehen, in der OHADA hingegen nur der Zeitpunkt der Eigentumsübertragung. Dabei ist gleichgültig, ob der Vertrag auf herkömmliche Art oder elektronisch abgeschlossen wird, wobei der Verkäufer oder Käufer auch für E-Commerce-Kaufverträge die Geltung der beiden Kaufrechte beanspruchen darf[150]. Zu beachten sind die näheren Konturen des Kaufvertrages unmittelbar aus den Bestimmungen des OHADA- Rechts [151] sowie des UN-Kaufrechts[152]. Zur Konkretisierung des Begriffs „Kaufvertrag" ist maßgeblich im UN-Kaufrecht nicht auf national geprägte Vorstellungen oder Vorschriften außerhalb des Wiener Übereinkommens zurückzugreifen. Die Vorschrift des Art 7, wonach die Auslegung des UN-Kaufrechts völkerrechtlich konform erfolgt, steht in der OHADA (Art 205 (jetzt 237 iVm 206 (jetzt 238) AU.DCG) nicht im Vordergrund[153]. „Art 205 (jetzt 237) AU.DCG ordnet insofern für im AU.DCG nicht geregelte Fragen die Geltung des "Droit commun"[154] an und stellt damit eine taugliche Norm zur Lückenfüllung bei internen Kaufverträgen bereit; soweit internationale Verträge betroffen sind, muss mangels einer einheitlichen Kollisionsnorm weiterhin auf das nationale (unvereinheitlichte) IPR zurückgegriffen werden" [155]. Somit sind Lücken des OHADA-Rechts primär nach den OHADA-Bestimmungen zu lösen, subsidiär ist das nationale Recht zur Lückenfüllung analog heranzuziehen[156]. In Anlehnung an die im UN-Kaufrecht entwickelten Auslegungsmethoden sollte auch im OHADA-Recht in erster

---

der OHADA, 159. Abgesehen davon der Grund der fehlende eine explizite Definition des Kaufvertrages liegt darin, dass die bereits vorhandenen Definition in den Rechtsordnungen der OHADA-Gründungsstaaten nicht voneinander unterscheiden, Vgl *Fénéon/Gomez*, Art 202, Anm. 2; Vgl Art 1582 Abs 1 Code civil iVm 264 COCC, la vente est une convention par laquelle l´une s´oblige à livrer une chose, l´autre à payer, dazu *Hagge*, 49.

[150] Dazu *Santos/Toé* , 352; *Haberl*, 17.

[151] Dazu *Hagge*, 50.

[152] *Haberl,* 11, *Santos/Toé* , 362, 363.

[153] *Hagge*, 47, Art 205 verweist direkt auf nationales Kaufrecht , eine Unterscheidung zwischen „internen" und „externen" Regelungslücken wird nicht getroffen. Die Vorschritft ist nicht überzeugend. Ihre praktische Anwendung ist überflüssig und sendet letztlich ein der Zielsetzung des Einheitsrechts zuwiderlaufendes Signal. Darüber hinaus ist damit die festgeschriebenen Prinzips der Subsidiarität nationalen Rechts (Art 10 Staats V iVm Art 1 Abs 1 und 2 AU.DCG) gegenüber dem Einheitsrecht bedeutungslos.

[154] *Santos/Toé* , 359; *Modi Koko*,*www.juriscope.org/actu.../OHADA/ohada 23.1.2012.*

[155] *Schroeter*, Das einheitliche Kaufrecht der afrikanischen OHADA-Staaten im Vergleich zum UN-Kaufrecht (6.12.2001) cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/schroeter.html; *Santos/Toé*, 362.

[156] so wird denn auch vorgeschlagen, dass sich der zur Auslegung berufene CCJA bei einer Begriffsbestimmung an die nationalen Definitionen halten solle. *Hagge*, 49, ein Kaufvertrag besteht in der Lieferung eine Ware gegen Zahlung eines Kaufpreises (Art 1582 Abs 1); *Fénéon/Gomez*, Art 202; *Santos/Toé*, Anm 539.

Linie der traditionell bekanntlich Grundsätze in Betracht gezogen werden[157]. Abgesehen davon plädiere ich für die Beachtung ausländischer Präzedenzfälle, wenn sich die ausländischen Urteile als „persuasive authority“ erweisen, und dadurch die Rechtvereinheitlichung des Warenkaufs im OHADA-Raum besonders fördern können[158]. Ausländische Präzedenzfälle sind die im OHADA-Raum bereits vorhandene Urteile bzw Rechtsprechungen. Einen vorschnellen Rückgriff auf das nationale Recht bei der Auslegung von OHADA-Rechtsfragen halte ich für bedenklich.

In beiden Regelwerken ist ein Kaufvertrag durch die Pflichten des Verkäufers zur Lieferung der verkauften Waren (unerheblich ist, ob die Lieferung sofort oder sukzessive erfolgt) [159] und durch die Übertragung des Eigentums an Waren auf den Käufer gekennzeichnet[160] (Art 30 und 31 UN-Kaufrecht; Art 219 (250) AU.DCG). Die Rücksicht auf das Konsensprinzip des französischen Rechts hinsichtlich der Verpflichtung des Verkäufers zur Eigentumsübergang entbehrt allerdings jeden Grundes, da im Fünften bzw nunmehrigen Achten Buch das Konsensprinzip gerade durch das Traditionsprinzip- Eigentumsübergang bei Übergabe der Ware- ersetzt wurde[161]. Der Käufer hat seine Verpflichtung aus dem Kaufvertrag erfüllt, wenn er den im Vertrag festgelegten Kaufpreis bezahlt und die Ware aufgrund des abgeschlossenen Vertrages annimmt. Gibt es neben dem Kaufvertrag einen getrennten Verpflichtungsgrund, etwa wie Bürgschaften für den Kaufpreis, sowie

---

[157] *Hagge*, 44; Vgl *Honnold*, Rn. 86 ff.; *Schlechtriem/Ferrari*, Art 7, Rn. 28ff.; *Staudinger/Magnus*, Art: 7, Rn. 30 ff.; *Witz/Salger/Lorenz*, Art. 7, Rn. 18 ff., danach ist vom Wortlaut der betreffenden Norm in der Authentischen Fassung eines Gesetzes auszugehen und ergänzend ihre Systematik im Gesamtzusammenhang, ihr Zweck und ihre Entstehungsgeschichte zu berücksichtigen. Eine rechtsvergleichende Betrachtung als Auslegungshilfe ist nicht auszuschließen. zu erwähnen ist, dass wichtigster Anhaltspunkt für die Auslegung einer Bestimmung des OHADA- Warenkaufs nach Wortlaut Grundsatz das französische Originaltext ist. Nach Traité Änderung (Traité vom Québec) sind auch Englische, Portugieschen und Spanische als offizielle Sprache geworden. Im Zweifel ist der französische Originaltext vorrangig. Da das OHADA-Recht kein abgeschlossenes Werk ist, ist nicht auszuschließen im Rahmen einer systematischen Interpretation nicht nur Bestimmungen des Fünften Buches, sondern auch ergänzend Vorschriften des Staatsvertrags, weiterer einheitlicher Rechtsakte oder der übrigen Bücher des AU.DCG hingezogen werden müssen. gleiches gilt für die teleologische Auslegung, bei der zum die bereits genannten Auslegungsziele zu beachten sind. In historischer Hinsicht kann auf das CISG als Inspirationsquelle des OHADA-Warenkaufrechts Bezug genommen werden, sofern dessen Bestimmungen wortgleich oder sinngemäß übernommen wurden. Ausführlich *Hagge*, 44 ff.

[158] Vgl *Haberl*, 11 *für die Berücksichtigung der Überzeugungskraft ausländischer Präzedenzfälle im UN-Kaufrecht bei der Auslegung; Die neue italienische Rechtsprechung als Vorreiter und Vorbild, IHR l2005,* 102 ff.

[159] *Siehr* in *Honsell,* 23; entgegen dem Fünften Buch hat der AU.DCG des Achten Buches nunmehr der Sukzessivverträge nicht ausdrücklich vorgesehen.

[160] *Piltz,* 150.

[161] Dazu *Hagge*, 50.

konstitutive, die allesamt Schuldanerkennungen und Schuldübernahmen schaffen, ist davon auszugehen, dass dieser Verpflichtung anderen Vertragstypen zuzuordnen ist[162]. Wenn bei einem Kaufvertrag die Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises fehlt, liegt der Schluss nahe, dass es sich um einen reinen Schenkungsvertrag handelt. Gleiches gilt für Verträge, die mit einem nur symbolischen Kaufpreis sowie für den Vertrieb kostenloser „Freeware" beinhaltet sind. Hingegen sind Kaufverträge, in denen abgestimmte, lediglich deklaratorische Absprachen im Sinne einer Fixierung des Kaufpreises zwischen dem Verkäufer und dem Käufer oder anderen Vereinbarungen zur vergleichsweisen Erledigung von Ansprüchen getroffen wurden, dem UN-Kaufrecht zuzuordnen[163]. Im OHADA-Recht gibt es kaum Anhaltspunkte wie im UN-Kaufrecht in der Judikatur die bereits genannten Auffassungen zu vertreten. Es ist jedoch nicht auszuschließen, dass es im OHADA-Recht bei ähnlichen Fällen zum gleichen Ergebnis wie im UN-Kaufrecht kommen könnte[164]. Auch im OHADA-Recht wäre ein Vertrag als Kaufvertrag zu qualifizieren, wenn – wie bei Entsorgungsverträgen vorkommend - die zur Abnahme der Ware und in einem späteren Vertragsstadium auch zur Zahlung verpflichtete Partei während der Anlaufphase eines einheitlichen Vertrages noch keinen Kaufpreis zu entrichten hat[165].

Jene Verträge, bei denen die Gegenleistung nicht in Form von Zahlungen sondern in Form von Sachleistungen besteht, sind mangels Einsatzes monetärer Mittel grundsätzlich als Tauschgeschäfte anzusehen[166]. Fraglich ist, ob alle Kompensationsgeschäfte aus den Anwendungsbereichen beider Regelwerke ausgeschlossen sind. Chronologisch ist der Tausch die älteste Form des Handels und hat dessen Renaissance bzw Beliebtheit durch das Kompensationsgeschäft zugenommen. Der Begriff des Kompensationsgeschäftes erscheint vieldeutig. Als „countertrade" bzw „barter" unterliegen diese Geschäfte nicht dem UN-Kaufrecht[167]. Hingegen kommt das UN-Kaufrecht „counterpurchase" bzw Gegenkauf-Geschäfte[168]

---

[162] *Hagge*, 151.
[163] *Piltz*, 151.
[164] *Santos/Toé*, 383, da UN-Kaufrecht als Rechtsquelle in die OHADA angenommen wurde soll.
[165] *Santos/Toé*, 383, zum alten Art. 210 al. 1 und 235 in Limine.
[166] *Siehr/Honsell,* 24; *Santos/Toé* , 382.
[167] *Piltz*, 29.
[168] *Siehr* in *Honsell,* 24*,* nämlich wechselseitige Kaufverträge vorliegen oder wenn später eine ursprünglich geschuldete Geldleitung eines Kaufvertrages gegen Warenlieferung ausgetauscht wird, entscheidet sich bei Vertragsschluss, und diese Charakterisierung des Rechtsgeschäfte bleibt bestehen, auch wenn später die Parteien aufrechnen oder sich über eine Leistung an Erfüllung Staat einigen.

zur Anwendung. Gleiches gilt im OHADA-Recht bei dieser Art von Kompensationsgeschäften, wo die Vertragsparteien gleichzeitig Käufer und Verkäufer sind, die Rechtsgeschäfte miteinander verknüpft sind, und als wirtschaftliches Resultat ein gegenseitiger Austausch von Warenlieferungen erfolgt. Da bei rechtlicher Würdigung zwei zwar miteinander verbundene, jedoch jeweils zur Lieferung und Zahlung verpflichtende Verträge abgeschlossen sind, ist diese Art von Vertragsgestaltung als Kaufverträge zu betrachten und daher dem UN-Kaufrecht zuzuordnen[169]. (ZB A verpflichtet sich zur Lieferung von Ware und B zur Bezahlung. In einem weiteren, rechtlich unterscheidbaren Vertrag vereinbaren die Parteien zusätzlich eine von B an A zu erbringende Lieferung, die nun von A zu bezahlen ist). Verträge, bei denen die Parteien Vereinbarungen treffen, wonach der Käufer berechtigt ist, anstelle des vorgesehenen Kaufpreises andere Produkte in Zahlung zu geben, sind nicht im Sinne der beiden Kaufrechte. Liegt hingegen der Schluss nahe, dass bei einer Vertragsvereinbarung die Gegenleistung des Käufers von vornherein nur zum Teil in Geld und der Rest in Sachleistungen festgelegt war, so stellt sich die Frage, welche Verpflichtung bei Abwägung zwischen Geld- und Sachleistung überwiegt. Sollte hingegen eine Vertragsgestaltung beabsichtigt sein, bei der letztendlich das Interesse an der Sachleistung überwiegt, bleibt das Geschäft von dem gegenständlichen Anwendungsbereich des UN-Kaufrechts ausgeschlossen[170]. So wäre die gleiche Auffassung im OHADA-Kaufrecht zu vertreten. Bei als Kaufverträgen aufgemachten Trödelverträgen dürften diese nach hA als Kaufverträge einzustufen sein, weil gewöhnlich die Pflicht zur Zahlung des Kaufpreises im Vordergrund steht und die Möglichkeit der Rückgabe der gelieferten Ware lediglich subsidiären Charakter hat und geduldete Alternative darstellt[171].

Der Kaufvertrag ist ein Synallagma[172]. Während der Käufer die Pflicht zur Zahlung des Kaufpreises übernimmt, wie bereits angeführt, verpflichtet sich der Verkäufer die Ware zu liefen und das Eigentum an der Ware zu übertragen. Im Einzelfall kann auch zusätzlich die Pflicht zu Übergabe der Dokumente erforderlich werden. Die gegenseitigen Verpflichtungen der Käufer und Verkäufer sind im UN-Kaufrecht und im OHADA-Recht verankert (Art 30 UN-Kaufrecht; 219 (250) AU.DCG). Die Pflicht des

[169] *Piltz*, 30.
[170] *Piltz*, 30.
[171] *Piltz*, 30.
[172] Vgl *Koziol-Welser,* I/12 a, 105, II/12 a, 3.

Verkäufers zur Eigentumsübertragung ist entscheidend, zumal diese Pflicht die Qualifizierung eines Vertrages als Kaufvertrag oder Nutzungsvertrag voraussetzt. Beim Vertrag, bei dem lediglich Nutzungsrechte eingeräumt werden, ist nicht von einem Kaufvertrag auszugehen. Macht der Verkäufer dagegen beim Vertragsabschluss seine Pflicht zur Übereignung vorbehaltlich, so sind Zeitpunkt und Bedingungen zur Eigentumsübertragung unerheblich (insbesondere im UN-Kaufrecht; diese setzt im OHADA-Recht Kenntnis des Käufers davon spätestens am Tag der Lieferung voraus (Art 276 AU.DCG); Dritten gegenüber erlangt der Eigentumsvorbehalt erst mit Eintragung ins Handelsregister Wirksamkeit). Ein Vertrag, bei dem die verkaufte Ware nicht frei von dem Schutz des geistigen Eigentums dienenden Rechten Dritter ist, kann auch als Kaufvertrag bewertet werden. Die Qualifizierung als Kaufvertrag ist hingegen nicht anzunehmen, wenn der Verkäufer seinen Vertragspartner nicht zur Übertragung des Eigentums an der Ware sondern nur zur Lieferung verpflichtet hat, wie zB die Erteilung von kauftypischen Qualitätsgarantien an den Endabnehmer, mit denen der Garantiegeber sonst keinen kaufvertraglichen Kontakt hat[173]. Während Kommissionsgeschäfte nicht dem UN-Kaufrecht unterliegen, fällt der Kauf „in Kommission“ in dessen Anwendungsbereich.

Stellt sich im Kaufvertrag heraus, dass keine Lieferbewegung der Ware nach den Absprachen der Parteien vorgesehen war, sofern nur der Verkäufer die Pflicht zur Eigentumsübertragung an der Ware getroffen hat, kommt man zum Schluss, dass die tatsächliche Verfügung über die Ware unter Ausschluss des Verkäufers dem Käufer zugestanden werden kann, sind diese Absprachen nach dem UN-Kaufvertrag zu behandeln.

Sowohl in der OHADA (Art 203 (jetzt 236) AU.DCG) als auch im UN-Kaufrecht (Art 2 B b und c) werden lediglich Käufe aufgrund von Versteigerungen sowie Zwangsvollstreckungs- oder anderer gerichtlicher Maßnahmen ausgeschlossen[174]. Der Ausschluss betrifft auch private Versteigerungen sowie den freihändigen Verkauf von gerichtlich gepfändeten, nicht jedoch von privatrechtlich verpfändeten Sachen[175]. Die Rechtsverhältnisse hinsichtlich der Verkäufe an Warenbörsen sowie Internet-Auktionen

[173] *Piltz*, 31.
[174] Der Ausschluss ist vom vornherein zufrieden, um die Aufnahme von Länder mit anderen Rechtssysteme in den Kreis der OHADA zu erleichtern, so *Hagge*, 51f.
[175] *MünchKommHGB/Benicke* Art 2 RdNr 12, zitiert von *Piltz,* 31.

können gewissermaßen nach dem UN-Kaufrecht und nunmehr nach OHADA-Handelskaufrecht beurteilt werden[176], da die Publikumsofferte ist nicht mehr in der OHADA ausgeschlossen (Art 241 Abs 4 AU.DCG)[177]. Weitere sonstige Modalitäten des Kaufvertrages wie Streckengeschäft, Abladegeschäft, sukzessive Lieferungsverträge, Lieferung auf Abruf, Versorgung sowie Dauerlieferung, Vor-, Rück- und Wiederkauf sowie auch Vorverträge, Rahmenvereinbarungen, Vorkontrakte und Optionen (bei landwirtschaftlichen Produkten) fallen unter das UN-Kaufrecht. Gleiches gilt für die genannten Modalitäten auch in der OHADA, sofern es sich um handelsbezogene Geschäfte handelt. Die Anwendung des UN-Kaufrechts auf einen „Veredelungsvertrag" (dessen Kern die Vereinbarung bildete, dass im passiven Zollvermerkverkehr von einer Seite Material zu liefern und von der anderen Seite zu bearbeiten und zurückzuliefern war) wurde in der Judikatur verneint[178], zumal die im Art 30 UN-Kaufrecht dargestellten Pflichten des Verkäufer das Geschäft prägen.

Herstellungsverträge sowie Kaufverträge mit zusätzlichen Pflichten des Verkäufers werden wie folgt anders betrachtet.

1.2 Herstellungs- und Kaufverträge mit zusätzlichen Pflichten

Die Herstellungs- und Kaufverträge mit zusätzlichen Pflichten sind in Art 3 Abs 1 und 2 CISG; Art 235 b AU.DCG normiert und bereitet aufgrund ihrer Komplexität in manchen Fällen Schwierigkeiten bei der Anwendung des OHADA- und UN-Kaufrechts. Warenlieferungsverträgen, die durch Katalog zustande gekommen sind, bereiten keine Schwierigkeiten bzgl Zuordnung zu einer der beiden Regelwerke. Ob die durch Katalog verkaufte Ware als solche bereits existiert oder erst noch im Rahmen eines handwerklichen oder industriellen Prozesses oder sonst wie hergestellt oder mittels natürlicher Entwicklungsvorgänge erzeugt werden muss, ist prinzipiell unerheblich für die Anwendung des Herstellungsvertrages im Sinne der OHADA oder des UN-Kaufrechts. Wie es in der Literatur betreffend UN-Kaufrecht vertreten wird[179], dürfte die Lieferung von erst noch zu erstellender Software im Prinzip auch dem OHADA-Recht unterliegen. Sowohl im AU.DCG als auch im UN-Kaufrecht soll es beim

[176] *Schroeter, ZEuP 2004, 26; MünchKommBGB/Westermann Art 2 RdNr 7; Staudinger/Magnus* Art 2 RdNr 34; zitiert von *Piltz*, 31.
[177] *Fénéon/Gomez*, 124.
[178] *Posch*, 195;(OGH ZfRV 1995, 159 = CISG-online Nr 133).
[179] *Piltz*, 32.

Herstellungsvertrag keine Rolle spielen, ob es sich um Massenprodukte oder um individuelle Anfertigungen handelt.

Eine Schwierigkeit bereiten jedoch die Verträge über Individual- oder Standardsoftware. Das nationale Recht regelt das Verhältnis zwischen Softwarehersteller und dem Anwender (Kunde) unterschiedlich. Bei Standardsoftware, die einem Anwender gegen einmaliges Entgelt auf Dauer überlassen wird, handelt es sich nach österreichischem Recht um einen Kaufvertrag, wenn deren Nutzung durch „Materialisierung" auf einem Datenträger ermöglicht wird[180]. Die hM geht davon aus, dass (Standard-)Software als „Ware" im Sinne des UN-Kaufrechts eingestuft werden soll. Dabei ist bedeutungslos, ob die Wareneigenschaft von Standardsoftware via Datenträger (zB USB-stick), deren Nutzung dem Anwender (Käufer) ermöglicht werden soll[181].Folglich soll nach der Lehre im UN-Kaufrecht eine Differenzierung (wie nach der Rechtsprechung des OGH IHR 2005, 195, CISG-Online Nr 1047) nach dem Übertragungsmedium unerheblich sein, sodass das UN-Kaufrecht auch für Verträge über die Onlinelieferung bzw Download von Standardsoftware angewendet werden kann[182]. Meines Erachtens sollen Individualsoftware und (Standard-)Software in beiden Regelwerken differenzierbar beurteilt werden. Demnach unterliegt dem OHADA-Recht die Standardsoftwareverträge und unabhängig von der Materialisierung auf einem Datenträger wie zB USB-stick. Die herrschende Ansicht geht davon aus[183] . Zumal im Digitalzeitalter derartige elektronische Geschäftsverkehr nicht unüblich ist.

Da die Werklieferungsverträge unmittelbar (explizite) vom OHADA-Recht erfasst sind (Art 234 letzter Satz AU.DCG)[184], erübrigt sich nicht, der Frage nachzugehen, ob jene Verträge des AU.DCG unterliegen, nach denen der Besteller einen wesentlichen Teil der für die Herstellung oder Erzeugung notwendigen Stoffe selbst zur Verfügung zu stellen hat[185]. Im UN-Kaufrecht ist die Rechtsfrage hinsichtlich der Werklieferungsverträge und gemischt-typischer Verträge noch komplexer und schwieriger. Wenn der Käufer (Besteller) einen wesentlichen - nicht unbedingt den

[180] *Ciresa*, Urheberwissen für die Praxis, 211.
[181] *Posch*, 152.
[182] *Posch*,152.
[183] *Posch,* 152.
[184] Die Werklieferungsverträge im Fünften Buch nicht ausdrücklich vorgesehen. Diese fallen explizite in den Anwendungsbereich der Art 202-288 (jetzt 234-302).Der Grund liegt darin, dass es über Art 205 (237) AU.DCG zu einer dem Art 3 Abs 1 CISG im Grundsatz ähnlichen käme. Nämlich ein französisch geprägtes nationales Recht, Ausführlich dazu *Hagge*, 51.
[185] *Fénéon/Gomez*, 121.

überwiegenden Teil, der für die Herstellung bzw Erzeugung notwendigen Stoffe selbst zur Verfügung zu stellen hat, handelt es sich nach UN-Kaufrecht um einen Werkvertrag. Für Arbeitsverträge, dh Verträge, die für den Verkäufer zusätzliche, über die Lieferung und Eigentumsverschaffung hinausgehende Verpflichtungen vorsehen, kommen die beiden Einheitskaufrechte nicht zur Anwendung, wenn der überwiegende Teil der Pflichten des Verkäufers in der Ausführung von Arbeiten oder anderen Dienstleistungen besteht. Aufgrund des Abgrenzungsmaßstabes erscheint es fraglich, ob es sich bei dieser Konstellation im konkreten Fall um einen Werkvertrag oder Kaufvertrag, einen Arbeitsvertrag oder Dienstleitungsvertrag handelt. Im AU.DCG und im UN-Kaufrecht wurden Lösungen zur Abgrenzung der Werklieferungsverträge von Werk- und Kaufverträgen als auch von Dienstleistungsverträgen vorgesehen (Art 3 Abs 1 und 2 UN-Kaufrecht, Art 204 (jetzt 235 b iVm Art 243 letzter Satz) AU.DCG). Da der Art 204 (235 b iVm Art 234 letzter Satz) im OHADA-Recht nicht detailtreu ist (wie der Art 3 im UN-Kaufrecht) geht die Literatur davon aus, dass Werklieferungsverträge nach Art 204 (235 b, Art 234 letzter Satz) AU.DCG vom AU.DCG erfasst sind. Sodass es nicht entbehrlich ist, der Frage nachzugehen, ob jene Verträge, nach denen der Besteller einen wesentlichen Teil der für die Herstellung oder Erzeugung notwendigen Stoffe selbst zur Verfügung zu stellen hat, dem OHADA-Recht unterliegen. Entsprechendes gilt für Arbeitsverträge, in denen für den Verkäufer zusätzliche, über die Lieferung und Eigentumsverschaffung hinausgehende Verpflichtungen vorgesehen sind.

In der Lehre und Judikatur wurde die besagte Abgrenzung anhand entwickelter Kriterien und Vorschläge vertieft. Daher stehen die methodischen, wirtschaftlichen, quantitativ-wertmäßigen sowie psychologischen Kriterien im Vordergrund[186].Als Ratio zur Abgrenzung führen oben erwähnte unterschiedliche Ansätze im Ergebnis in gleichen Situationen im OHADA- und im UN-Kaufrecht zu unterschiedlichen Resultaten, weil in der Judikatur und Lehre differenzierte Auffassungen vertretet werden[187]. Insbesondere zur Bestimmung des wesentlichen Teils der notwendigen

[186] *Marchand,* Les limites de l'uniformisation matèrielle du droit de la vente internationale, 8. Im französischen Recht spielen überwiegend wirtschaftliche Aspekte, Wert und Matière sowie psychologische Beiträge und der Wille der Partei jeweils eine Rolle für die Bestimmung der Abgrenzung von Verträgen mit wesentlicher Zulieferung des Käufers und von gemischt-typischen Verträgen; bei Honnold ist die wertmäßige Abgrenzung maßgeblicher als die quantitative (*Honnold, (J. O.)*, Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention, 106.
[187]Idem, 80; *Audit*, 26.

Stoffe bei Verträgen mit wesentlicher Zulieferung des Käufers (Bestellers), die eher auf die produzierende Tätigkeit ausgerichtet sind. Während quantitativ-wertmäßige sowie Parteiinteresse[188] Maßstäbe zur Beurteilung der insgesamt erforderlichen Materialien im UN-Kaufrecht vorgenommen werden sollen[189], kommt hingegen dieser Ansatz im AU.DCG nicht Infrage. Da die quantitativ-wertmäßige Beurteilung der insgesamt erforderlichen Materialien bei Verträgen mit wesentlicher Zulieferung des Käufers (etwa bei „buy back-Geschäften") der Abgrenzung zwischen Kaufverträgen und Dienst- bzw Werkverträgen dient, wurden im UN-Kaufrecht infolge der Anwendung dieser Methode im Zusammenhang mit dem Art 3 Abs 1 Halbsatz 2 die Veredelungsverträge wie etwa die Veredelung von Saatgut, den Dienstleistungsverträgen zugeordnet[190]. Nach Ansicht der Judikatur (OGH 7 Ob 76/01d 18.4.2001) ist ein wesentlicher Stoffbeitrag des Bestellers jedenfalls anzunehmen, wenn dieser die herzustellende Ware entscheidend prägt[191]. Dagegen kommt grundsätzlich die Begründung der wesentlichen Zulieferung des Käufers gemäß Art 3 Abs 1 nicht in Betracht, wenn der Beitrag des Käufers lediglich auf die technische, physikalische oder chemische Notwendigkeit der zu liefernden Ware besteht. Das gleiche gilt, wenn der Käufer dem Verkäufer Daten, Pläne, Zeichnungen, Formeln oder Technologien für die Herstellung der Ware zur Verfügung stellt[192]. Anders ist zu bewerten, wenn der Käufer den wesentlichen Teil der notwendigen Stoffe dem Verkäufer bereitstellt[193]. Daher ist von einem Dienstleistungsvertrag auszugehen. Allerdings angesichts des Bestehens wirtschaftlicher Einheit im Verhältnis zwischen dem Verkäufer und Käufer ist hingegen im Vorhinein die Annahme eines Dienstleistungsvertrages nicht gerechtfertigt, wenn ein Vorlieferant des Verkäufers aufgrund eines eigenen Vertrages die Materialien von dem Käufer bezieht. Ebenso ist nach dieser Ansicht von der Anwendung der beiden Regelwerke ein Rechtsgeschäft nicht abzusehen, indem der Verkäufer die von dem Käufer zu liefernden Materialien aufgrund eines rechtlich unterscheidbaren Vertrages zunächst selbst gegen Bezahlung zu Eigentum erworben hat. Dabei ist unerheblich, ob die Zahlungspflicht aus dem Bezugsvertrag tatsächlich erfüllt oder mit dem Vergütungsanspruch aus dem Herstellungsvertrag verrechnet wird.

---

[188] Krejci, 337.
[189] *Piltz,* 32.
[190] *Piltz*, 32.
[191] *Haberl,* 7; *Siehr* in *Honsell, 30; Vgl hingegen Siehr (H.),* Art 3 Rz und 4, 29 f, der darauf abstellt, ob der Besteller „wertmäßig mehr zu liefern hat als der Unternehmer selbst".
[192] *Piltz,* 33.
[193] *Audit*, 26, le terme „essentiel" peut être pris dans un sens qualitatif et quantitatif.

Der Abgrenzungsmaßstab zwischen dem Kauf- und dem Dienstleistungsvertrag erfolgt wie im UN-Kaufrecht (Art 3 Abs 1 und Art 3 Abs 2) unter Heranziehung des Art 204 (jetzt 235 b iVm 234 und 237) AU.DCG. Dabei steht das Kriterium des überwiegenden Teils der Leistung im Vordergrund. Nach diesem Kriterium besteht kein Kaufvertrag, wenn die überwiegende Pflicht des Verkäufers näher auf die Arbeits- oder auf andere Dienstleistungen ausgerichtet ist als auf die den Kaufvertrag charakterisierenden Pflichten zur Lieferung und Eigentumsverschaffung. Daher ist für die Abgrenzung die Art und Weise der Pflichterfüllung im Vergleich zur Sachleistung ausschlaggebend[194]. Im OHADA- Recht ist das wirtschaftliche Kriterium das ausschlaggebende Kriterium zur Unterscheidung von Sachleistung und Arbeitsaufwand[195]. Im Vorhinein scheint die im Art 204 (jetzt 235 b) AU.DCG beinhaltete Lösung ganz einfach. Demnach ist ein Kaufvertrag anzunehmen, wenn die kauftypischen Aspekte bei gemischt-typischen Verträgen (Lieferung und Eigentumsverschaffung, der Herstellungsverträge zusätzliche Pflicht wie Arbeitsaufwand) überwiegen. Umgekehrt gibt es keinen Kaufvertrag, wenn der Arbeits-oder Dienstleistungscharakter ausschlaggebend wird. Wie bereits angeführt erfolgt die Bestimmung des überwiegenden Teils der Leistung durch eine globale Beurteilung des gesamten Vertrages. Das Ergebnis resultiert im konkreten Fall aus dem Einsatz des wirtschaftlichen Kriteriums. Insbesondere wurde im Zuge eines Schiedsgerichts-Verfahrens vor dem ICC Paris dieses Kriterium bejaht[196] Im gegenständlichen Fall wurde die Auslieferung der Materialien zum Ausbau eines Hotels vereinbart Der Verkäufer (dessen zusätzliche Pflicht die Montage des Werkes war) lehnte die Anwendung des OHADA-Kaufrechts ab. Der Schiedsrichter dagegen wendete die OHADA-Regelungen in dem Vertrag an. Ebenso war fraglich, ob die Umsetzung der quantitativen (wirtschaftliche) Methode rein durch monetäre Einschätzung erfolgt oder ob der subjektive Grund der Parteien mitberücksichtigt werden soll. Da der bezahlte Preis zur Installation (Arbeitsaufwand) des Werkes (Hotel) im vorliegenden Fall weniger als jener der erworbenen Materialien war, war davon auszugehen, dass die rein quantitative faktuelle Einschätzung maßgeblicher ist als das, was sich die Parteien als Vertragstyp vorgenommen haben. Das UN-Kaufrecht regelt Vertragsgestaltungen, in denen der Verkäufer Aufgaben bezüglich der verkauften Ware übernimmt, und Differenzen zwischen den Kaufverträgen mit

[194] *Piltz,* 33.
[195] *Fénéon/Gomez*, 121; Civ.1ere, 27 avrril 1976, Bull.Civ I, no 143.
[196] *Santos/Toé*, 350.

wesentlicher Zulieferung des Käufers (Bestellers) und Kaufverträgen mit zusätzlichen Pflichten des Verkäufers (Art 3 Abs 1 Art 3 Abs 2 UN-Kaufrecht). Ob ein Vertrag im Sinne des Art 3 Abs 1 und Abs 2 vorliegt, hängt im konkreten Fall von der Vertragsgestaltung ab. Ein Vertrag ist gemäß Art 3 Abs 1 anzunehmen, wenn der Verkäufer bei der Vertragsgestaltung Aufgaben bei der Herstellung bzw Erzeugung der verkauften Ware übernimmt. Die Anwendung des Art 3 Abs 1 und Abs 2 kann hingegen bei Vertragsgestaltungen beansprucht werden, in denen der Verkäufer Aufgaben der Herstellung bzw Erzeugung der verkauften Ware übernimmt und bei allen Verträge, bei denen für den Verkäufer zusätzliche, über die Lieferung und Eigentumsverschaffung hinausgehende Verpflichtungen vorgesehen sind[197]. Wie im AU.DCG spricht Art 3 Abs 2 wörtlich von Arbeits- oder anderen Dienstleistungen. Bei diesem Vertragstypus wird überprüft, ob der Verkäufer neben den typisch kaufvertraglichen Pflichten der Lieferung und Eigentumsverschaffung und außerhalb der Herstellungsverpflichtung zusätzliche Aufgaben gegenüber dem Käufer übernimmt, die für sich betrachtet üblicherweise anderen Vertragstypen zugeordnet werden[198]. Der Abgrenzungsmaßstab soll nicht bei jeder Situation schnell und vorweggenommen werden. Daher wurden die im Vorfeld der eigentlichen Lieferung erforderlichen Ingenieur-, Planungs- oder Konzeptionsarbeiten, die nicht gezielt kontraktiert wurden, nicht als zusätzliche Pflichten im Sinne des Art 3 Abs 2 angesehen. Ebenso wie der mit der Herstellung der verkauften Ware verbundene Arbeitsaufwand ist der Abgrenzungsmaßstab hier nicht relevant[199]. Nach hA ist hingegen ein Vertrag im Sinne des Art 3 Abs 2 zu beurteilen, wenn primärer Gegenstand eines Vertrages die Entwicklung eines Prototyps ist und die Vergütung an den Forstschritt der Arbeiten, nicht jedoch allein an die Lieferung des Endprodukts geknüpft wird[200]. Zur Konkretisierung der Grenzziehung bei Kaufverträgen mit zusätzlichen Pflichten des Verkäufers zu anderen Vertragstypen kann die gerade vertretene Ansicht auch im Sinne Art 204 (jetzt 235 b) AU.DCG gestützt werden.

Der Vertrag, der die kauftypischen sowie die kauffremden Pflichten in einem einzigen Vertrag beinhaltet, ist als solcher im Hinblick auf den Art 3 Abs 2 sowie bei

[197] *Audit*, 26-27, Si les deux opérations sont séparés on peut envisager d´appliquer distributivement les régles de la vente donc de la convention – et celles de l´entreprise.
[198] *Piltz*, 33.
[199] *Piltz*, 33.
[200] Idem, 33.

gegebenenfalls im Sinne des Art 204 (235 b) AU.DCG zu werten[201]. Liegt der Schluss nahe, dass die kauftypischen und die kauffremden Pflichten rechtlich unterscheidbar sind (jeweils in eigenen Verträgen formuliert), gilt für die kaufrechtliche Vereinbarung in gegenständlicher Hinsicht ohne Weiteres das UN-Kaufrecht oder das OHADA-Kaufrecht[202]. Diese Situation kann etwa gegeben sein, wenn beispielsweise neben dem Kaufvertrag der Verkäufer dem Käufer zur Zahlung des Kaufpreises einen Lieferantenkredit gewährt und zu diesem Zweck gesonderte Darlehensabsprachen mit dem Käufer trifft oder die Parteien eine Kundenschutzvereinbarung treffen. Die Anwendung des UN-Kaufrechts oder des OHADA-Rechts auf die kaufrechtliche Vereinbarung soll oben genanntem Fallbeispiel nicht entgegenstehen, sodass zwischen dem Kaufvertrag einerseits und dem Kredit- bzw Kundenschutzvertrag anderseits in der Regel ein wirtschaftlicher, möglicherweise sogar ein rechtlicher Bedingungszusammenhang besteht[203].

Das Schrifttum fördert die Zurückhaltung in der Anwendung der beiden Regelwerke auf getrennte Verträge und schließt daher die Anwendung der beiden Kaufrechte auf getrennte Verträge aus, welche in einem einzigen Dokument niedergelegt sind und rechtlich als zwei eigenständige Verträge anzusehen sind. Liegt hingegen ein einheitlicher Vertrag vor, wird das UN- oder OHADA Kaufrecht zweifelsfrei angewendet[204](Ungeachtet der Teilbarkeit eines Vertrages nach nationalen Rechtsvorstellungen ist eine einheitliche Praktizierung des UN-Kaufrechts zu befürworten. Auch AU.DCG ist die Teilbarkeit eines äußerlich einheitlichen Vertrages vor allem nach den Vorstellungen der Parteien zu beurteilen). Dieser Standpunkt legt zugleich nahe, Zurückhaltung bei der Annahme getrennter Verträge zu üben, da ein solches Ergebnis gerade im Hinblick auf die rechtlichen Konsequenzen häufig nicht den Vorstellungen der Parteien entspricht[205]. Liegt hingegen ein einheitlicher Vertrag vor, kann entweder das UN- oder das OHADA-Kaufrecht auf den gesamten Vertrag angewendet werden, wenn die nicht-kauftypischen Pflichten überwiegen (zB wenn entweder die Wertverhältnisse der verschiedenen Verpflichtungen (Leistungsteile) des Verkäufers oder der Parteiwille (wie bspw Dienstleistungen, mietvertragliche Elemente

[201] *Santos/Toé*, 350
[202] *Piltz*, 33; *Santos/Toé* , 350.
[203] *Piltz*, 34.
[204] *Piltz*, 34.
[205] Dazu *Piltz*, 33.

beim Leasing) überwiegt oder der Lieferverkehr aus zoll- bzw devisenrechtlichen oder sonstigen Erwägungen einzubeziehen ist)[206]. Die Beweislast trifft die Partei, die sich auf einem überwiegend nicht-kauftypischen (mit kauffremden Elementen) Vertrag beruft. ´

Auf Finanzierungsleasingverträge ist das UN- oder OHADA- Kaufrecht anwendbar, wenn und sobald eine Kaufoption ausgeübt wird[207].Hingegen kommen die beiden Kaufrechte in der Regel auf Anlagenlieferungen sowie Lieferverträge mit Montageverpflichtung nicht zur Anwendung, wenn diese gemischten Verträge die kauffremden Elemente überwiegen[208].

Nach Einschätzung von Piltz sind nachfolgende nicht als Kaufverträge anzusehen: Der Vertriebshändlervertrag, der Franchisevertrag, der joint-venture-Vertrag sowie sonstige Vertriebsabsprachen, die auf die Ausgestaltung eines Vertriebskonzepts, die Fixierung von globalen oder abstrakten Liefer- oder Abnahmeverpflichtungen, auf Marktstrategien, Wettbewerbsabsprachen, die Sicherung von Service- und Wartungsleistungen, Kreditierungsregelungen für die künftigen Kaufpreiszahlungen und sonstige Rahmenbedingungen der vertrieblichen Zusammenarbeit ausgerichtet sind. Anders ist die Situation allerdings zu beurteilen, wenn bereits unmittelbar konkrete kaufrechtliche Liefer- und Kaufpreiszahlungspflichten vereinbart werden (ZB Streckengeschäft). (Soweit dies nicht der Fall ist, bleiben die sonst in solchen Vertriebsverträgen gewöhnlich auch enthaltenen kaufvertraglichen Regelungselemente mit Unterzeichnung des Vertriebsvertrages noch „ohne Leben“. Die kaufvertraglichen Regelungsinhalte werden vielmehr erst durch den Abschluss nachfolgender konkreter Kaufverträge aktiviert. Der eigentliche Vertriebsvertrag ist daher abgesehen von dem UN- und OHADA-Kaufrecht nach der international-privatrechtlich vertriebsorientiert angemessenen Rechtsordnung zu beurteilen, die anderseits auch nicht für die kaufvertraglichen Teile gilt). Ebenso die für die Durchführung etwa eines Vertriebshändlervertrages später abgeschlossenen einzelnen Kaufverträge stehen grundsätzlich dem UN-Kaufrecht nicht entgegen. Nach Piltz sind an dem UN-Kaufrecht zu messen: auch die Regelungen, die für Abschluss und Durchführung der einzelnen

[206] *Piltz*, 34; Santos/*Toé*, 350.
[207] *Haberl*, 8; *Piltz*, 35.
[208] Dazu *Piltz*, 35.

Kaufverträge von Bedeutung sind und für alle künftigen Kaufgeschäfte im Voraus formuliert bereits in der Vertriebsvereinbarung niedergelegt wurden“[209].

Anzumerken ist, dass der Franchisevertrag dienstvertraglichen Charakter haben kann, sodass der Franchisenehmer (bei Vertriebshändlerverträgen) als Arbeitnehmer oder als Arbeitnehmerähnliche Person qualifiziert werden soll[210]. In dieser Konstellation kann die OHADA –Regelung nicht angewendet werden, zumal das Kaufrecht der OHADA die Kaufmannseigenschaft voraussetzt (Art 202 (jetzt 234) AU.DCG).

Gemischt-typische Verträge können bei Software- Lieferung in Betracht kommen. Obwohl die Lieferung von erst noch zu erstellender Software im Prinzip dem UN-Kaufrecht[211] oder dem OHADA-Recht unterliegt, können die Lieferungsmodalitäten (zB die Pflicht des Verkäufers, zu liefernde Software auf die individuellen Bedürfnisse des Käufers abzustimmen oder durch Updates zu aktualisieren) dazu führen, dass die beiden Kaufrechte nicht zur Anwendung kommen. Die Denkvariante ist vorstellbar, wenn die zu liefernde Software durch Updates aktualisiert wird. Daher werden mehr nicht-kauftypische Inhalte überwiegen und folglich den Ausschluss der beiden Kaufrechte hervorrufen. (Dies kann etwa der Fall sein, wenn die von dem Verkäufer zu erbringenden Leistungen über ein „finetunen“ eines bestehenden Programms hinausgehen)[212].

Da es bei der Anwendung des UN-Kaufrechts unzulässig ist, vorschnell auf national geprägte Rechtsbegriffe zurückzuführen, ist für die Anwendung des Art 3 Abs 2 (aber nicht Art 204 (235 b) AU.DCG) unerheblich, wie der zu beurteilende Vertrag - sei es durch nationale Gesetzgeber oder sei es durch die Parteien - bezeichnet wird. Entscheidend ist der materielle Gehalt der konkreten vertraglichen Absprachen. (Art 205 (237) AU.DCG „ordnet insofern für im AU.DCG nicht geregelte Fragen die Geltung des "Droit commun" an und stellt damit eine taugliche Norm zur Lückenfüllung bei internen Kaufverträgen bereit; aber soweit internationale Verträge betroffen sind, muss mangels einer einheitlichen Kollisionsnorm weiterhin auf das nationale (unvereinheitlichte) IPR zurückgegriffen werden“). Im Gegenzug zum UN-Kaufrecht kann aufgrund des Zitats die – häufig an nationalen Vorstellungen orientierte -

[209] *Piltz*, 35.
[210] *Mohr,* Der Franchisevertrag, 40, 41.
[211] *Piltz*, 32.
[212] *Piltz*, 36.

Bezeichnung allenfalls starke indizielle Hinweise vermitteln. Ob es keine Rolle spielt, wenn nationale Gesetze etwa im Rahmen von E-commerce-Geschäften unmittelbar über das Netz gelieferte digitalisierte Produkte ausdrücklich nicht als „Lieferung", sondern als „sonstige Leistung" einordnen, ist umstritten[213]. Abgesehen davon, gelangt man aufgrund Art 1, 3 UN-Kaufrecht, Art234, 235 b (früher 202, 204), 3 AU.DCG iVm Art 6 AU.SCGE zum Ergebnis, dass der Kauf- bzw Herstellungsvertrag vorliegt oder nicht-kauftypische Inhalte überwiegen, kommen die beiden je nach Bedarf zur Anwendung. Beispielsweise können auch Abbau- oder Konzessionsverträge, die etwa berechtigen, aus fremdem Grund Erdöl zu fördern und nach eigenem Belieben zu verwerten, sowie Zeitschriften- und Abonnementsverträge dazu führen, dass diese Vertragstypen als Kaufverträge im Sinne des UN- oder des OHADA-Kaufrechts bewertet werden sollen[214](vente des choses dans le commerce). Allerdings soll man bei der Untersuchung mit besonderer Sorgfalt agieren.

In der Lehre ist fraglich, ob und welche Normen in Betracht gezogen werden sollen, wenn die nicht-kauftypischen Vertragsinhalte beurteilt werden. Es kann sein, dass die Bestimmungen des UN-Kaufrechts für den Fall unzureichend sind oder nicht besonders maßgeblich. Gleiches gilt im OHADA-Recht. Da ein einheitliches Recht in den Vertragsstaaten zu gewährleisten ist, muss die fragliche stehende Rechtfrage mit Hilfe des – durch das Internationale Privatrecht zu ermittelnde - anwendbaren nationalen Rechts beurteilt werden, sofern deren Rechtsfragen nicht vom UN-Kauf geregelt sind und die Heranziehung der allgemeinen Grundsätze erfolglos bleibt[215]. Die evozierte Rechtsfrage wäre im OHADA-Recht anders zu beurteilen. Zwar wird primär die Anwendung der OHADA-Bestimmungen gefordert, aber eine internationale Auslegung zur Schließung der Lücke im Sinne des Art 7 Abs 1 und 2 UN-Kaufrecht, ist nicht vorgesehen. Vielmehr wird subsidiär bei solcher Konstellation auf das nationale Recht „droit commun" (Art 237(früher205) AU.DCG) zurückgegriffen und gegebenenfalls kommt das nach den Regeln des internationalen Privatrechts des Forums maßgebliche nationale Recht zur Anwendung, wenn eine Kollisionsrechtsfrage vorliegt.

[213] *Posch*, 152.
[214] *Piltz*, 35; *Santos/Toé*, 350.
[215] *Piltz*, 36.

1.3 Vertrag über Waren

Die beiden Regelwerke kommen zur Anwendung, wenn die Kaufverträge über Waren[216], die zu gewerblichen Zwecken, wie bereits angeführt vertrieben werden. Allerdings sind einige Gegenstände (Waren) von deren Anwendungsbereichen ausgeschlossen.

1.3.1 Warenbegriff und Abgrenzung

Unter Waren sind bewegliche Sachen zu verstehen Art 1 UN-Kaufrecht; Art 234 AU.DCG. Daher sind typischerweise technische Geräte, Nahrungsmittel oder Tiere[217] sowohl vom UN-Kaufrecht[218] als auch vom OHADA-Recht erfasst. Weder AU.DCG noch im UN-Kaufrecht wurde der Term „Ware" definiert. Dieser ist im rechtstechnischen Sinn bzw in der rechtssprachlichen Terminologie bedeutungslos[219]. Die Wahl dieses Begriffes ist zu begrüßen, da die gewählte Begriff „Waren" einfach und auch für Nichtjuristen zugänglich ist. Dennoch sollte die erforderliche Auslegung dieses Begriffs autonom erfolgen. Zumal strittig ist, ob die Körperlichkeit der Sache oder ihre Beweglichkeit maßgeblich ist[220]. Die Lehre und die Judikatur haben sich mit diesem Begriff befasst. Wie bereits angeführt sind Waren vor allem weitgehend bewegliche Sachen. Dabei kommt eine Unterscheidung nach Stück- oder Gattungsschuld nicht in Betracht[221]. Im OHADA-Recht wird zwischen Rohrstoffen und aus Rohrstoffen hergestellten Produkten unterschieden. Rohrstoffe, die zur industriellen Erzeugung oder Herstellung von Produkten dienen, sind im Sinne des AU.DCG keine Waren. Aber die mittels Rohstoffen hergestellten Produkte sind als Waren zu bezeichnen[222]. Bilden hingegen die Übertragung von Rechten unter Einschluss von gewerblichen Schutzrechten die Vertragsgegenstände, so unterliegen diese nicht dem Anwendungsbereich des OHADA-Rechts und des UN-Kaufrechts.

---

[216] Der in der amtliche Fassung gewällte Begriffe der „marchandises" (Waren) wird als einfach und damit als auch für Nichtjuristen zugänglich begrüßt, so *Hagge*, 54 ; *Gomez,* Penant Nr. 827, Anm. 18.
[217] *Siehr* in *Honsell,* Kommentar zum UN-Kaufrecht, 23, obwohl Tiere nach verschiedenen nationalen Rechtsordnungen nicht mehr als solche angesehen werden (Vgl § 90a BGB; § 285a ABGB, Art 641a ZGB9 sind Sachen im Sinne CISG (C.A Paris 14.1.1998, D. 1998, Somm. 288: „Elefanten"; OLG Schleswig 28.2.2002, IHR 2003, 67: „Schafe"; *Vgl Koziol-Welser*, Bürgerliches Recht, I/12 a, 83.
[218] *Haberl,* UN-Kaufrecht, 8, da die Ware nicht bestimmt wird , sollte die notwendige Auslegung des Begriffs autonome wie im UN-Kaufrecht erfolgen, so *Hagge*,(203), 54; Vgl *Ferrari*, R.D.A.I., 2001, 599(601
[219] Roujou de Boubée*, D. S., 1978, I. R., 72, sous Crim., 5 déc. 1977 zitiert von Santos/Toé*, 344.
[220] *Hagge*, 54, *Posch*, 152; *Perner/Spitzer/Kodek*, 630.
[221] *Piltz*, 37.
[222] *Santos/Toé,*345.

Entsprechendes gilt insbesondere für die im Rahmen des Klimaschutzes zum Handel vorgesehenen Treibhausgas-Emissionszertifikate[223]. Auf unbewegliche Sachen wie etwa Liegenschaften kommen die beiden Regelwerke nicht zur Anwendung und auch nicht auf jene beweglichen Sachen, die Teil einer unbeweglichen Sache sind wie etwa eingebaute Maschinen oder Möbel[224].Es handelt sich auch um die zur Zeit des Vertragsabschlusses feste oder noch bestehende Verbindung mit Grund und Boden, Produkten oder Früchten (wie etwa noch abzubauende Bodenschätze oder zu erntende Früchte[225].

Da die Beweglichkeit erst zur Zeit der Lieferung festgestellt wird, können unbewegliche Objekte als Waren in einem Vertrag bezeichnet werden. Es sei denn, die Beweglichkeit der Objekte erfolgt erst später (wenn sie aus ihrer immobilen Position gelöst werden), nämlich in der Durchführung des Kaufvertrages. Dabei ist entscheidend, ob eine bewegliche Sache zum Zeitpunkt der Übergabe vorliegt[226].

Nach beiden Regelwerken ist unerheblich, ob die Ware zur Zeit des Vertragsabschlusses bereits existiert oder erst noch hergestellt oder erzeugt werden muss[227] .Wie bereits erwähnt, sind unter Waren bewegliche Sachen zu verstehen. Ob nur körperliche Sachen darunter fallen oder etwa auch Software, war besonders im UN-Kaufrecht strittig[228]. Mittelweile erstreckt sich der Begriff (Ware) nicht nur auf körperliche, sondern auch abgrenzbare unkörperliche Produkte(wie etwa Computersoftware und digitale Dateien)[229]. Es ist fraglich, ob im OHADA-Recht Software als bewegliche Sache eingestuft werden kann, so wie es im UN-Kaufrecht vertreten wird (Standardsoftware ist nach der Rsp als Ware anzusehen[230], sofern

---

[223] *Piltz*, 37.
[224] *Siehr* 2009, Art 2 RZ2, 23 zitiert von *Haberl*, 8
[225] Dazu *Piltz*, 37.
[226] *Haberl*, 8.
[227] Dazu *Piltz*, 37.
[228] Dazu *Koziol-Welser*, II/12a , 171*; Haberl*, 8. *Perner/Spitzer/Kodek*, 630
[229] Dazu *Piltz,* Internationales Kaufrecht, 37.
[230] OGH 5 Ob 45/05m21.6.2005. In französisches Recht – damit auch im Recht der meisten Vertragsstaaten werden häufig sogar ausdrücklich unkörperliche Sachen als „marchandises" behandelt. Tatsächlich scheint die Körperlichkeit der Sache im OHADA-Recht nicht zwingender Bestandteil der „Ware" sein. Auch die Legaldefinition in Art 2 e (Acte uniforme relatif aux Contrat spour le Transport des Marchandises par route-AU.CMR)- gemeint Einheitlichen Rechtsakt zum Beförderungsvertrag im Straßengüterverkehr- umfasst „jede bewegliche Sache- tout bien mobilier" ohne ausdrücklich Erwähnung ihrer Körperlichkeit, siehe *Hagge* , 54.

entgegen hA[231] die Standardsoftware via Datentragen wie USB-stick geliefert wird. Die Onlinelieferung von der derselben Software oder deren Download bleibt in der Judikatur unbeantwortet.). Wenn der Rechtsanwender in der OHADA bejaht, wird erwartet, dass die Standardsoftware als Ware bewertet wird und wie im UN-Kaufrecht die Verbindung mit einem körperlichen Medium (auf einem Datenträger verkörpert) vorausgesetzt wird oder wie es offensichtlich im österreichischen Recht vertreten wird, dass zwischen Individual- und Standardsoftware unterschieden wird[232]. Obwohl unter der Geltung des UN-Kaufrechts oder OHADA-Rechts eine solche Differenzierung richtigerweise bei Art 3 Abs 2 oder Art 204 (235 b) AU.DCG[233] ansetzen müsste[234]. Ratsam ist die Bejahung die Wareneigenschaft von Standardsoftware unabhängig von einer „ Materialisierung“ auf einem Datenträger, ZB einem USB-stick. Dabei fallen demzufolge Immaterialgüterrechte (Markenrechte) nicht unter das OHADA- und UN-Kaufrecht[235]. Ebenso wird zwischen Online-Übertragung und Lieferung auf einem Datenträger unterschieden[236].

1.3.2 Ausnahme

In Art 2 lit d bis lit f UN-Kaufrecht und Art 203 (235 a und b) sowie Art 20 (235) AU.DCG wurden ausdrücklich Ausnahmen hinsichtlich warenbezogener Gegenstände in den Geltungsbereichen beider Regelwerke vorgesehen. Es handelt sich um Kauf- und Werklieferungsverträge über elektrische Energie, Schiffe, Luftfahrzeuge, Zahlungsmittel, Wertpapiere[237].

---

[231] Nach *Sieher* „Man sollte man [die] Lieferung von Disketten als Kaufverträge iSd CISG ansehen, aber elektronisch direkt auf dem Gerät des Käufers nicht.“., bejaht *Posch,* 154; *Hagge*, 54.

[232] *Ciresa*, Urheberwissen für die Praxis, 211,Standardsoftware, die einem Anwender gegen einmaliges Entgelt auf Dauer überlassen wird, handelt es sich nämlich um einen Kaufvertrag. Soweit Verträge über Standardsoftware keinen punktuellen Leistungsaustausch wie beim Kauf enthalten, sondern deren Nutzung auf Zeit vorsehen, handelt sich um urheberrechtliche Lizenzverträge bzw Wertnutzungsbewilligung.

[233] Dazu *Piltz*, 38; *Santos/Toé*, 349.

[234] Eine Stimme in der Literatur bejaht die begriffliche Ausdehnung der Ware auf unkörperliche Aspekt vor allem in Hinblick auf die zunehmende Verbreitung des Handels mit Computersoftware und anderen technischen Neuerungen, siehe *Hagge,* 55, die unkörperliche Leistungen, die sich in einem tatsächlich beherrschbaren und nutzungsfähigen Verfahren gegenständlichen niedergeschlagen haben, sollte als Kaufgegenstand anerkannt werden, soweit sie eben nicht durch Art. 203 Nr 3 AU.DCG ausgeschlossen sind; für ein derart weites Verständnis auch für Art 3 Abs 2 CISG plädieren *Soergel/Lüderitz/Fenge*, Art 1, Rn. 21.

[235] *Haberl*, 8.

[236] *Posch*, 154; *Siehr* in *Honsell*, 23.

[237] *Santos/Toé ,* 344; *Piltz*, 38.

In der nachstehenden akribischen Auseinandersetzung mit dem Begriff „Ware“ sollen die Ausschlusstatbestände berücksichtigt werden. Abgesehen davon ist der Term „Ware“ im Zuge der Auslegung unterschiedlich zu berücksichtigen. Während im UN-Kaufrecht eine wirtschaftlich orientierte und restriktive Auslegung gefördert wird[238], kommt im OHADA-Recht eher eine wirtschaftlich orientierte aber weite Interpretation im Betracht[239]. Folglich fallen unter Waren insbesondere im UN-Kaufrecht nach Piltz zusammenfasst „ alle beweglichen Produkte sowie Sachgesamtheiten, die Gegenstand des Handelsverkehrs sein können, ohne dass eine körperliche Beschaffenheit vorausgesetzt wird. Sowohl Computersoftware und digitale Dateien als auch technisches oder kaufmännisches Wissen (Knowhow) wie etwa Formeln zur Herstellung bestimmter Produkte“ sind daher grundsätzlich geeignet, als Ware gehandelt zu werden, wenn nicht die Übertragung von Rechten unter Einschluss gewerblicher Schutzrechte beabsichtigt ist. Dies gilt erst recht, wenn die geistige Leistung Teil eines körperlichen Mediums wird und in Durchführung des Vertrages das körperliche Medium übereignet und übergeben wird. Dies gilt auch für digitalisierte Produkte, die im E-Commerce verkauft werden. Allerdings wird in jedem Fall sorgfältig zu prüfen sein, ob das Geschäft wirklich die Charakteristika gerade eines Kaufvertrages aufweist (nämlich die Pflicht des Verkäufers, die verkaufte Ware zu liefern und das Eigentum an der Ware zu übertragen einerseits und andererseits die Pflicht des Käufers zur Zahlung des Kaufpreises Art 30 und Art 53 UN-Kaufrecht) und nicht anderen Vertragstypen näher steht[240]. Ausgehend vom Art 202 (234) AU.DCG und der Lehre[241] entspricht das Konzept Ware nahezu[242] jenem des UN-Kaufrechts, wobei auch umstritten bleiben könnte, ob die Übertragung und Übereignung von (Standard-) Software auf einem USB-Stick als Ware bewertet werden soll und hingegen die Online-Lieferung der gleichen Software bzw Online-Übertragung des Leistungsgegenstandes (etwa der Download von Software) nicht.

Der Term Ware soll im Hinblick auf Art 7 UN-Kaufrecht einheitlich verstanden werden, sodass nationale Begriffsvorstellungen der Ware nicht beachtet werden müssen. In der OHADA wird bei der Auslegung der Ware keine autonome Qualifikation der Ware im

[238] *Piltz,* 38
[239] *Santos/Toé,* 345.
[240] *Piltz*, 38.
[241] *Santos/Toé,* 346.
[242] *Audit,* 30.

Sinne des Art 7 Abs 1 UN-Kaufrecht vorausgesetzt, sodass nationale und internationale Bedeutung in den Hintergrund rücken. Zumal die Rechtsquellen im OHADA-Recht vorwiegend aus dem französischen Recht stammen und deren Judikatur bzw Judikatur des CISG bei der Auslegung beachtet wird. Da Art 205 (jetzt 237) AU.DCG für im AU.DCG nicht geregelte Fragen die Geltung des "Droit commun" anordnet, stellt dieser damit eine taugliche Norm zur Lückenfüllung bei internen Kaufverträgen dar. Aber soweit internationale Verträge betroffen sind, muss mangels einer einheitlichen Kollisionsnorm weiterhin auf das nationale (unvereinheitlichte) IPR zurückgegriffen werden. Daher ist von differenzierten Auslegungsvorgaben auszugehen, wobei bei der Auslegung national-rechtlich geprägte Denkfiguren und Vorstellungen im Vorhinein nicht ausgeschlossen werden[243], etwa bei Überschneidungen mit nationalem Recht. Abgesehen davon unterliegt wie im UN-Kaufrecht der Erwerb von Gesellschaftsanteilen nicht dem Rechtskauf, auch wenn etwa das Geschäft steuerrechtlich als „Asset-Deal“ behandelt wird[244]. Wie bereits erwähnt sind im UN-Kaufrecht und im OHADA-Recht einige Sachen in der Definition der Waren ausdrücklich ausgenommen. Es handelt sich zunächst um unkörperliche Sachen wie Wertpapiere oder Zahlungsmittel (Art 2 B d; Art 203 al 3 (236 c) AU.DCG sowie Abtretung und Forderungsrecht) (ausdrücklich lediglich im OHADA-Recht). Die Ausnahmen kommen jedoch nur infrage, wenn die Zahlungsmittel oder Wertpapiere – ZB Aktien, Schuldverschreibungen, Schecks, Wechsel sowie sonstige Order- und Inhaberpapiere - primären Gegenstand des Geschäfts bilden. Wenn die Gegenleistung des Käufers (in Geld oder durch Übergabe von Schecks oder Wechsel) der zu entrichtende Kaufpreis ist, dann besteht kein Geschäft über Wertpapiere oder Zahlungsmittel[245]. Nicht alle Kaufverträge über Wertpapiere fallen in die Ausnahmen im Sinne Art 2 B d sowie Art 203 Abs 3. Beispielsweise geht es um den Kaufvertrag bzw das Abladegeschäft. Obwohl derartige Geschäfte vorkommend zwar Wertpapiere zum Gegenstand haben, sind diese Dokumente jedoch namentlich Konnossemente, Lager- oder Ladescheine, die die verkauften Waren repräsentieren, keine Wertpapiere nach den Art 2 B d und 203 Abs 3 (236 c). Man geht davon aus, dass das Vertragsobjekt in diesen Fällen eigentlich nicht das Papier ist, sondern vielmehr die in ihm verbriefte

[243] *Piltz*, 96
[244] *Santos/Toé,* 346.
[245] *Piltz*38.

Ware. Immaterialgüterrechte (beispielsweise Markenrechte) sind in den beiden Kaufrechten ausgeschlossen[246]

Weiter wurde in der Definition der Ware der Kauf von Seeschiffen, Binnenschiffen, sowie Luftkissenfahrzeugen oder Luftfahrzeugen ausgenommen[247].Allerdings sind die Ausnahmen ausdrücklich lediglich im UN-Kaufrecht (Art 2 B e) und nunmehr in der OHADA (Art 236 e AU.DCG) vorgesehen. Entbehrlich ist im OHADA-Recht momentan, ob der Kauf von Seeschiffen, Binnenschiffen sowie Luftkissenfahrzeugen oder Luftfahrzeugen vom Anwendungsbereich des Art 202 (jetzt 234) AU.DCG ausgenommen wird. Obwohl in der OHADA die Ausnahmen wie bei Wertpapieren oder Zahlungsmitteln sowie Abtretungen ausdrücklich vorgesehen waren , waren Seeschiffe, Binnenschiffe, Luftkissenfahrzeuge oder Luftfahrzeuge nach hM nicht in den Ausschlusstatbestand der Ware im Sinne des OHADA-Rechts zu fallen ungeachtet, dass Schiffe bzw Flugzeuge teilweise als unbewegliche Sachen behandelt werden sollen[248]. *Piltz* ist nicht davon überzeugt, die soeben genannten Objekte von den Ausschlusstatbeständen des Art 2 B e auszunehmen.

Anzumerken ist, dass der Art 2 B e des UN-Kaufrechts hinsichtlich des Ausschlusstatbestandes jedoch insoweit nicht zur Anwendung kommt, wenn die Schiffe und Flugzeuge als Gegenstand des Kaufvertrages im Wesentlichen komplette Objekte vorbezeichneter Art sind. Hingegen fallen die Geschäfte über Bestandteile von Schiffen oder Luftkissen sowie Luftfahrzeugen oder über Materialien zu deren Herstellung unter das UN-Kaufrecht. Gleiches gilt für den Kauf etwa von Triebwerken für Flugzeuge[249]. Bezüglich des Begriffs „Schiff“ haben sich die Lehre und Judikatur damit befasst. Fraglich war, ob der Term „Schiff“ national oder international verstanden werden soll. Da das Interesse an einer einheitlichen Bestimmung des Anwendungsbereichs des UN-Kaufrechts in Vertragsstaaten groß ist, ist tendenziell die internationale Begriffsvorstellung zu bejahen. Auf internationaler Ebene wird der Begriff

---

[246] *Haberl*, *9; Santos/Toé* , 346.
[247] *Schlechtriem,* dem entsprechende Vorschrift des EKG, Art 5 I b schlossen lediglich die eingetragenen Schiffe und Flugzeuge aus, 73, 74.
[248] S*tarck, Introduction au droit, 3e éd. Litec, 1991, Par Boyer (L.) et Roland (H), p. 493, no 1214 (ohne dem* Sonder-Eintragungsrecht zu unterliegen); *Santos/ Toé*, 345; *Piltz*, 39.
[249]*Piltz*, 39. Dabei bleibt unerheblich die Berufung auf die Anwendung des Art XVI Genfer Übereinkommen über die internationale Anerkennung von Rechten an Luftfahrzeugen im Fall der Auslegung. Zur Rechtfertigung ist das Genfer Übereinkommen zwar auf dingliche Rechtsfragen zugeschnitten, aber hat eine gänzlich andere Aufgabenstellung als das UN-Kaufrecht.

„Schiff“ auf ein Schiff oder Vessel angewendet[250]. Ebenso eine nicht ganz unbedeutende Größe des Fahrzeugs kann als Schiff angenommen werden[251]. Dieser Begriff ist im Prinzip in der OHADA diskussionsbedürftig. Der Lösungsansatz sollte wie im UN-Kaufrecht entsprechend sein.

Ein unter Berücksichtigung der Funktion zur dauernden Fortbewegung gedachtes Transportmittel kann schließlich als Schiff genannt werden. Irrelevant ist, ob dieses durch Wind- oder Motorkraft betrieben wird. Hingegen fallen Sportgerät bzw schwimmende (im Wesentlichen aber ortsfeste) Anlagen sowie Ruder-, Paddel-, und Schlauchboote und Surfbretter in den Anwendungsbereich des UN-Kaufrechts. Denn die Genannten sind praktisch kein Schiff im Sinne des Art 2 B e und sind daher als Waren zu behandeln[252].

Für den Begriff „Luftkissenfahrzeug“ gilt Ähnliches. Es ist zwar richtig, dass der Term „Luftkissenfahrzeug“ aufgrund ihrer Größe und Funktion praktisch keine Zuordnungsproblematik aufweist. Eine Umschreibung des Begriffes „Luftfahrzeug“ ist bedeutsam, um Unsicherheiten zu vermeiden. Daher sind Modellflugzeuge, Ultra-Leicht-Fluggeräte, Drachen sowie Hängegleiter im Sinne des Art 2 B e nicht als dauernde Fortbewegung zu nennen. Mit der Begründung: Sie haben weder die erforderliche, nicht unbedeutende Größe, noch sind sie zur dauernden Fortbewegung bestimmt[253]. Ebenso wurden Satelliten, Raumfahrzeuge und Raketen als Nicht-Luftfahrzeuge („aircraft“) angesehen[254].

Da die Terme „Schiff“ und „Luftkissenfahrzeug“ grundsätzlich in der OHADA nunmehr zur Diskussion stehen, ist eine Unterscheidung zwischen „Schiff“ oder „Nicht-Schiff“ einerseits, „Luftkissenfahrzeug“ oder „Nicht-Luftkissenfahrzeug“ andererseits nicht mehr entbehrlich[255].

Wie schon im UN-Kaufrecht wurde der Kauf elektrischer Energie im OHADA-Recht ausdrücklich ausgenommen (Art 236 f AU.DCG). Fraglich ist, ob der Kauf von elektrischer Energie oder Gas den Dienstleistungsverträgen näher stehen als den

---

[250] *Piltz*, 39.
[251] Dazu *Schlechtriem*, 83.
[252] *Piltz*, 39
[253] *Piltz*, 40.
[254] *Staudinger/Magnus* Art 2 Rd Nr20 zitiert von *Piltz*, 40.
[255] *Santos/ Toé*, 345.

Kaufverträgen. Da nach hA diese Vertragstypen die wesentlichen Merkmale der Kaufverträge aufweisen (dh einerseits die Lieferungsverpflichtung und andererseits die Zahlungsverpflichtung), sollte gründlich daher im OHADA- und im UN-Kaufrecht die Verträge über elektrische Energie oder Gas als Kaufverträge qualifiziert werden[256]. Wie bereits angeführt, wurde der Kauf elektrischer Energie von den Ausschlusstatbeständen des Art 2 B e CISG; Art 236 f AU.DCG ausgenommen. Aber nicht die Lieferung von Gas, Öl, Wasser, Fernwärme sowie anderer als elektrischer Energien, soweit diese im Übrigen als Warenbegriff bewertet werden können[257].

2 In persönlicher Hinsicht

Das einheitlichen Kaufrecht der OHADA kommt vorbehaltlich besonderer Umstände(Art 235 und 236 AU.DCG) zur Anwendung, wenn ein Kauf- bzw Herstellungsvertrag über Waren vorliegt, (Art 1, Art 234, 3 und 6 AU.DCG) und entweder der Verkäufer und/oder der Käufer ihre Niederlassungen in einem Vertragsstaaten haben (dh AU.DCG gelten auch internen Kaufverträgen). Der zwischen Käufer und Verkäufer abgeschlossene Kaufvertrag über Waren oder Herstellungsvertrag unterliegt dem OHADA-Kaufrecht, wenn lediglich Warenkaufverträge[258] zwischen Kaufleuten(„commercants“) abgeschlossen sind (Art. 234AU.DCG).Daher ist der Unterschied zwischen dem UN-Kaufrecht und dem OHADA-Kaufvertragsrecht bei persönlichen Anwendungsvoraussetzungen beachtlich.

Die Kaufmännische Eigenschaft der Parteien hat zentrale Bedeutung im AU.DCG, wobei der Kaufmannstatus Rechtsfrage aufwirft. Auch kommt in Frage „wer“ Vertragspartner ist.

Bei der Untermauerung des Käufer- und Verkäuferbegriffs sollen sonstige formulierte Vorbehalte anderer Nationen im Sinne der Art 92 und 93 UN-Kaufrecht Rücksicht genommen werden. Wichtige Übereinstimmungen und Abweichungen zwischen den beiden Regelwerken, die noch gezeigt werden, sollen bedacht werden.

[256] *Piltz* , 46.
[257] *Schlechtriem,* 84.
[258] Sachliche Anwendungsvoraussetzungen, hierzu *Hagge*, 49.

2.1 Kaufmannseigenschaft

Das UN-Kaufrecht gilt nach Art 1 Abs 1 lit a für alle Kaufverträge[259] über Waren zwischen Vertragsparteien, die ihre Niederlassung oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt in verschiedenen Vertragsstaaten haben und bei mehreren Niederlassungen ist jene maßgebend, die die engste Beziehung zum Vertrag aufweist (Art 10 lit a)[260].

Das Übereinkommen sagt auch nicht, ob der Verkäufer eine natürliche oder juristische Person ist. Das gleiche gilt für den Käufer. Dabei werden Arbeitnehmer oder Beamte als Vertragspartei angesehen. Bedeutungslos ist jedoch die Staatsangehörigkeit der Parteien(Art 1 Abs 3). Ob sie Kaufleute oder Nichtkaufleute bzw Verkäufer sind, ist entbehrlich (Art 1 Abs 3). Gleiches gilt, ob der Vertrag handelsrechtlicher oder bürgerlich-rechtlicher Art ist (Art 1 Abs 3 dritter Satz). Der Grund der Unerheblichkeit der Kaufmannseigenschaft liegt darin, dass der Kaufmannsbegriff in den verschiedenen Vertragsstaaten unterschiedlich bestimmt wird[261]. Entsprechendes gilt der Bedeutungslosigkeit des Geschäftscharakters. [262] De facto wird aber dennoch aufgrund vom Ausschluss reine Privatkäufe aus dem Anwendungsbereich des UN-Kaufrechts (Art 2 lit a) die Schaffung eine persönliche Anwendungsvoraussetzung zur Sprache gebracht.

Das Achte Buch regelt lediglich die beiderseitig handelsbezogenen Warenkäufe und hält im Kaufvertrag die natürliche oder juristische Persönlichkeit der Vertragsparteien fest und übernimmt demzufolge die traditionelle Unterscheidung des französischen Rechts zwischen bürgerlich-rechtlichen und gewerblichen Parteien[263]. Nach Art 234, 1, 2, und 3 AU.DCG (Einheitsakt des allgemeinen Handelsrechtes) gilt für alle Kaufverträge über Waren zwischen Kaufleuten, die natürliche oder juristische Personen sind[264] und somit ist die Verbraucher- oder Unternehmereigenschaft bzw Kaufmanneigenschaft der Parteien im Achten Buch relevant aber nicht die Staatsangehörigkeit der Parteien. Daher unterliegen anders als im UN-Kaufrecht

---

[259] *Koziol-Welser*, II/ 12 a, 170

[260] Nach Art. 4 Abs. 2 EVÜ wird mangels Rechtswahl das Recht des Staates angewendet, in dem das Unternehmen, das die charakteristische erbracht hat, seine Hauptniederlassung hat. Allerdings muss die Rechtsordnung jenes Staates beansprucht, in dem sich die Niederlassung des Unternehmens befindet, das die charakterliche erbrachte Leistung hat, vgl *Krejci,* 130.

[261] *Hagge*, 57; *Kort,* AcP 193, 453-480

[262] *Piltz,* 42.

[263] Vgl *Hübner/Constantinesco*, § 28, Acp 193, 453; *Hagge*, 58.

[264] Das OHADA-Handelskaufrecht übernimmt damit die traditionelle Unterscheidung des französischen Rechts zwischen bürgerlich-rechtlichen und gewerblichen Parteien; Vgl *Hagge*, 58.

Geschäfte zwischen Nichtkaufleute weiterhin unvereinheitlichtem nationalem Recht. Gleiches gilt, allerdings wie im UN-Kaufrecht wenn ein professioneller Käufer Ware lediglich für seinen beabsichtigten privaten Gebrauch erwirbt(Art. 203 al. 1 (jetzt 235 a) AU.DCG). Anders als im AU.DCG ist Arbeitseigenschaft und Beamtenstatut für die Anwendung des UN-Kaufrechts maßgeblich.

Die Definition der Kaufleute im AU.DCG war lakonisch[265] und nicht zufriedenstellend[266]. Problematisch ist weiter, wenn ein OHADA-Raum hinausgehender Sachverhalt in Zusammenhang mit dieser Definition vorliegt[267]. In Österreich ZB wurde vor der Handelsrechtsreform 2005 das Fach Unternehmensrecht „Handelsrecht" genannt. Der nunmehrige Unternehmer hieß Kaufmann. Der Unternehmer ist, wer ein Unternehmen betreibt (§ 1 Abs 1 UGB). Als Unternehmen ist nach § 1 Abs 2 UGB jede auf Dauer angelegte Organisation selbständiger wirtschaftlicher Tätigkeit, mag sie auch nicht auf Gewinn gerichtet sein. Der Unternehmerbegriff war nach hA weder mit dem des bürgerlichen noch mit jenem des Handelsrechts identisch[268]. Die unabhängige Wahrnehmung der Eigenschaft des Unternehmens im Sinne des KSchG (§ 1 Abs 2) wurde aufgrund des Unternehmensrechts, insbesondere (§ 1 Abs 1 und 2) beendet. In Bezug auf die Geschäfte (Vorbereitungsgeschäfte) der werdenden Unternehmer sind diese Geschäfte als Verbrauchergeschäfte anzusehen[269]. Die Geschäfte, die eine natürliche Person vor Aufnahme des Betriebes eines Unternehmens zu dessen Vorbereitung abschließt, gelten noch nicht als unternehmensbezogene Geschäfte (§ 343 Abs 3 UGB). Anders wäre, wenn eine rechtsfähige „Vorgesellschaft" bereits das Unternehmen betreibt bzw wenn sie sich auf Vorbereitungsgeschäfte beschränkt[270]. Der werdende Kaufmann ist nach hA und Rechtsprechung im OHADA-Recht bereits bei Vorbereitungsgeschäften als Kaufmann anzusehen[271].

---

[265] Dazu *Santos/Toé,* 78
[266] Dazu *Hagge*, 58, Art 2 AU.DCG übernimmt den Kaufmannsbegriff aus Art. 1 des frz. Code de Commerce von 1807(seit der Reform von 2001 Art.L. 121- 1 Code de commerce).
[267] *Santos/Toé,* 12.
[268] *Mohr,* Der Franchisevertrag, 66.
[269] Dazu *Krejci,* 263.
[270] Dazu *Krejci*, 55.
[271] *Guyon,* Droit des affaires: Droit commercial général et sociétés; Vorlesung des Dekan Prof. *Modi-Koko-Bebey* Droit des affaires 1994-1995; Rechtsprechung Österreich vor Handelsrechtsreform 2005 HS 20.004/14; *Krejci,*5.

Nach Art 202 AU.DCG in Verbindung mit Art 3 des Fünften Buches über den Anwendungsbereich des AU.DCG waren Kaufleute definiert als jene, die Handelsgeschäfte ausführen und diese als gewöhnlichen Beruf ausüben. Das Achte Buch hat nahezu nicht anders vorgesehen. Daher umfasst das Sonderprivatrecht nicht alle Marktteilnehmer[272]. Ein Handelsgeschäft ist nicht identisch mit einer wirtschaftlichen Tätigkeit. Daher fallen Rechtsanwälte[273], Handwerker und Landwirte nicht unter die Definition der Kaufleute im Sinne des Kaufrechts der OHADA. Ein freiwilliges Unterwerfen unter den Anwendungsbereich des AU.DCG wird nicht wie im Unternehmensrecht in Österreich vorgesehen[274].

In beruflicher Hinsicht ist der Begriff des Verkäufers mit dem der Kaufleute verknüpft. Entsprechendes gilt für den Käufer. Daher wird das Kriterium der Kaufleute für die Bestimmung des Verkäufers oder Käufers betrachtet. Also muss hier der Verkäufer oder der Käufer bei der Ausführung der handelsbezogenen Geschäfte gewerblich tätig sein. Wenn man davon ausgeht, dass der Begriff des Unternehmers[275] aus österreichischer Sicht nicht gleichbedeutend mit dem des Kaufmanns ist, zumal die Handelsrechtsreform zur Umbenennung des Kaufmanns in den Begriff des Unternehmers geführt hat, weil der Kaufmannsbegriff im modernen Wirtschaftsleben nicht mehr zeitgemäß war[276], kann sich die unterschiedliche Wahrnehmung dieses Begriffes (Kaufmann) im Hinblick auf einen OHADA-Raum hinausgehenden Sachverhalt mit Bezug auf österreichisches Recht als eine Kollisionslage darstellen[277]. „Während bei Verträgen mit Parteien aus OHADA-Staaten deren Qualifikation als Kaufleute nach den für diese zwingenden Vorschriften der Art. 1 ff. AU.DCG vorzunehmen ist, könnte im Fall der Anwendung des OHADA-Kaufrechts auf einen Vertrag mit einer in einem Drittstaat niedergelassenen Parteien deren Kaufmannseigenschaft getrennt anzuknüpfen sein. Abhängig ist dies von den im

[272] *Gomez,* 13.
[273] Nach *Hagge*, 59, ist der Ausschluss von Rechtsanwälten von Anwendungsbereich der OHADA kurios. Siehe auch *Fénéon/Gomez* , Art. 2 Anm. 2.
[274] Dazu *Krejci,* 37.; § 4 Abs 2 UGB.
[275] *Karollus/Huemer/Harrer,* Casebook, Handels- und Gesellschaftsrecht, 19.
[276] Dazu *Krejci*, 33.
[277] *Nowotny*, Gesellschaftsrecht, 42, 63; Als Personengesellschaft ist eine GesbR mangels Rechtsfähigkeit kein Unternehmen, aber § 178 UGB sieht anders vor.: Hingegen ist die Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung (Ewiv) ein Unternehmen Kraft Rechtsform, rechtsfähig und parteifähig, aber keine juridische Person.

Einzelfall vom zuständigen Gericht anzuwendenden Regeln des Internationalen Privatrechts“[278].

Seit der Handelsrechtsreform im Jahr 2010 fallen in den Kaufmannsbegriff sowohl die Vorbereitungsgeschäfte als auch die berufsmäßige Tätigung von Handelsgeschäften(Art 2 AU.DCG). Das Handelsgeschäft ist beispielshaft definiert, aber nicht abschließend (Art 3 AU.DCG). Man geht man von weitgehend von etwa Wirtschafts-/Geschäftstätigkeit wie Ankauf zum Zweck des Wiederverkauf, Bank-, Versicherung-, Transport-, Kommissionsgeschäft etc. aus. Da die Vorbereitungsgeschäfte in der Reform als Handelsgeschäfte mitberücksichtigt sind, ist für die Kaufmannseigenschaft einer Person nicht mehr allein entscheidend ihr regelmäßiges und deshalb berufsmäßiges Tätigwerden[279]. Der werdende Kaufmann erlangt bereits bei Vorbereitungsgeschäfte das Kaufmannsstatus(Art 3 AU.DCG).

Eine Kategorie „der sogenannte“ Selbständige hat nicht dazu beigetragen, dass für die persönliche Grenzen für die Erlangung der Kaufmannseigenschaft der Angehörigen einiger Berufsgruppe auf Grund möglicher Interessenkonflikten ausgeschlossen sind. Nach Art 9 AU.DCG fallen unter dem Ausschluss unter anderen BeamtInnen, Bürgermeister, Geschäftsführer öffentlicher Gesellschaftsrecht und kurioserweise auch Rechtsanwälten. Daher unterliegt der Kauf eines Computers durch einen Rechtsanwalt zur beruflichen Nutzung zwar dem UN-Kaufrecht, eine Anwendung des OHADA-Kaufrechts kommt hingen nicht in Betracht[280]. Es ist jedoch hinzuweisen, dass gemäß Art 234 Abs 2 AU.DCG die Anwendung des OHADA-Kaufrechts für „verdeckte“ Verbraucherkäufe kommt. Allerdings für die Fälle, in welchen der Verkäufer vor oder bei Vertragsabschluss weder wusste noch wissen musste, dass die Ware für einen persönlichen Gebrauch oder einen Gebrauch in der Familie oder im Haushalt gekauft wurde. Daraus lässt sich schließen, dass der „verdeckte“ Verbraucherkauf eines Rechtsanwalts gemäß Art 234 Abs 2 AU.DCG dem OHADA-Kaufrecht unterliegen sollte. Sodass die Ausschlusstatbestände des Art 9 AU.DCG nicht in Frage kommen könnten. Fraglich ist, ob die Geschäfte zu gemischten Verwendungszwecken in den Anwendungsbereich des OHADA-Kaufrechts fallen. Meines Erachtens sollte die Anwendung des OHADA-Rechts beansprucht werden, wenn Kaufleute die Waren zu

[278] Dazu *Hagge*, 58.
[279] *Ngeubou*, 10 ff; *Santos/Toé*, Anm 135 ff*; Ferrari*, R.D.A.I. 2001, 599 (602); *Hagge*, 59.
[280] *Ferrari*, R.D.A.I. 2001, 599(602), *Fénénon/Gomez*, Art 2, Anm 2; *Hagge*, 59.

teilweise Privaten, aber überwiegend teilweise auch gewerblichen Zwecken erwerben. Ob der“ verdeckte“ Kauf eines Computers durch einen Rechtsanwalt zur überwiegenden privaten Nutzung dem OHADA-Kaufrecht unterliegt, ist fraglich[281]. Das UN-Kaufrecht kommt zwar gemäß Art 2 B a Halbsatz 2 in solchen Fällen zur Anwendung[282].

2.2 Vertragsparteien

Anders als das UN-Kaufrecht regelt das OHADA-Recht die Frage, wer „Partei“ eines internationalen Kaufvertrags gewesen ist. Bei einem internationalen Kaufvertrag, in dem ein Vertreter „ intermédiaire de commerce“ in das Rechtsgeschäft eingeschaltet ist, sagt Ausführlich das OHADA-Kaufrecht wer Vertragspartner ist. Diesem Thema widmet das Buch VII der OHADA über die Stellvertretung (Art 169 – 233 AU.DCG; 140 AU.DCG sieht einen Art 140AU.DCG Pächter als Kaufman an)[283]. In diesem Zusammenhang stellt Art 170 iVm Art 171 AU.DCG ausdrücklich klar unter welchen Voraussetzungen der Stellvertreter ein Kaufmann ist. Auch Art 183 AU.DCG regelt die Vollmachtüberschreitung und falsus Procurator. Erheblich ist, ob die Tochtergesellschaft einer Muttergesellschaft Vertragspartei geworden ist. Diese Prüfung trifft zu, wenn die Tochtergesellschaft im eigenen Namen kontrahiert hat. Aber hat sie nur in Vertretung gehandelt, ist die Niederlassung der Muttergesellschaft somit sie als Partei maßgeblich. Hingegen ist bedeutungslos die Niederlassung des Vertreters[284].

Nach Art 172 AU.DCG sollen die Bestimmungen zum Stellvertreterrecht selbst bei einem Wohnsitz des Vertretenen oder des Dritten außerhalb des OHADA-Anwendungsraums dann gelten, “ wenn der Vertreter im Handelsregister eines OHADA- Mitgliedstaats eingeschrieben oder er auf dessen Staatsgebiet tätig ist oder wenn die Regeln des IPR zur Anwendung des AU.DCG führen“. Da der Vertreter die Kaufmannseigenschaft erlangt (Art 171 AU.DCG), kann die Frage des Kaufmannsstatus im Zusammenhang mit Art 172 AU.DCG nicht ausgelöst werden. Zumal die Definition des Kaufmannes unter Verweis auf den Art 2 AU.DCG erfolgt

---

[281] Vgl Art 9 AU.DCG.
[282] *Piltz,* 41-45.
[283] Dadurch wurde eine zuvor in den meisten Vertragsstaaten bestehende Regelungslücke geschlossen; *Fénéon/Gomez*, 97 ff.; *Nguebou*, 9, 14 ff.*; Sontos/Toé*, Anm.379 ff; Ferrari, R.D.I. 2001, 599(602); *Hagge*, 59.
[284] *Hagge*, 60; *Fénélon/Delabrière*, Penant Nr 827, 136 (143).

werden muss und vor dem Hintergrund, dass das Stellvertreterrecht ausdrücklich eine Kollisionsvorschrift vorsieht. Für die Stellvertretung und Kaufmannstatus ist eine gewisse Lücke zur Füllung nicht vermeidbar[285]. Während bei Verträgen mit Parteien aus OHADA- Vertragsstaaten „deren Qualifikation als Kaufleute nach den für diese zwingenden Vorschriften der Art 1ff. AU.DCG vorzunehmen ist, konnte im Fall der Beanspruchung des OHADA-Kaufrechts auf einen Vertrag mit einer in einem Drittstaat niedergelassenen Partei deren Kaufmannseigenschaft getrennt anzuknüpfen sein“[286]. Mangels einer einheitlichen Kollisionsnorm muss weiterhin auf das nationale (unvereinheitlichte) IPR zurückgegriffen werden, um die Lücke zu füllen.

Zur Stellvertretung im UN-Kaufrecht hat ein deutsches Gericht diesbezüglich das deutsche IPR befragt, wer Vertragspartei geworden ist. dh wer Vertragspartner gewesen ist, muss im UN-Kaufrecht nach dem anwendbaren nationalen Sachrecht entschieden werden. Für EU-Mitgliedstaaten ist das anwendbare Vollmachtstatut nach Art 7 der Rom I- VO zu bestimmen und in der Schweiz nach Art 126[287]. Da andere Forumsstaaten die Vertragsparteien nach ihrem IPR bestimmen müssen, kann dazu führen, „dass in Verschiedenen Vertragsstaaten über die Anwendung des UN-Kaufrechts unterschiedlichen befunden wird, insbesondere wenn bei einer amerikanischen“agency“ der verdeckte“ master“ als Vertragspartei gilt und nicht der“ Agent“, der als indirekter vertretener in eigenen Namen gehandelt hat“.

Ergibt sich, dass nach dem anwendbaren Sachrecht der indirekt Vertretene untermittelbar Vertragspartei geworden ist und dies dem Vertragspartner nicht bekannt war, ist sodann das UN-Kaufrecht nicht anwendbar. Wenngleich die Vertragspartner ihre Niederlassungen in verschiedene Staaten haben.

Das UN-Kaufrecht trifft keine Aussage, wann die Parteien ihre Niederlassungen in einem Staat gehabt haben müssen. Den Art 100 Abs 2 iVm Art 1 Abs 2 sowie aus allgemeinen Grundsätzen des Internationalen Vertragsrecht s(Vgl Art 4 Abs 2 Satz 1 Rom I-VO) lässt sich entnehmen, dass es auf die Niederlassung im Zeitpunkt des

[285] Afrilex. *Hagge*, 47, *Gomez*, Penant Nr 827, Anm 33.
[286] *Hagge*, 60.
[287] *Honsell*, 14.

Vertragsschlusses ankommt. Anders ist vorzugehen, wenn Art 100 Abs 1 für den Teil II (Regeln über den Vertragsschluss) beansprucht wird[288].

Hinsichtlich des Anknüpfungszeitpunkts trifft Art 234 AU.DCG keine Aussage. Aus Art 9 Abs 2 OHADA-Vertrag vom 17 Okt 2008 iVm Art 234 Abs 2 und 44 AU.DCG sowie 59 AU.DCG ergibt sich, dass es auf die ins Handelsregister(Register du commerce et du Crédit Mobilier, RCCM) eingetragene Niederlassung im Zeitpunkt des Vertragsschlusses ankommt. Die Eintragung ins Handelsregister stellt eine maximale Publikationswirkung dar (Art 34 AU.DCG).

Die Eintragung ins Handelsregister wird dreigleisig geführt: Erstens am zuständigen Gericht des Orts der Geschäftstätigkeit der natürlichen Person (Art 44 AU:DCG) oder Ort der Niederlassung der Juristischen Person (Art 46. AU.DCG). Es gilt als nationale Zentraldatei eines jeden Mitgliedstaats und als regionale Zentraldatei am CCJA in Abidjan (Elfenbeinküste). Die Eintragung ist für alle Kaufleute Pflicht, für natürliche (Art 44 AU.DCG) wie juristische Personen (Art 46 AU.DCG. Die Eintragung im Handelsregister Begründet (Art 59 Abs 1 AU.DCG) vorbehaltlich Art 59 Abs 2 AU.DCG in beiden Fällen eine widerlegbare Vermutung des Kaufmannsstatuts. Kommt die Verpflichtung zur Eintragung ins Handelsregister nicht nach, dürfen die Verpflichtenden nicht sich auf die Kaufmannseigenschaft gegenüber Dritten berufen(Art 60 AU.DCG). Umgekehrt werden zu seiner Last alle Nachteile, die sich aus ihrer faktischen Kaufmanneigenschaft ergeben(Art 61 AU.DCG).

2.3 Kaufmannsstatut der OHADA

Aus dem Text der OHADA gehen zwei Merkmale (Subjektiv und Objektiv) zur Bestimmung des Verkäufers oder Käufers als Kaufmann hervor: die Handelsgeschäfte und die gewerbliche Tätigkeit. Dazu kommt die Rechnungslegungspflicht.

Nach Aussagen der Judikatur sind die Begriffe Handelsgeschäfte und die gewerbliche Tätigkeit voneinander untrennbar?[289]

[288] *Honsell*, 14
[289] Dazu *Santos/Toé,* 79.

2.3. 1 Kaufmannstatut unter Rücksicht auf handelsbezogene Geschäfte

Unter dem Rechtsobjekt wird der Verkäufer oder der Käufer auf die handelsbezogenen Geschäfte abgestellt. Die handelsbezogenen Geschäfte sind in Art 3 AU.DCG nicht abschließend aufgezählt[290].

Die oben erwähnten Bestimmungen wurden bereits in der reformierten Art 632 des französischen Handelskodex angeführt. Hier ist anzumerken, dass dieser Kodex sowohl in materieller als auch terminologischer Hinsicht nicht mehr zeitgemäß ist. ZB die nunmehrige Fabrik hieß Unternehmen zur Erzeugung, ein Händler wird heutzutage als Kaufmann bezeichnet. Die Entwicklung der Wissenschaften und die Techniken haben zu neuen Dienstleistungen wie einer Fluglinie geführt. Daher ist davon auszugehen, dass die im Handelskodex erwähnten Handelsgeschäfte unvollständig erscheinen[291]. Insofern wurde der Art 632 des französischen Handelsrechts inhaltlich in Art 3 des OHADA wiederholt, sodass aber die allgemeine Theorie über Handelsgeschäfte in der OHADA nicht vollständig bedacht wurde[292].

Diese Mängel hinsichtlich der Handelsgeschäfte wurden bereits in der französischen Lehre behoben[293]. Aus dieser Lehre werden zwei Gegenstimmen hervorgehoben. In der ersten Auffassung ist man der Ansicht, dass ein Handelsgeschäft maßgeblich durch sein Objekt, seine Natur ZB Wechsel Solawechsel etc. charakterisiert wird. (Art 4 AU.DCG) . Unwichtig ist die Person, die dieses Geschäft verrichtet. Ausschlaggebend ist lediglich die Natur des Geschäftes, deren Ergebnis zur Determinierung der Person als Kaufmann führen kann. Derartige Methode ermöglicht eine Bestimmung der Person des Kaufmannes bzw des Verkäufers oder Käufers. Die Kaufmannsdefinition erfolgt in dieser Lehre ansatzweise als objektives Konzept des Handelsgeschäftes. Allerdings muss man betonen, dass diese objektive Konzeption unvollständig ist, um alle handelsbezogenen Geschäfte zu erfassen. Sonstige Verträge wie Kauf- und Darlehensverträge, Transportverträge oder eine Vollmacht können nicht aufgrund ihrer Größe und Form von vornherein als Geschäft eines Kaufmanns im Alltagsleben oder Geschäftsleben dargestellt werden. Daher ist maßgeblich die Berufstätigkeit derjenigen, die diese Verträge abschließen, in Erfahrung zu bringen.

---

[290] Dazu *Hagge,* 58; *Vgl Fénéon/ Delabrière*, Penant n0 827, 136(140); *Fénéon/Gomez*, Art. 2 Anm. 2; *Lohoues-Oble*, R.I.D.C. 1999, Anm. 25; *Nguebou*, 16 f.; *Tiger*, 56.
[291] *Hagge,* 59.
[292] Dazu *Hagge,* 59.
[293] Dazu *Santos/Toé,* 59.

Die zweite Ansicht lässt sich entnehmen, dass das Handelsrecht ursprünglich ein gewerbliches Recht war und dementsprechend wird das handelsbezogene Geschäft qualifiziert als jenes, das von einem Kaufmann verrichtet wird. Man redet hier von einem subjektiven Konzept. Der Verkäufer oder Käufer ist hier ein Kaufmann, wenn er beruflich diese Tätigkeit ausübt. Auch die zweite Konzeption wird nicht von Kritik erspart[294]. Die Klassifizierung eines bestimmten Berufs als gewerbliche bzw kommerzielle Tätigkeit ist nicht einfach. In einigen Fällen bleibt die Zuordnung zu einer bestimmten Berufsgruppe ungewiss. Zudem bleibt die Frage unbeantwortet, warum nicht alle von Kaufleuten verrichtete Handlungen handelsbezogene Geschäfte sind und auch schließlich nicht, warum diejenigen, die keine kommerzielle Tätigkeit ausüben, handelsbezogene Geschäfte verrichten können.

Die Theorien der Handelsgeschäfte nach französischer Lehre sind auch nicht zufriedenstellend, wenn obige Konzepte entweder unabhängig oder kumulativ betrachtet werden.

Die Theorie des gemischten Geschäftes führt zur Ergänzung der französischen Doktrin über Handelsgeschäfte. Durch diese Theorie könnten Rechtsgeschäfte für eine der Parteien (Verkäufer und Käufer) handelsbezogenen oder zivilen Charakters sein. Der Verkäufer als Kaufmann könnte durch Anwendung der gemischten Theorie determiniert werden und die Beanspruchung der OHADA oder des UN-Kaufrechtes ermöglicht werden.

Verkäufer oder Käufer als Kaufleute werden nicht nur durch die normierten handelsbezogenen Geschäfte (Art 3 iVm Art 4 AU.DCG) und Theorie über Handelsgeschäfte bestimmt werden, sondern auch durch die gewerbliche kommerzielle Tätigkeit.

Bei der gewerblichen bzw kommerziellen Tätigkeit kommt es nicht nur auf die tatsächliche Ausübung einer Tätigkeit an, sondern vielmehr auf rechtmäßige Ausübung dieses Metiers. Ob diese Tätigkeit als Kaufmann unabhängig ausgeübt werden soll, ist nicht ausdrücklich in Art 2 AU.DCG der OHADA hinsichtlich der Kaufleute erwähnt

[294] *Santos/Toé,* 60.

worden[295]. Trotz dieses Schweigens ist unbedenklich, dass der Kaufmann seine gewerbliche Tätigkeit unabhängig auf eigene Rechnung und Gefahr ausüben soll[296]. Diejenigen, die die handelsbezogenen Geschäfte im fremden Risiko verrichten und auf fremde Rechnung, sind keine Kaufleute . ZB. einige Arbeitnehmer eines Unternehmens führen Handelsgeschäfte aus, sind aber keine Kaufleute. Auch Geschäftsführer sind unter Umständen Kaufleute sowie Pächter und Masseverwalter der Handelsgesellschaft. Sie führen die handelsbezogenen Geschäfte im fremden Namen (des Arbeitsgebers, Vollmachtgebers oder der Gesellschaft) und auf dessen oder deren Rechnung aus. Dem Arbeitgeber, dem Vollmachtgeber oder der Gesellschaft kommt ausschließlich die Eigenschaft der Kaufleute zu. Hier ist anzumerken, dass der Handelsvertreter naturgemäß im fremden Namen und auf fremde Rechnung handelt und ist naturgemäß kein Kaufmann, aber als solcher im OHADA-Recht anzusehen. Der Kommissionär hingegen ist ein Kaufmann, da er im eigenen Namen handelt[297]. Die Kenntnisnahme des Geschäftsherrn bei der Ausübung der handelsbezogenen Geschäfte ist nicht erforderlich. Obwohl der Kommissionär im eigenen Namen aber auf fremde Rechnung handelt, kann er durch sein Erscheinungsbild als echter Geschäftsherr behandelt werden. Die Dritten sollen im Geschäftsverkehr geschützt werden. Da er im Geschäftsverkehr mit Dritter als echter Geschäftsherr erscheint, zumal er auf eigenen Namen handelt, wurde er in der Rechtsprechung als Kaufmann behandelt. Die Anerkennung der Kaufmannseigenschaft wird lediglich angenommen, wenn er durch das vorhandene Handelsgeschäft „bestraft“ werden muss. Durch die Anwendung der Theorie der Fingierung in der Judikatur wird der Kommissionär als Kaufmann behandelt, wenn er zu seinem Nachteil handelt. Der Vorteil bei Ausübung der gewerblichen Tätigkeit als Kaufmann wird daher dem Kommissionär verneint. Alle Nachteile, die in dieser Tätigkeit verknüpft sind, fallen ihm zur Last[298].

---

[295] Entscheidend für die Kaufmannseigenschaft einer Person ist letztlich ihr regelmäßiges und deshalb berufsmäßiges Tätigwerden; Dazu *Hagge*, 59; Vgl *Ngeubou,* 10 ff. *Santos/Gomez*, Anm. 135 ff. ; *Ferrari,* R.D.A.I. 2001, 599(602).

[296] *Gomez,* 14, Com.15 oct. 1991, Bull.Civ. IV, no 186, 199.

[297] Anders als das UN-Kaufrecht regelt das Recht der OHADA die Frage , wer „Partei“ eines internatinonales Kaufvertrags ist in Fällen, in denen ein Vertreter in das Rechtsgeschäft eingeschaltet ist .Dazu *Hagge*, 59 ; Art. 138 („ intermédiaire de commerce“); Ebenso *Santos/Toé*, Anm. 379 ff.

[298] *Santos/Toé,* Anm. 382 ff. Ebenso Dazu *Hagge*, 59

2.3.2 Kaufmannstatut in beruflicher Hinsicht

Der Beruf als Kaufmann soll naturgemäß und professionell ausgeübt werden. Die im Text des Art 2 AU.DCG über die Definition der Kaufleute festgeschriebene nunmehrige Natürlichkeit des Berufes ist erheblich und erscheint hier als nicht mehr als Wortwiederholung wie die alte Definition. Die Betonnung war auf die Regelmäßigkeit des Berufs angelegt. Kritisch gesehen war es nicht nachvollziehbar, dass jemand nicht gewöhnlich dem Gewerbe nachgeht. Man muss hier den Unterschied zwischen dem Professionellen und dem Dilettanten hervorheben. Professionell handeln bedeutet eine Art der Organisierung auf materieller Ebene in Verbindung mit dem Erwerb einer gewissen Kompetenz, die auf Gewinnerzielung gerichtet ist[299]. Die Organisation geht öfter aus einem bestehenden Unternehmen (Rechtsobjekt) hervor. Hingegen kommt die Gewohnheit nicht dem Gewerblichen gleich. Eine Person kann wohl gewöhnlich und naturgemäß die handelsbezonen Geschäfte verrichten, muss diese aber nicht gewerblich ausüben.

Wenn sich die verrichteten handelsbezogenen Geschäfte mehr oder weniger öfter wiederholen, spricht man von der Gewohnheit. Hingegen handelt es sich nicht um einen Kaufmann, wenn die handelsbezogene Geschäfte nur isoliert oder sporadisch ausgeführt werden. Hat man die Handelsgeschäfte gewöhnlich ausgeführt, bedeutet dies nicht, dass sie nicht verschieden verrichtet werden können. Es ist möglich, gewöhnlich die gleichen Geschäfte auszuführen, wenn sich diese Handlung ausschließlich über das gleiche Objekt wiederholt.

Es liegt in der Zuständigkeit des Gerichtes, zu beantworten, ob ein handelsbezogenes Geschäft gewöhnlich und natürlich oder nicht ausgeübt wird. Zur Frage der Kaufmannseigenschaft bezüglich der Anleger im Börsengeschäft wurde in der Judikatur bejaht, dass die Anleger Kaufleute sind, wenn sie gewöhnlich die Börsengeschäfte ausführen. Dieser Judikatur widerspricht das alte Gesetz. Insofern definierte die vorhandene Bestimmung des Art 2 AU.DCG der OHADA die Kaufleute als diejenigen, die handelsbezogenen Geschäfte ausführen und diese als gewöhnlichen Beruf ausüben und nicht jene Personen, die gewöhnlich handelsbezogene Geschäfte verrichten.

[299] *Santos/Toé,* 80.

2.3.3 Definition des Berufes

Es gibt keine legale Definition des Berufes. Das französische Handelsgesetzbuch benützt den Term Beruf wie die OHADA (Art 2 AU.DCG). Der Beruf wird in der Doktrin definiert als Tätigkeit einer Person zum Zweck der Sicherung der Fortannahme von Gewinnerzielung[300]. Wenn diese Tätigkeit kommerziell ist, kommt der Person die Kaufmanneigenschaft zu[301]. Insofern eine Person mehrere Tätigkeiten ausübt, sind drei Hypothesen möglich: wenn einer der Berufe als Hauptberuf ausgeübt wird, (dh wenn diese Tätigkeit kommerziell ist und der betroffenen Person überwiegend die wesentliche Einnahme zum Überleben verschafft) hat diese Person die Kaufmanneigenschaft. Wenn diese Tätigkeit unabhängig von anderen Tätigkeiten der Person ausgeübt wird, spricht man von einem Kaufmann, obwohl diese Tätigkeit sekundär ist.

Wenn die Tätigkeit sekundär zum Hauptberuf nicht kommerziell ausgeübt wird, kommt der ausgeübten Tätigkeit keine Kaufmannseigenschaft zu. Also übt der Zahnarzt keine Handelstätigkeit aus, obwohl er kauft und die Zahnmaterialien an seine Kunden verkauft. Daher wird die kommerzielle Tätigkeit als sekundär gegenüber der zivilen Tätigkeit betrachtet[302].

2.3.4 Rechnungslegungspflicht

Der Verkäufer ist auch zur Führung von Handelsbüchern mit Rechnungslegungspflichten (Art 13 ff) und zur Eintragung im Register für den Handel verpflichtet[303]. Diese Verpflichtung geht aus Art 2 OHADA auch hervor. Wie bereits erwähnt, muss der Verkäufer im Sinne der OHADA hinsichtlich des Warenkaufs ein Kaufmann sein. Ein Selbständig im Sinne des Art 30 des Ersten Buches ist zur minimalen Rechnungslegung verpflichtet. Die Rechnungslegung spielt eine wesentliche Rolle im Handelsrecht, insofern ist die gewerbliche Tätigkeit des Kaufmannes auf Gewinn ausgerichtet. Es ist selbstverständlich, dass der Kaufmann genau den Kaufpreis kennt und auch seinen Gewinn beim Wiederverkauf der Waren prognostizieren kann. Die Rechnungslegung dient ansatzweise dazu unter

[300] *Gomez,* 14, nach der Judikatur erfordert Professionalität Entgeltlichkeit, führt zu Gewinn oder Vermögenszuwachs; Paris, 30 avr. 1906, D. P. 1907. In der Literatur hingegen erfordert Professionalität Organisation und Kundschaft. Vgl *Krejci*, 34.
[301] *Santos/Toé,* 80.
[302] *Santos/Toé*, 81.
[303] *Gomez*, 21-23.

Berücksichtigung eines internen Kontrollsystems[304], dieses Ergebnis zu erreichen. Außer Bescheid wissen über Vermögens-, Finanz- und Ertragslage dient die Rechnungslegung auch als Informationsmittel für die am Unternehmen Beteiligten(insb Gesellschaftern, Aktionären, Anteilsscheininhabern) und den sonstigen Dritten (Belegschaft, Kunde, Lieferant, Finanzamt Gläubiger etc.)[305] und als Beweismittel[306]. Hinsichtlich der Grundfragen der Buchführung müssen die Bucheintragungen und sonst erforderliche Aufzeigungen vollständig, richtig, zeitgerecht und geordnet vorgenommen werden. Die Einsicht in die Buchhaltung erfolgt lediglich unter richterlicher Aufsicht[307] (vorher hat die Streitpartei volle Einsicht, was für das Geschäftsgeheimnis kein angemessener Schutz war) kann im Geschäftsverkehr entscheidend dafür sein, im Streitfall den Dritten die Vermögensdisposition des Kaufmanns zugänglich zu machen. Nach Art. 21 AU.CE (Acte uniforme portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprieses, dh Einheitsakte zur Rechnungslegung des Unternehmens) beträgt die Aufbewahrungsfrist 5 Jahre für die Unterlagen(Art 5 iVm Art 16 AU. DCG des Ersten Buches [308].

Nach alldem ist der Verkäufer oder Käufer zur Ausführung der Handelsbücher verpflichtet. Abgesehen von dieser gesetzlichen Verpflichtung zur Rechnungslegung wie Aufstellung des finanziellen Standes, Vorrates und Datenbankvorrates der ausgeführten Geschäfte spielt diese eine Rolle als unersetzbare Informationsquelle, um im Fall des Konkurses wieder die Geschichte des Betriebes zu rekonstruieren. Die Handelsbücher ermöglichen einen Zusammenhang zwischen dem Betriebsumsatz und dem Kapital.

Wie bereits erwähnt werden im OHADA Kaufmann als „celui qui fait de l´accomplissement d´ actes de commerce par nature professions " definiert (Art 2 AU.DCG des Achten Buches). Der Verkäufer im Sinne der OHADA übt Handelsgeschäfte und gewerbliche Tätigkeiten aus.

---

[304] „Unter einem internen Kontrollsystem werden sämtliche aufeinander abgestimmten Methoden und Maßnahmen in einem Unternehmen verstanden, die dazu dienen, das Vermögen zu sichern, die Genauigkeit und Zuverlässigkeit der Abrechnungsdaten zu gewährleisten und die Einhaltung der vorgeschriebenen Geschäftspolitik zu unterstützen", *Krejci,* 162.
[305] *Santos/Toé,* 83, Vgl *Krejci*, 162.
[306] *Gomez*, 22.
[307] *Gomez*, 23.
[308] Im österreichischen Recht beträgt die Aufbewahrungsfrist 7 Jahre, § 212 Abs 1 UGB, ausführlich *Krejci*, 173ff.

Allerdings beschränkt die OHADA die Bedingungen zum Erwerb der Eigenschaft als Kaufleute. Es gibt Voraussetzungen, die einige Personen am Abschluss des Kaufvertrages hindern Bestimmte Personen sind aufgrund ihres sozialen Status explizit ausgeschlossen, andere sind aufgrund ihrer beruflichen Tätigkeit ausgeschlossen.

2.3.5 Ausnahme bzw Ausschluss

Der Ausschluss betrifft hauptsächlich Verbraucher und unfähige Personen. In gewisser Weise Ehefrauen von Kaufleuten und bestimmte Berufsgruppen.

2.3.5.1 Verbraucher

Nach altem Art 203 al 1 Einheitsakt über allgemeines Handelsrecht werden die Verbraucher als Personen definiert, deren Ziele und Handlungen nicht in den Rahmen kaufmännischer Tätigkeit fallen. Auch Art 235 b des Achten Buches sieht nahezu so vor. Am Anfang war das Verbraucherkonzept mehr wirtschaftlich als rechtlich[309]. Es definierte die Handlung, die sich auf der letzten Stufe der Wirtschaftstätigkeit ansiedelt (Produktion, Verteilung und Verbrauch). In diesem Sinn entspricht die Verbrauchshandlung der Benutzung eines Dienstes oder eines Gutes[310].

Seine Einführung in das Recht hat einige Definitionsproblematik gebracht. Zwei Tendenzen haben sich in der Doktrin und der französischen Rechtsprechung abgezeichnet. Eine erste allgemeine, flexiblere Konzeption bezeichnet den Verbraucher als Außenstehenden. Unter diesem Gesichtspunkt wird derjenige Verbraucher, der außerhalb seiner Fachkompetenz („en dehors de sa compétence professionnelle“) handelt[311]. Der Pharmazeut, der ein Alarmsystem kauft, um sein Laboratorium auszustatten, ist ein Verbraucher, soweit er außerhalb seiner professionellen Zuständigkeit handelt)[312]. Daher konnte man in diesem Zusammenhang über Fachleute mit unterschiedlichen Spezialgebieten sprechen)[313].

Eine zweite restriktivere Konzeption basiert auf der Zweckbestimmung der Handlung. Der Verbraucher ist also jener, der außerhalb seiner beruflichen Tätigkeit handelt ("en dehors de sa profession“ handelt. Der Pharmazeut, der ein Alarmsystem kauft, um

---

[309] *Pizzo*, Introduction de la notion de consommateur en Droit francais, D. 1982 chron., 91, *Plaisant,* Essais sur la notion de consommateur; *Santos/Toé*, 341.
[310] *Santos/Toé*, 341.
[311] Civ., 24 janvier 1995, D., 1995, J., 327, note Plaisant (G); *Santos/Toé*, 341.
[312] *Santos/Toé*, 341
[313] Com. 12. Déc. 1984, Bull .civ. IV, n0 349; Civ.1ere, 22 Nov. 1988, Bull.civ.,I Nr 333

seine private Wohnung auszustatten, handelt außerhalb seines Berufes. Ein solcher Vertrag entging den Bestimmungen des Achten Buches, die das Handelsrecht leiten. Es ist diese letzte Konzeption, die das Fünfte Buch des AU.DCG angenommen hatte.

Artikel 203-1 verfügte, dass „les dispositions du présent livre ne régissent pas les ventes aux consommateurs, c´est-a-dire à toute personne qui agit à des fins qui n´entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle".

Diese Bestimmung wird von der EU-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in den Verträgen entliehen, welche mit den Verbrauchern abgeschlossen und am 5. April 1993 durch die Europäische Gemeinschaft angenommen wurden[314].

Nach dem UN-Kaufrecht kommt es nicht darauf an, ob die Parteien Kaufleute sind (Art 1 Abs 3). Die Beschränkung erfasst auch freiberufliche, landwirtschaftliche und alle sonstigen Tätigkeiten, die zur Erzielung von Einkünften betrieben werden.

Dieser Grundsatz wird allerdings dadurch eingeschränkt, dass der Ankauf von Waren für den privaten Gebrauch nicht dem Übereinkommen unterliegt (Art 2 lit a). Der Ankauf von Gegenständen ausschließlich zum persönlichen Gebrauch oder für Familie und Haushalt sind aus dem UN-Kaufrecht ausgenommen, es sei denn, dass der Verkäufer aus den Umständen vor oder bei Vertragsabschluss weder wusste noch wissen musste, dass die Ware zu reinen Privatzwecken gekauft wurde (Art 2 lit a)[315]. Das Wissen bzw Wissen-Müssen ist nunmehr im OHADA-Kaufrecht relevanter(Art 235 a des Achten Buches)[316]. Es war zwar richtig, dass Verbraucherkäufe gemäß alten Art 203 AU.DCG nicht vom Einheitsrecht des Fünften Buches erfasst wurden, wobei es dabei - anders als nach Art 2 lit a CISG - nicht auf die Erkennbarkeit des persönlichen Gebrauchs ankam. Vielmehr waren nach Ansicht des OHADA-Verfassers hinischtlich des Fünften Buches die objektiven Gegebenheiten relevanter als die subjektiven

[314] *Koziol/Welser*, II/12 a, 373.
[315] *Piltz*, Int, 41 f.
[316] Entscheidend ist die innere Zweckbestimmung(und nicht die tatsächliche Nutzung)der Ware, ohne Bedeutung ist, ob der Verkäufer von der Absicht zur privaten Nutzung der Ware Kenntnis hatte oder nicht. Im diesem Punkt besteht ein gravierender Unterschied zur CISG, so *Hagge*, 53; Vgl *Ferrari*, R.D.A.I. 2001, 599(602).

Momente[317]. Nunmehr wird im Achten Buch die gleichlautende Vorschrift wie Art 2 lit a CISG geschafft.

Der Kauf von einem Händler für einen reinen privaten Verwendungszweck unterliegt hingegen die Veräußerung des Privat-PKW's an einen Händler in gegenständlicher Hinsicht dem UN-Kaufrecht. Wenn Arbeitnehmer oder Beamte zum Zwecke der Fortbildung oder zur Förderung ihrer beruflichen Arbeit beispielsweise Literatur oder einen Computer erwerben und kaufen, sind diese Käufe nicht aus dem UN-Kaufrecht auszuklammern Hingegen kommt das UN-Kaufrecht zur Anwendung, wenn im Anstellungsvertrag eine Verpflichtung zum beruflichen Einsatz selbstfinanzierter Kleidung, Fahrzeuge oder sonstiger Arbeitsmittel beinhaltet ist. Der Käufer ist hingegen als Verbraucher einzustufen, auch wenn die gekaufte Kleidung möglicherweise praktisch nur beruflich getragen wird[318]. Wie bereits erwähnt, führt im UN-Kaufrecht die Eigenschaft der Ware als Verbrauchsgut nicht zu besonderen rechtlichen Konsequenzen wie im österreichischen Recht (§§ 3 iVm 5a KSchG)[319]. Gleiches gilt in der OHADA[320].

Da im OHADA-Recht die nationalen Verbraucherschutzrechtsbegriffe privilegiert sind, ist fraglich, ob der werdende Unternehmer bzw werdende Kaufmann als Verbraucher einzustufen ist. Manche Verbraucherschutzvorschriften schützen auch Existenzgründer, die für eine erst künftige kaufmännisch geschäftliche Tätigkeit einkaufen, diese zur Zeit des Vertragsabschlusses jedoch nicht ausüben. Nach österreichischem Recht (§ 1 Abs 3 KSchG) ist der werdende Unternehmer als Verbraucher anzusehen[321]. Wie bereits oben ausführlich angezeigt sind die werdenden Kaufleute nach herrschender Ansicht im OHADA-Recht nicht als Verbraucher einzustufen. Nachfolgend wird angenommen, dass eine Rechtsstreitigkeit bei einem

[317] *Schroeter*, Das einheitliche Kaufrecht der afrikanischen OHADA-Staaten im Vergleich zum UN-Kaufrecht cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/schroeter.html (23.01.2011). Ob Vorbereitungs- bwz Gründungsgeschäfte dazu erfasst werden sollen, ist im OHADA- anders als im Österreichischen Recht offen, vgl *Krejci*, 262.
[318] *Piltz*, 42.
[319] *Koziol/Welser*, 375, 380, Rücktritts-und Informationsrecht.
[320] Dazu *Gomez*, 120, im Zweifel liegt ein handelsrechtliche Kaufvertrag vor
[321] *Krejci*, 262 f; *Posch* , 194, kam es vor dem 1.1.2007 für die Anwendung des UN-Kaufrecht nicht darauf an, ob den Parteien die Kaufmannseigenschaft im Sinne des HGB zukam, ist seither nicht entscheidend , ob die Parteien gemäß § 1 UGB „Unternehmer" sind.

österreichischen Gericht anhängig ist und[322] anhand Vorschaltlösung angesichts der charakteristische Leistung gemäß Art 4 EVÜ bzw Art 4 Abs 1 lit a)Vo Rom I ein „Vorabentscheidungsverfahren" vor den gemeinsamen Gerichtshof der OHADA *(Cour Commune de Justice et d'Arbitrage)* eingeleitet wird, um abzuklären, ob der werdende Kaufmann Verbraucher ist. In der ersten Variante kann das gemeinsame Gericht aufgrund der Verweisungsnorm oder Rechtswahl eines Drittlandes[323] sich der Literatur anschließen und beschließen, dass der werdende Kaufmann als Kaufmann anzusehen wäre und somit die Anwendung des OHADA-Kaufrechts anzuordnen wäre. Diese mögliche Anordnung sollte aufgrund des Verbraucherschutzrecht-Niveaus konsequenterweise einen Rechtseingriff darstellen. Kann daher der österreichische Richter die nationalen Verbraucherschutzvorschriften diesbezüglich anwenden? Wenn es bejaht wird, dann haben wir eine widersprüchliche Wahrnehmung des Käufers (im OHADA ist er als Kaufmann zu behandeln hingegen in Österreich ist er noch Verbraucher anzusehen[324]).

In der zweiten Variante, wenn der gemeinsame Gerichtshof zur Ansicht gelangt, dass das Gründungsgeschäft aufgrund der EU-Richtlinie nicht als kaufmännisches Geschäft zu werten ist, dann unterliegt die Rechtsstreitigkeit nicht dem OHADA-Kaufrecht. Angenommen, dass der abgeschlossene Vertrag aufgrund des Erfüllungsorts das Recht des Vertragsstaats des UN-Kaufrechts (beispielsweise Gabun aufgrund autonomer Anknüpfung[325]) zur Anwendung kommt, so stellt sich die Frage, ob für denselben Sachverhalt nationales Verbraucherschutzrecht Regelungskompetenz beansprucht wird und somit nationales Verbraucherschutzrecht mit UN-Kaufrecht kollidiert. Ist aufgrund dieser Kollisionslage der Vorrang des UN-Kaufrechts vor

---

[322] *Ofner/Zankl*, IV, 5, 6,11. Obige Konstellation kommt in Frage, wenn von vornherein der Eingriffsnormenproblematik nicht in erster Linie Rechnung getragen wird. Die Eingriffsnormen sind zwingende staatliche Lenkungsvorschriften, die im öffentlichen Interesse auf Privatverhältnisse einwirken. Die Eingriffsnormen infolge Sonderanknüpfung verdrängen die internationalprivatrechtliche Anknüpfung. Das „Vorabentscheidungsverfahren" kommt hier lediglich in Betracht, wenn außerhalb des geschützten Normzwecks der Eingriffsnorm die durch das IPR ermittelten Sachnormen Anwendung finden und von einer Ermittlung des Fremdenrechts-Hilfsmittels nicht abzusehen ist.

[323] *Posch*, 145.

[324] *Krejci*, 55; *Posch*, 146; Anzumerken ist, dass zum Schutz des Verbrauchers die Anwendungen der § 13a Abs 2 KSchG, § 6 KSchG und die §§ 864a und 879 Abs 3 ABGB ohne Rücksicht auf das Recht eine Drittlandes kommen, sofern ein Zusammenhang mit einer in Österreich entfalteten Tätigkeit des Unternehmens oder der von ihm hierfür verwendeten Personen zustande gekommen ist. Anders bei *Piltz,* Internationales Kaufrecht, 43 ff.

[325] *Ofner/Zankl*, 30.

national-rechtlichen Verbraucherschutz Bestimmungen zu bejahen?[326] Fraglich ist, ob die österreichischen Verbraucherschutzvorschriften oder das Gabun-Recht bzw UN-Kaufrecht zur Rechtstreitigkeit zwischen dem werdenden Unternehmen in Österreich und dem sich in Gabun aufhaltenden Vertragspartner angewendet werden soll.

Zusammenfassend kann je nach obiger Lösung der Käufer entweder Verbraucher, Nichtverbraucher oder Kaufmann genannt werden.

Der nunmehrige Art 235 a ist dem Art 2 a CISG entsprechend. Seit der Handelsrechtsreform am 15. Dezember 2010 findet das OHADA-Kaufrecht keine Anwendung auf den Kauf von Ware für den persönlichen Gebrauch oder den Gebrauch in der Familie oder im Haushalt, es sei denn, dass der Verkäufer vor oder bei Vertragsabschluss weder wusste noch wissen musste, dass die Ware für einen solchen Gebrauch gekauft wurde. Die Diskussion über Verbraucherschutz in der OHADA kann in Anlehnung auf die vertretenen Ansichten in der Literatur zum UN-Kaufrecht nachvorziehbar gemacht werden. Die Verlagerung der Diskussion in diesem Gebiet soll umsichtig verfolgt werden. Da der Verzicht auf ein kaufmännisches Anwendungskriterium ist lediglich im UN-Kaufrecht ausdrücklich vorgesehen (Art 1 Abs 3 CISG), wäre im OHADA-Recht in Fällen der "verdeckten" Verbraucherkäufe bezüglich der Anwendung- OHADA-Kaufrecht zusätzlich der Frage beiderseitiger handelsbezogenen Geschäften gemäß Art 234 Abs 1 AU.DCG nachzugehen. Das Wissen bzw Wissen-Müssen ist nunmehr im OHADA-Kaufrecht relevant. Auch die subjektiven Momente sind relevanter als die objektiven Gegebenheiten. Ein Unterschied zum UN-Kaufrecht liegt darin, dass der Verkäufer und Käufer Kaufleute sein müssen. Sodass Sachverhalte mit verdeckten Verbraucherkäufe und Geschäften zu gemischten Verwendungszwecken nicht im Anwendungsbereich des neuen OHADA- Kaufrechts(15. Dezember 2010) fällen, wenn der werdende Unternehmer bzw werdende Kaufmann als Verbraucher eingestuft wird.

[326] *Saenger in Bamberger/Roth*, (Es wird der Vorrang des UN-Kaufrechts vor national-rechtlichen Verbraucherschutzbestimmungen bejaht, damit ein Regelwerk aus einem völkerrechtlichen Vertag bei Nicht-Priorisierung des nationalen Rechts kein völkerrechtswidriges Verhalten entstehen würde (vgl *Czerwenka*, Rechtsanwendungsprobleme im internationalen Kaufrecht, Berlin 1998, 151). Daher kommen Regeln wie „lex posterior derogat legi priori" oder der Grundsatz der Spezialität nicht in Betracht (Vgl *Jansen*, VuR199, 324, 326; anders noch *Höß*, der gegenständliche Anwendungsbereich des UN-Kaufrechts, Dissertation 1995, 180*))* zitiert von *Piltz*, 43 ff.

2.3.5.2 Ausschluss aus anderen Gründen

Aufgrund der Handlungsunfähigkeit schließt das Handelsrecht bestimmte Personen von der Handelstätigkeit aus. Daher stellen die Art 6 bis 12 AU.DCG die persönlichen Grenzen für die Erlangung der Kaufmannseigenschaft auf[327].

Die Fähigkeit ist ein ambivalenter Begriff. Sie kann die Eignung einer Person bezeichnen, Rechte und Pflichten zu besitzen. Diese wird als Rechtsfähigkeit bezeichnet. Die Handlungsfähigkeit ist eine zweite Variante von Fähigkeit. Der Zeitpunkt des Erwerbs der Rechtsfähigkeit oder der Handlungsfähigkeit ist eine Nationalrechtsfrage. Nach Art 6 AU.DCG „nul ne peut accomplir des actes de commerce à titre de profession s´il n´est juridiquement capable d´excercer le commerce".

Im allgemein betrifft die Unfähigkeit Minderjährige und geistig behinderte Volljährige.

Anzumerken ist, dass der emanzipierte Minderjährige (mindesten 18 Jahre) von der Handelstätigkeit nicht ausgeschlossen werden kann[328].

Auch der Status der Ehefrau wird nicht mehr nach dem Nationalrecht behandelt. Nach Art 7 Abs 2 und Art 25,6 AU.DCG wird die Lösung gefunden[329].

Zuletzt geht es um Verhinderungen an der Ausübung des Handels. Aus ethischen Gründen sind Handelsberufe unvereinbar mit bestimmten Funktionen oder Berufen wie ZB Beamte, Mitarbeiter von Gemeinden oder öffentlichen Unternehmen, als auch Standesbeamte, Rechtsanwälte, Exekutoren und Geldwechsler etc. Der Spekulationsgeist, der die Handelsberufe charakterisiert, ist nicht vereinbar mit der Würde und der Ehre von bestimmten Berufen, Funktionen oder Verantwortung bzw jene Berufe sind zu aufsaugend, um die kumulative Ausübung eines anderen Berufes zu erlauben. (Art 9 lit 1)[330] bestimmt "nul ne peut exercer une activité commerciale lors qu´il est soumis à un statut particulier établissant une incompatibilité".

Außerdem ist es der Verfall der Rechte, der den Zugang zur Handelsausübung ausschließt. Er wird entweder als Sanktion zugefügt, oder er entsteht durch

[327] Dazu *Hagge*, 59.
[328] *Nyama*, Élements de droit des affaires, 67.
[329] *Fénéon/Gomez*, 18, die nunmehrige Ehefrau ist geschäftsfähig; *Pougoué,* le Droit des sociétés commerciales et du groupement d´intérêt économique OHADA 12, 13.
[330] OHADA-Livre V, Acte Uniforme du droit commercial general.

Nichtbeachtung der Bedingungen der Ausübung dieses Rechts)[331]“. In Bezug auf die Ursache gibt es drei Serien des Rechtsverlustes (-verfalls). Art 10 AU.DCG). Eine ist ein gerichtliches Urteil und die andere ein Urteil über die Ausübung eines bestimmten Berufes. Es kommt nicht darauf an, ob man ein Vertreter dieses Berufes ist oder nicht. Der Verfall unterscheidet sich von der gerichtlichen Entscheidung über die Unfähigkeit eines Volljährigen aufgrund seines Geisteszustandes. Im Gericht wird eine Entscheidung über den Verfall getroffen, wenn der Betroffene ein Verbrechen oder Vermögensdelikt begangen hat. Ein besonderer Fall betrifft den persönlichen Konkurs)[332]

Der berufliche Verfall ist mit dem nationalen Recht verbunden, ZB ist in Burkina Faso der Verfall möglich nach Art 84 Verordnung n0 92-52 vom 21 Oktober 1992 über die Ausübung des Notariatsberufes.

Das nationale Fremdenrecht kann eine Hürde für Ausländer zur Ausübung einer kaufmännisch gewerblichen Tätigkeit sein[333].

3 Räumliche Geltung des UN-Kaufrechts und OHADA

In räumlicher Hinsicht kommt das UN-Kaufrecht zur Anwendung, wenn der Käufer und Verkäufer zur Zeit des Vertragsabschlusses über Niederlassungen in verschiedenen Staaten verfügen (Art 1 Abs 1 CISG).Der internationale Charakter ist lediglich im UN-Kaufrecht erforderlich (Art 1 Abs buchst a und b).In diesem Artikel wurde klargestellt, dass das UN-Kaufrecht lediglich die internationalen Warenkaufverträge regelt. Die Frage, ob eine Warenverschiebung über die Grenze erfolgen kann, ist im UN-Kaufrecht nicht erforderlich. Als Voraussetzung für ein Internationales Rechtsgeschäft ist lediglich maßgeblich, dass bei einem Warenkauf die Niederlassungen der Vertragsparteien in verschiedenen Staaten sind. Dabei ist unerheblich, ob dabei der Kontrahent im Ausland ist[334].

Die räumliche Anwendungsvoraussetzung des OHADA-Kaufrechts ergibt sich aus Art 234 Abs 2 AU.DCG. Dabei wird keine räumliche Einschränkung seines Anwendungsbereichs dargestellt. Die Artt 234 bis 302 AU.DCG kommen grundsätzlich

[331] *Guillien/Vincent,* Rechtslexikon, 1990.
[332] *Santos/Toé*, 107.
[333] *Nyama*, 25; *Pougoué/Nguebou/Anoukaha,* le Droit des sociétés commerciales et du groupement d´intérêt économique OHADA, 13, 14.
[334] *Honsell*, 13.

bei jedem- nationalen wie internationalen – Warenkauf, der die sachlichen und persönlichen Voraussetzungen des AU.DCG erfüllt, in Betracht[335]. Der AU.DCG kommt zur Anwendung, wenn die Vertragsparteien ihre Niederlassungen in einem der Mitgliedsstaaten der OHADA haben oder das IPR des Forumstaates auf das Recht eines Mitgliedstaates der OHADA verweist. Eine entsprechende Rechtswahl der Vertragsparteien führt zur Anwendung des AU.DCG. Der entscheidende Anknüpfungspunkt ist jedoch die Niederlassungen bzw die Geschäftssitze der am Kaufgeschäft beteiligten Parteien. In der Regel werden nur solche Warenkäufe zwingend dem Regelwerk der OHADA unterliegen, wenn beide Parteien ihre Niederlassung im selben Mitgliedstaat haben. Grenzüberschreitende Warenkäufe; bei denen eine Seite ihre Niederlassung in Gabun oder Guinea hat, nehmen eine Sonderstellung ein. Diese Länder sind als einzige OHADA-Mitglieder gleichzeitig Vertragsstaaten des UN-Kaufrechts. Daher stellt sich also die Frage des grundsätzlichen Verhältnisses der beiden Regelwerke zueinander[336].

Da die Internationalität des Geschäfts nicht stark erheblich für die Bezeichnung eines Rechtsgeschäfts im Sinne des OHADA- Warenkaufs ist, erübrigt es sich nicht im OHADA-Recht die Qualifizierung eines Rechtsgeschäfts zu untersuchen. Dabei ist eine Differenzierung vorzunehmen, ob es sich um internes Handelskaufrecht handelt oder der Kaufvertrag grenzüberschreitenden bzw internationalen Charakter hat. Das Interesse liegt darin, dass für die Anwendung des OHADA-Warenkaufs durch das IPR bestimmt werden kann(Art 234 Abs 2 Letzter halber Satz AU.DCG).

Wie schon beim Wiener Übereinkommen betreffen die Bestimmungen des OHADA-Rechts vorrangig die Vertragsstaaten[337]. Obwohl der Verkäufer oder Käufer eine Niederlassung bzw. „Geschäftssitz“ im OHADA Wirtschaftsraum haben muss, ist es aufgrund des Kollisionsrechts auch möglich, dass der Verkäufer oder Käufer in einem Nicht-Vertragsstaat eine Niederlassung hat (vorausgesetzt der Käufer, oder umgekehrt der Verkäufer, hat eine Niederlassung in einem Vertragsstaat)[338].

---

[335] *Hagge*, 61; Vgl *Gomez*, Penant Nr. 827, Anm. 29; *Sawadogo*, Rev.burk. dr. 2001, 37(42); *Schroeter* , Recht in Afrika 2001, 163(166).
[336] Dazu *Hagge*, 61; *Piltz*, 20
[337] *Santos/Toé*, , 11.
[338] *Santos/Toé* , 12.

Außerdem findet sich, wie im UN-Kaufrecht, keine Definition der „Niederlassung“[339] oder des „Geschäftssitzes“. Darüber hinaus trifft der OHADA-Verfasser- anders als im UN-Kaufrecht- keine Aussage für den Fall, dass die Niederlassung einer Partei nicht erkennbar ist oder eine Partei über mehrere oder keine Niederlassungen verfügt[340]. Wenn für beide Parteien bei Vertragsschluss nicht erkennbar, in welchem Staat sich die Niederlassung des jeweils anderen befindet, scheidet die Anwendung der Kaufrechtskonvention aus(Art 1 Abs. 2 UN-Kaufrecht)[341]. Anstelle des UN-Kaufrechts gilt dann das über das IPR des Forums berufene Recht[342]. Es fehlt im OHADA-Recht eine vergleichbare Regelung. Allerdings kann die Erkennbarkeit mit Hilfe des Handelsregisters oder Gesellschaftsstatuts der Niederlassungen auf dem OHADA-Gebiet erfolgen. Unrichtige Eintragungen hinsichtlich der Niederlassung einer Partei gehen dabei nicht zu Lasten der Anderen (Art. 26 AU.SCGIE)[343].

3.1 Vertragsstaaten

3. 1. 1 Vertragsstaaten des UN-Kaufrechts

Grundsätzlich gilt das UN-Kaufrecht für alle Vertragsstaaten, die das Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 11: April 1980 über Verträge über den internationalen Warenkauf ratifiziert, angenommen oder genehmigt haben. Entscheidend für den Beitrittsstand ist lediglich die Hinterlegung der Ratifikations-oder sonstigen

---

[339] Nach der Literatur grundsätzlich handelt es sich bei einer Niederlassung um jede tatsächliche Einrichtung, die im eigenen Namen am Wirtschaftsverkehr teilnimmt, auf eine gewisse Dauer angelegt ist und im Hinblick auf den zu beurteilenden Kaufvertrag über sachliche Entscheidungsbefugnisse verfügt, so *Piltz*, 57ff. unerheblich ist, ob es um Hauptniederlassung geht. Ausreichend sind Zweigniederlassungen, Tochtergesellschaften werden immer selbst Vertragspartei, ohne dass eine konzernmäßige Verbundenheit mit der Muttergesellschaft erforderlich wird, Vgl *Achilles*, Art. 1 Rn.5. Im OHADA-Recht stellt sich die Frage, ob ein“ sürcursales“-dh Zweigniederlassung ohne eigene Rechtspersönlichkeit eine Vertragspartei begründet werden kann. Unter Berufung auf Art 218 iVm 220 Nr. 2 verneint *Hagge*, 63 f. Unter gewöhnlichem Aufenthaltsort als Hilfestellung mangels Niederlassungskriterien kommen der gewöhnliche Aufenthalt von Handelsvertreten oder sonstige Repräsentanten, die Verträge in fremdem Namen abschließen, nicht als Vertragsparteien in Betracht, so Piltz, AnwBl 1991, 57 ff. Im OHADA-Recht unterliegt einer Partei ohne Niederlassung nicht dem OHADA-Recht, so *Hagge*, 64.

[340] *Hagge*, 61ff, die Auslegung lässt sich jedoch systematisch unter Heranziehung des übrigen OHADA-Rechts vornehmen. Anhaltspunkte für autonome Begriffsbestimmung ZB Art. 25 ff. AU.DCG iVm. 23 ff. AU.SCGIE, dh einheitliche Rechtsakt zum Gesellschaftsrecht.

[341] Die Beweislast obliegt demjenigen, der die Nichterkennbarkeit behauptet, hierzu *Hagge,* Das einheitliche Kaufrecht der OHADA, 62; *Czerwenka*, 136; *Heuzé*, Anm. 100; *Jung*, 197; *Schlechtriem/Ferrari*, Art. 1, Rn. 48.

[342] *Hagge*, 62; Vgl Volken, in *Sarcevic/Volken, Dubrovnik* Lectures, 24; *Staudinger/Magnus*, Art 1, Rn. 72.

[343] Dazu *Hagge*, 62ff.

Zustimmungsurkunden bei dem Generalsekretär der Vereinten Nationen (Art 91 Abs2 4, 99 Abs2 UN-Kaufrecht). Unter Vertragsstaat ist jedes Völkerrechtssubjekt zu verstehen. Nach wirksamer Inkraftsetzung in den Vertragsstaaten beansprucht das UN-Kaufrecht seine Geltung als unmittelbares verbindliches Recht und wird von Amts wegen angewendet. Somit ist es unerheblich, dass sich eine Partei auf die Anwendung des UN-Kaufrechts berufen müsste[344]. Das UN-Kaufrecht kann auch für Länder, die keine Vertragsstaaten sind, angewendet werden. Allerdings nur wenn die kollisionsrechtlichen Bestimmen des Nicht-Vertragsstaates im Ergebnis dazu führen[345]. Stellt sich heraus, dass das IPR des Nicht-Vertragsstaates in die Rechtsordnung eines Vertragsstaates verweist und aus der Sicht des Vertragsstaates das UN-Kaufrecht gemäß Art 1 Abs 1 Buchst.b zur Anwendung in Frage kommt, ist weiterer Verweis bedeutungslos[346].

3.1.2 Mitgliedsstaaten der OHADA

Das OHADA-Recht gilt mittlerweile für 17 afrikanische Staaten, die den OHADA-Vertrag ratifiziert haben. Dabei ist, anders als im UN-Kaufrecht, für den Beitrittsstand die Hinterlegung der Ratifikation bei der senegalesischen Regierung entscheidend. Die senegalesische Regierung ist befugt, die Ratifikation zugleich beim Sekretariat der Afrikanischen Union und beim Generalsekretär der Vereinten Nationen gemäß Art 47 OHADA –Vertrag vom 17 Okt 2008 in Quebec- Kanada iVm Art 102 Charta der Vereinten Nationen einzutragen. Unter Vertragsstaat ist jedes Völkerrechtssubjekt zu verstehen. Für die Anwendung des OHADA-Rechts wurde kein Vorbehalt zugelassen(Art 54 OHADA-Vertrag vom 17.Okt. 1993 in Port Luis- Mauritius Inseln). Nach wirksamer Inkraftsetzung des OHADA-Rechts in den Mitgliedstaaten; erlangt es seine Geltung unmittelbar als verbindliches und zwingendes Recht. Da das UN-Kaufrecht als verbindliches Recht von Amts wegen in dessen Vertragsstaaten angewendet wird, stellt sich die Frage, ob das UN-Kaufrecht im Konkurrenzfall dem OHADA-Kaufrecht vorgeht.

---

[344] *Piltz*, 18; vlg etwa Acuerdo del Cuarto Tribunal Colegiado del Decimoquinto Circuito vom 9.8.2007(México), CISG-Pace(RdNr 1-42).
[345] OLG Koblenz RIW 1990, 316 ff., 318; *Piltz*, 18.
[346] Bridge, The International sale of Goods, 2 Aufl.Oxforrd 2007, RdNr. 11. 05; *Piltz*, 19.

3. 2 Interner –oder internationaler Charakter des Geschäfts

Während das OHADA-Recht für interne- oder internationale Geschäfte zur Anwendung kommt, ist für die Geltung das UN-Kaufrecht der internationale Charakter des Geschäfts maßgeblich.

3. 2.1 Internationaler Charakter des Geschäfts nach CISG

Damit der Verkäufer oder Käufer als Vertragspartei im Sinne des UN-Kaufrechts bezeichnet wird, muss ein grenzüberschreitender Kaufvertrag vorliegen. Das UN-Kaufrecht erlangt Geltung, wenn der Sachverhalt international ist. Lediglich kommt seine Anwendung in Betracht, wenn die Kontakte bei internationalen Käufen zu mindestens einen Vertragsstaat des UN-Kaufrechts aufweisen. Anders als der AU.DCG kommt das CISG für rein nationale Angelegenheiten nicht zur Anwendung. Der Kaufvertrag hat einen internationalen Charakter, wenn sich die erkennbaren Niederlassungen der Parteien zur Zeit des Vertragsabschlusses in verschiedenen Vertragsstaaten befinden. Dabei ist unerheblich, ob eine grenzüberschreitende Warenbewegung erfolgt oder das Geld ins Ausland gezahlt wird. Bedeutungslos ist, dass das Vertragsangebot und die Vertragsannahme in unterschiedlichen Staaten erklärt werden. Es erübrigt sich zu untersuchen, ob sonstige internationale Kontakte geknüpft wurden und wo sich der Vertragsabschluss- oder der Erfüllungsort befindet, sowie ob die Abtretung von Ansprüchen besteht[347]. Relevant für den internationalen Charakter des Kaufvertrages ist allein die erkennbare Niederlassung des Käufers und des Verkäufers in verschiedenen Staaten (als Völkerrechtssubjekt auch Hongkong) zur Zeit des Vertragsabschlusses (Art 1 Abs 1)[348]. Es ist allerdings auch möglich, dass die lokalisierten Niederlassungen sich in einem Nicht-Vertragsstaat befinden (Art 1 Abs 1 lit b), Wenn auf einer Seite des Vertrages mehrere Personen beteiligt sind und eine davon ihre Niederlassung in einem anderen Staat bzw Vertragsstaat hat, ist dies ausreichend für die Internationalität des Geschäfts[349]

3.2.2 Internes und internationales Geschäft nach OHADA-Recht

Art 224 AU.DCG gilt für Kaufverträge über Waren zwischen Vertragsparteien, die Kaufleute (natürliche oder juristische Person) sind, und ihre Niederlassungen in einem

---

[347] *Piltz*, 18-19,
[348] Unitted States District Court fort he Southern District of Iowa, Central Division, Urteil vom 25. 1.2005, CISG-Pace (RdNr. 1-42) ; *Piltz*, 47; *Ferrari* in *Schlechtriem/Schwenger* Art 1 RdNr 40.
[349] *Piltz*, 47 ; MünchKomm HGB/*Benicke* Art 1 RdNr 28.

Vertragsstaat haben[350].Die Anwendung des OHADA-Rechts erfolgt grundsätzlich unter Beachtung des geographischen Aspekts, sowie unter Berücksichtigung der Niederlassung in einem Mitgliedstaat und der Rolle der IPR-Verweisung. Ob die Niederlassung den Parteien bekannt war, ist im OHADA-Kaufrecht nicht ausdrücklich vorgesehen. Die Art. 234-307 AU.DCG kommen grundsätzlich bei jedem nationalen wie internationalen Warenkauf, der die sachlichen und persönlichen Voraussetzungen des AU.DCG erfüllt, in Betracht[351]. Da auch für rein nationale Angelegenheiten das OHADA-Kaufrecht Geltung beansprucht, ist der Internationale Charakter teilweise unerheblich.

3.3 Niederlassung in verschiedenen Staaten

Das UN-Kaufrecht verlangt für seine Geltung, dass die Vertragsparteien in verschiedenen Staaten niedergelassen sind. Für die Anwendung des Handelskaufs der OHADA wird die Niederlassung der Vertragspartner in einem Staat oder in verschiedenen Staaten vorausgesetzt. Es fehlt jedoch in beiden Regelwerken die allgemeine Definition des Begriffes der Niederlassung.

3.3.1 Niederlassung nach UN-Kaufrecht

Solange der Verkäufer oder Käufer als Vertragspartei bezeichnet wird, ist davon aus zu gehen, dass sich ihre Niederlassungen in verschiedenen Vertragsstaaten befinden und dieser Umstand zur Zeit des Vertragsschlusses zumindest erkennbar ist. Dabei ist unerheblich, ob eine grenzüberschreitende Warenbewegung erfolgt oder das Geld ins Ausland transferiert wird. Unerheblich ist, dass das Vertragsangebot und die Vertragsannahme in unterschiedlichen Staaten erklärt werden. Es ist relevant zu ermitteln, ob sonstige internationale Kontakte geknüpft wurden, wo sich der Vertragsschluss- oder der Ort der Erfüllung befindet und ob die Abtretung von Ansprüchen vorhanden ist [352].Relevant für die Lokalisierung der Niederlassung beim Kaufvertrag im iSd UN-Kaufrechts ist allein die Niederlassung des Käufers und des Verkäufers in verschiedenen Staaten (als Völkerrechtssubjekt auch Hongkong) zur Zeit

---

[350] *Modi Koko*, L´harmosation du droit des affaires en Afrique:Regard sous l'angle de la théorie générale du droit *sur la définition des du droit des affaire* www.juriscope.org/actu.../OHADA/ohada *(23.1.2012).*
[351] *Hagge*, 61; Vgl *Gomez*, Penant Nr. 827, Anm. 29; *Sawadogo*, Rev.burk. dr. 2001, 37(42); *Schroeter* , Recht in Afrika 2001, 163(166).
[352] *Piltz*, 18-19*,*

des Vertragsabschlusses (Art 1 Abs 1)[353]. Es ist allerdings auch möglich, dass die Niederlassungen in einem Nicht-Vertragsstaat lokalisierbar wird (Art 1 Abs 1 litt b). wenn auf einer Seite des Vertrages mehrere Personen beteiligt sind und eine davon in einem anderen Staat des CISG ansässig ist[354] .

Für die räumliche Fixierung des Kaufvertrages knüpft Art 1 Abs 1 an die Niederlassung der Parteien in verschiedenen Staaten an, ohne jedoch diesen Begriff zu definieren. Auch Art 10 regelt lediglich Kaufverträge, bei denen die Parteien mehrere Niederlassungen oder keine Niederlassung besitzen. Im Schrifttum ergibt sich das Vorhandensein einer Niederlassung anhand der tatsächlichen Gegebenheiten des jeweiligen Falles unter Heranziehung des Art 7 Abs 1. Im internationalen Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen ist unter Niederlassung jede Einheit zu verstehen, die mit juristischer Selbständigkeit ausgestaltet ist und von der aus erkennbar und regelmäßig rechtsgeschäftliche Aktivitäten selbständig entfaltet werden. Bei der Niederlassung handelt es sich um eine rechtsgeschäftliche Tätigkeit in einem Staat. Bei einer Person ohne Niederlassung wird der gewöhnliche Aufenthalt maßgeblich, wobei die Lebensführung einer Person gemeint ist (Art 10 lit b). Bei mehreren Niederlassungen(Haupt- und Zweigniederlassung) wird die maßgebende Niederlassung nach Art 10 lit a bestimmt. Die Tochtergesellschaft ist als Vertragspartei zu bezeichnen, wenn sie im eigenen Namen auftritt. Schließt sie dagegen das Geschäft in Vertretung der Muttergesellschaft ab, kann die Niederlassung im Sinne des Art 1 Abs 1 nicht angenommen werden.

3.3.2 Niederlassung nach OHADA-Recht

Das Kaufrecht der OHADA erlangt für die räumliche Fixierung des Kaufvertrages Geltung, wenn die Vertragsparteien in einem Mitgliedstaat niedergelassen sind (Art 234 Abs 1 AU.DCG). Der Begriff der „Niederlassung“ oder des „ Geschäftssitzes wird verwendet. Die allgemeine Definition des Begriffes der Niederlassung fehlt jedoch im OHADA-Kaufrecht. Allerdings erfolgt dieser Definition anhand systematischer Auslegung des übrigen OHADA-Rechts. Die in Art 44 ff. AU.DCG aufgeführten Vorgaben für die Eintragung ins Handelsregister stellt relevante Anhaltspunkte für die Definition der Niederlassung dar. Nach Art 44 iVm 46 AU.DCG müssen

[353] Unitted States District Court fort he Southern District of Iowa, Central Division, Urteil vom 25. 1.2005, CISG-Pace (RdNr. 1-42) ; *Piltz*, 47; *Ferrari* in *Schlechtriem/Schwenger* Art 1 RdNr 40.
[354] *Piltz*, 47 ; MünchKomm HGB/*Benicke* Art 1 RdNr 28.

Einzelkaufleute(natürliche Personen) wie Gesellschaften am Ort des Mittelpunkts rechtsgeschäftlicher Tätigkeit ihre Hauptniederlassung bzw ihren Geschäftssitz sowie mögliche Zweigniederlassungen angeben, was sich durch eine gewisse Nachhaltigkeit und damit Bestimmbarkeit abzeichnet.

Hinzu kommt, dass das Gesellschaftsrecht insbesondere die Art 23 ff. AU.SCGIE für die Definition der Niederlassung zusätzliche Hilfe bietet. Demnach muss jede Gesellschaft ihren Geschäftssitz („ siège social“) entweder am Ort der Hauptniederlassung („ lieu du principal établissement“) oder am Ort der Verwaltungs- und Finanzdirektion („ centre de direction administrative et financière“) der Gesellschaft in ihren Statuten festlegen (Art 24 AU.SCCIE). Dabei genügt ein bloßes Vorhandensein eines Briefkastens diesen Anforderungen nicht (Art 25 AU.SCGIE). Dritte, die sich auf einen normierten (statuierten) Geschäftssitz berufen, sind rechtlich geschützt. Die Gesellschaft darf sich daher zulasten von Dritten nicht auf den tatsächlichen Ort vom Mittelpunkt der geschäftlichen Tätigkeit berufen (Art 26 AU.SCGIE)[355].

Aufgrund dieser Anforderungen an Nachhaltigkeit und echte Handlungskompetenz sowie physische Einrichtung (Teile von Einkaufs- oder Verkaufsabteilungen) ergibt sich eine Definition der Niederlassung ähnlich wie im UN-Kaufrecht. Dabei reicht wie im UN-Kaufrecht eine bloß virtuelle Adresse in Form einer Web-Site, sowie die kurzzeitige Einmietung in einem Büroserviceunternehmen, für deren Definition nicht aus[356].

3.3.3 Erkennbarkeit des Niederlassungsorts

Die Anwendung des UN-Kaufrechts auf den Kaufvertrag scheidet aus, wenn den Parteien zur Zeit des Vertragsabschlusses ihre Niederlassung jeweils in verschiedenen Staaten nicht bekannt war(Art 1 Abs 2 UN-Kaufrecht). In der Literatur erfolgt die Nicht-Erkennbarkeit der Umstände des Vorhandenseins einer Niederlassung anhand eines objektiven Maßstabs. Es kommt nicht unbedingt auf die individuelle Kenntnis der Vertragsparteien an. Eine objektive Erkennbarkeit kann aus der Perspektive jeder Partei unter Einschluss Umstände wie Hinweis auf einen Auslandbezug, Verhandlungssprache, Währung, Anschrift des Geschäftspartners etc.erfolgen. Der

[355] *Hagge*, 62.
[356] *Hagge*, 61-62; *Piltz*, 47-48.

Beweis obliegt demjenigen, der die Nichterkennbarkeit behauptet. Anstelle des UN-Kaufrechts gilt dann das über das IPR des Forums führende Recht[357].

Es fehlt im OHADA- Kaufrecht eine vergleichbare Regelung. Allerdings kann diese Erkennbarkeit der Niederlassung mit Hilfe des Handelsregisters oder des Gesellschaftsstatuts auf dem OHADA-Gebiet erfolgen. Unrichtige Eintragungen hinsichtlich der Niederlassung einer Partei gehen dabei nicht zu Lasten des anderen (Art. 26 AU.SCGIE)[358]. In Folge besteht auch im OHADA-Warenkauf ähnliche objektive Erkennbarkeit für die Bestimmung des Niederlassungsorts.

3.3. 4 Mehrere oder Keine Niederlassungen

Für die Untersuchung der Niederlassung ist nicht auszuschließen, dass eine Partei mehr als eine oder keine Niederlassung hat. Diese Aspekte werden im UN-Kaufrecht geregelt (Art 10 UN-Kaufrecht). Stellt sich heraus, dass eine Partei mehrere Niederlassungen hat, so ist die Niederlassung bis zur Zeit des Vertragsabschlusses mit dem engsten Bezug maßgeblich (Art 10 Buchst a). Damit ist die in rechtlicher Hinsicht umfassende Disposition über den Vertrag gemeint[359]. Mangels Niederlassung ist der gewöhnliche Aufenthalt der Partei (Lebensführung) relevant (Art 10 Buchst b). Einer Partei als natürliche Person kommt in dieser Variante Bedeutung zu.

Die Aufnahme einer solchen Regelung(Art 10 Buchst a) ins OHADA-Recht wurde vernachlässig. Wenn sich aus den Eintragungen in Register und Gesellschaftsstatut ergibt, dass für eine Partei mehr als eine Niederlassung besteht, wird auch im Rahmen des OHADA-Warenkaufrechts die Frage nach den im Einzelfall ausschlaggebende Niederlassungen gestellt.

Die mit eigener Rechtspersönlichkeit versehene, eingetragene und im eigenen Namen auftretende Tochtergesellschaft wird allein Vertragspartner und nicht die Muttergesellschaft. Demzufolge ist allein ihre Niederlassung maßgeblich. Das Schweigen des Gesetzes über das Verhältnis zwischen der im Handelsregister eingetragenen Zweigniederlassung ohne eigene Rechtspersönlichkeit „ sog succursales“ und der Hauptniederlassung lässt jedoch unter Berufung auf Art 251iVm

---

[357] *Hagge*, 62; vgl *Soergel/Lüderitz/Fenge*, Art 1, Rn 5; *Schlechtriem/Ferrari*, Art 1, Rn 46; *Staudinger/Magnus*, Art 1 Rn 63, 5
[358] Dazu *Hagge*, 62ff.
[359] *Piltz*, 49; *Hagge*, 63.

263 AU.DCG nahe schließen, dass stets die Hauptniederlassung die Befugnis-bzw Handlungskompetenz hat und damit auch als Vertragspartner anzunehmen ist. Die Niederlassung ist jene, die die engste Verbindung mit dem Vertrag aufweist. In rechtlicher Hinsicht hat sie die umfassende Disposition über den Vertrag.

Mit der Einführung der neuen natürlichen Selbständigkeit stellt sich auch die Versäumung der entsprechenden Regelung (Art 10 Buchst b UN-Kaufrecht) dar. Ob das OHADA-Kaufrecht für die Konstellation(Partei ohne Niederlassung) angewendet werden kann, ist fraglich. Eine Stimme im Schrifttum verneint[360] . Aus Art 234 iVm Art 1, 2 und 3 AU.DCG gehen hervor, dass auch jene Partei, die völlig ohne Niederlassung ist, sich der Anwendung des OHADA-Kaufrechts nicht entziehen kann.

3.4 Anwendung kraft IPR-Verweisung

Die Erweiterung des Anwendungsbereichs anhand des Internationalen Privatrechts ist auch seit der Handelsrechtsreform der OHADA im AU.DCG(Art 34) verankert.

3. 4. 1 IPR-Verweisung im Vertragsstaat des CISG

Der durch Art 1 Abs 1 lit b erweiterte räumlich-persönliche Anwendungsbereich des UN-Kaufrechts bezüglich Drittstaaten[361] steht vorbehaltlich Art 95[362] UN-Kaufrecht zur Verfügung, wenn nur eine oder überhaupt keine Partei ihre Niederlassung in einem Vertragsstaat hat und die IPR-Verweisung in einem Vertragsstaat die Anwendung des UN-Kaufrechts ermöglicht. Sofern die Parteien das UN-Kaufrecht ausdrücklich oder durch Wahl eines nationalen Sachrechts ausgeschlossen haben. Es ist jedoch stets erforderlich, dass die Parteien des Kaufvertrages ihre Niederlassungen jeweils in verschiedenen Staaten haben. Im Verhältnis hat die Variante des Art 1 Abs 1 Buchst a Vorrang gegenüber der IPR führenden Erschließung in einem Vertragsstaat. Dies ist aber ohne praktische Bedeutung[363]. Die über das IPR führende Anwendungsvariante des Art 1 Abs 1 buchst b erfolgt unter Heranziehung der IPR-Regel des Staates, aus dessen Sicht der Sachverhalt zu beurteilen ist. Da die Staaten unterschiedliche

---

[360] *Hagge*, 64.
[361] *Honnold*, Documentary History oft he Uniform Law for Internationale Sales, Deventer 1989, 457; *Piltz*, Internationales Kaufrecht, 52.
[362] Gemäß Art 95 betrifft der Vorbehalt China , Slowakische Republik, Tschechische Republik und Vereinigte Staaten von Amerika
[363] Ein Vorrang vor des Art 1 Abs 1 1 Buchst a vor der über das IPR führenden Erschließung, sind im Ergebnis beide Anwendungsvariante des Art. 1 Abs 1 praktisch gleichwertig siehe *Piltz,* internationales Recht, 52.

Anknüpfungstechniken verwenden, können - je nach Anwendungsmethode - differierende Ergebnisse auftreten[364].

Aufgrund erklärter Vorbehalte des Art 92 ist die Anwendung des UN-Kaufrechts bezüglich des Teils II(Abschluss des Vertrages Art 14- 24) ausgeschlossen. Dänemark, Finnland, Norwegen und Schweden haben diesbezüglich eine Erklärung abgegeben. Daher ist auch ein Rückgriff auf die über das IPR führende Anwendungsvariante des Art 1 Abs 1 Buchst b ausgeschlossen. Gleiches gilt, wenn der Anwendungsumfang des UN-Kaufrechts durch Erklärungen aufgrund Gebietseinheiten mit unterschiedlichen Rechtssystemen(Art 93) oder aufgrund nahekommender Kaufrechte(Art 94) eingeschränkt wird[365].

3. 4.2 Anwendung kraft IPR-Verweisung im OHADA-Staat

Die Frage der Anwendung des einheitlichen Warenkaufrechts, Kraft IPR –Verweisung in einem Mitgliedstaat der OHADA, stellt sich lediglich beim grenzüberschreitenden Kaufgeschäft, an dem mindestens eine oder überhaupt keine Partei ihre Niederlassung in einem Mitgliedstaat hat. Nach Art 234 Abs 2 letzter Halbsatz AU.DCG kann die Anwendbarkeit des OHADA-Handelskaufrechts ohne weiteres hergestellt werden, wenn die IPR-Regeln des zuständigen Gerichts auf die Rechtsordnung eines Mitgliedstaats der OHADA verweist. Die Anwendungsbestimmung Kraft kollisionsrechtlicher Verweisung gemäß Art 234 ist seit der Handelsrechtsreform vom 15 Dezember 2010 ausdrücklich im OHADA- Gebiet verankert worden und erweitert demzufolge in gewissen Gestaltungen den räumlichen Anwendungsbereich des OHADA-Handelskaufrechts auch auf Warenkäufe mit Parteien, die nicht in einem OHADA-Raum niedergelassen sind. Diese Anwendungskonstellation des Art 234 Abs 2 letzter Halbsatz AU.DCG entspricht dem Art 1 Abs 1 B b CISG. Korrespondierte vorbehaltliche Bestimmungen wie Art 92, 93 oder 94 sowie 95 CISG, die dem Rückgriff auf Anwendung des CISG kraft IPR-Verweisung in einem Vertragsstaat entgegenstehen, fehlen im OHADA-Recht. Daher nimmt die Auseinandersetzung im Zusammenhang mit Vorbehalte und Anwendung Kraft kollisionsrechtlicher Verweisung

[364] *Piltz*, 53; *Ferrari* in *Schlechtriem/Schwenzer* Art 1 RdNr 71.
[365] Erklärende Staaten gemäß Art 93 Australien, Dänemark, Neuseeland und ursprünglich auch Kanada. Nach Art 94 sind Dänemark, Finnland, Island, Norwegen und Schweden.

lediglich an Bedeutung im UN-Kaufrecht zu[366]. Dennoch ist eine Auseinandersetzung zur IPR-Verweisung in der OHADA nicht vermeidbar.

Bis dato verfügen die OHADA-Mitgliedstaaten nicht über ein einheitliches Kollisionsrecht. Eine Änderung der Rechtslage ist nicht in Sicht. Problematisch bleibt, wie die Kollisionsfrage beurteilt werden soll, zumal in einzelnen Staaten die vorhandenen nationalen Regelungen schwer überschaubar sind. Im Bereich des Vertragsrechts erfolgt das ermittelnde anwendbare Recht anhand der im französischen IPR entwickelten Prinzipien. Allerdings wurden deren Veränderungen im Lauf der Zeit nicht überall konsequenterweise mitverfolgt. Folglich wird einerseits in manchen Staaten die nicht mehr zeitgemäß objektive Anknüpfung von Verträgen an deren Abschlussort befürwortet[367]. Der inzwischen überholten Rechtsprechung des französischen Kassationshofs von 1910[368] wird hingegen in anderen Staaten keine Rechnung getragen. Deren Staaten passen sich an die Rechtsfortbildung in Frankreich an[369]. Daher war dort zunächst das Prinzip des locus regit actus im Jahr 1959[370] anwendbar, wobei das auf einen Vertrag anzuwendende Recht seit dem aufgrund von Indizien wie Gerichtsstandsvereinbarung, Sprache, gemeinsame Staatsangehörigkeit der Parteien etc. lokalisiert werden kann. Mangels spezieller Anhaltspunkte im Bezug auf den Erfüllungsort der Hauptverpflichtung, ist das anwendbare Recht subsidiär(hilfsweise) auf den Abschlussort abzustellen[371]. Derzeit gilt das Prinzip der engsten Verbindung, das aus Art 4 Abs 1 und 2 der Verordnung Rom I kommt. Der Verordnung Rom I(VO Rom I) hat das Römische Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht vom 19. Juni 1980 (EVÜ) seit 17.12.2009[372] ersetzt. Nach Art 4 Abs 2 EVÜ bzw VO Rom I liegt die engste Verbindung vor, wenn das anzuwendende Recht auf einen Vertrag ist, das Recht des Staates, mit dem die Partei örtlich verbunden ist und diese die charakteristische Leistung erbringt. Bei einem Warenkaufvertrag ist dies der Verkäufer[373]. Durch den gewöhnlichen Aufenthalt, die Niederlassung oder die Hauptverwaltung kann die

---

[366] *Piltz,* 52-53.
[367] *Hagge,* so offenbar in Gabun(Stand 1994); vgl *Meyer*, Anm 547. Nach Auskunft örtlicher Rechtsanwälte gilt gleiches im Kamerun.
[368] Cass. 5 décembre 1910, Rev.crit. 1911, 395, J.D.I. 1912, 1156, Anm.*Galibourg*; *Hagge*, 67.
[369] *Hagge,* 67, so im Fall Togo und Benin; So im Fall der Republik Zentralafrika, vgl Meyer, Anm 547.
[370] *Hagge,* 67; Cass, 6 juillet 1959, Rev. crit. 1959, 708; Anm. *Battifol.*
[371] Hagge, 68*; Laussuarn/Bourel*, rn 377 ff:, Meyer, D.I.P., Rn 726.
[372] *Posch,* 152.
[373] Vgl *Audit,* D.I.P., Rn 792; *Loussuarn/Bourel*, Rn 378-6; Meyer, D.I.P., 726; *Hagge,* 68.

örtliche Verbindung bestimmt werden. Wenn der Verkäufer Unternehmer ist, wäre der Ort seiner Hauptniederlassung maßgeblich. Nach hA reicht dafür auch eine Zweigniederlassung, in deren Rahmen der Vertrag geschlossen wird[374].

In Folge verweist das IPR des Forumstaats auf das Recht eines Drittstaats, so ist die Anwendung des OHADA-Handelskaufrechts gemäß Art 234 Abs 2 letzter Halbsatz versperrt. Verweist hingegen das IPR des Forumstaates auf die Rechtsordnung eines Mitgliedstaats der OHADA, ist das Achte Buch der OHADA anzuwenden, wenn die übrigen Voraussetzungen in persönlicher,- sachlicher,- zeitlicher Hinsicht erfüllt sind. Das Einheitsrecht im Allgemeinen (Art 10 OHADA-Vertrag) und im Speziellen (Art 1 Abs 1 und 2 AU.DCG) ist gegenüber abweichenden geltenden Bestimmungen des nationalen Rechts vorrangig, sodass keine Konkurrenz zwischen beiden Regelwerken besteht. Da der AU.DCG die korrespondierenden internen Normen umfassend ersetzt hat, hält eine Ansicht im Vornhinein die nunmehrige existierende Art 234 letzter Halbsatz (entspricht Art 1 Abs 1 b CISG) für überflüssig[375]. Diese Ansicht ist nicht ganz überzeugend. Das erklärte Ziel des Art 234 Abs 2 letzter Halbsatz analog zum CISG(Art 1 Abs 1 b) sollte über diesen den AU.DCG gegenüber Nichtvertragsstaaten der OHADA zur Anwendung zu bringen[376].

Es werden auch besonderen Konstellationen eines Warenkaufs nachgegangen, bei denen eine Partei in einem UN-Kaufrecht- Vertragsstaat und die andere auf OHADA-Raum niedergelassen ist (erste Variante) und einerseits die eine Partei gleichzeitig in einem UN-Kaufrecht sowie im OHADA-Gebiet und die andere andererseits gleichermaßen auf OHADA- und UN-Kaufrechtsraum ansässig ist(zweite Variante). Dabei wurde keine Rechtswahl getroffen.

Für die erste Variante verkaufte beispielsweise ein in Österreich niedergelassenes Unternehmen Waren an eine Firma in einem OHADA-Mitgliedstaat (außer Guinea und Gabun[377]). Eigentliche ist der Geltungsanspruch jeweiligen Regelwerks diesbezüglich uneingeschränkt. Allerdings hängt die Anwendung eines der Regelwerke von dem in einem solchen Fall zuständigen Gericht ab. Wäre ein österreichischer Richter zur

[374]Vgl *Kerschner/P.Bydlinski*, 179.
[375] Vgl *Hagge,* 68; *Honnold*, Art 1, Rn 47 ff.; *Schlechtriem/Ferrari*, Art 1, Rn 69 ff.; *Soergel/Lüderitz/Fenge*, Art 1, Rn 10; *Staudinger/Magnus*, Art 1, Rn 93 ff.
[376] Vgl *Piltz*, 52; *Honnold*, Documentary History oft he Uniform Law for International Sales, Deventer, 457ff.
[377] Der folgende Abschnitt(3.2. 7.) befasst mit diesen Sonderfällen.

Entscheidung des Falls berufen, so würde er grundsätzlich über Art Art 4 Abs 2 EVÜ iVm Art 1 Abs 1 b CISG das UN-Kaufrecht für anwendbar erklären(Vorschaltlösung). Sollte hingegen ein Gericht in einem OHADA-Mitgliedstaat (Außer Guinea und Gabun) zuständig sein, kann das Gericht mit Hilfe des IPR des Forumstaates prüfen, welches materielle Recht, Vertragsstatut wäre. Verweist das IPR auf österreichisches Recht käme auf Grund Vorschaltlösung[378] zur Anwendung des UN-Kaufrechts(Art 1 Abs 1 b CISG). Führte das Kollisionsrecht aber zur Rechtsordnung eines OHADA-Mitgliedstaats(außer Guinea und Gabun), so gelangt damit die Regeln des OHADA-Kaufrechts gemäß Art 10 OHADA-Vertrag iVm Art 1 Abs1 und 2 AU.DCG zur Anwendung[379].

Die zweite Variante ist im folgenden Abschnitt ausführlich.

3.4. 3 Sonderfälle Guinea und Gabun

Die zweite Variante betrifft die Sonderstellung der beiden Staaten Guinea und Gabun. Mit dem Beitritt von Guinea zur OHADA am 21.November 2000 und dem Inkrafttreten des UN-Kaufrechts im Gabun am 1. Januar 2006 sind nunmehr erstmalig zwei Länder, die gleichzeitig Mitglied- und Vertragsstaaten der OHADA und UN-Kaufrecht sind[380]. Bei Warenkäufen, bei denen eine der Parteien in Guinea oder in Gabun und die andere in einem zweiten UN-Kaufrecht-Vertragsstaat ansässig ist, findet das UN-Kaufrecht auf Grund autonomer Anknüpfung(Art 1 Abs 1 a) zu Anwendung, also ohne Zwischenschaltung des Kollisionsrechts des Forumstaats. Die Voraussetzung zur unmittelbaren Anwendbarkeit des Einheitsrechts der OHADA ist erfüllt, wenn der Verkäufer und Käufer in Guinea oder in Gabun niedergelassen sind.

Stellt sich heraus, dass beim Kaufvertrag grundsätzlich die Anwendungsvoraussetzungen sowohl des UN-Kaufrechts als auch des AU.DCG erfüllt sind- zB ein Kaufmann mit Sitz in Gabun ein Computer an eine Gesellschaft(SA) mit Niederlassung in Kamerun (oder einem anderen beliebigen OHADA-Staaten(außer Gabun und Guinea) verkaufte, gelangt man mit Hilfe des IPRs des Forumstaates zur Anwendung des UN-Kaufrechts (Art 1 Abs 1 b), wäre gemäß Art 10 OHADA-Vertrag iVm Art 1 Abs 1 und 2 aber anderseits das OHADA-Handelskaufrecht unmittelbar und

[378] *Ofner/Zank*, 30.
[379] Vgl *Hagge*, 69.
[380] *Piltz*, 22; *Hagge*, 69

zwingend anzuwenden. Gleiches gilt, wenn beide Vertragspartner ihre Niederlassung in verschiedenen Vertragsstaaten (Guinea und Gabun) haben. Eine Stimme in der Literatur sieht in solchen Fälle den Vorrang der Regeln des AU.DCG mit der Begründung, dass die Regelungskonkurrenz durch die Subsidiäritätsregel des Art 90 CISG gelöst wird. Auch eine Erklärung iSd Art 94 Abs2 ist nicht erstrebenswert, um die völkerrechtlichen Verpflichtungen aus der Ratifikation sowohl des UN-Kaufrechts als auch des OHADA-Staatsvertrags einzuhalten.

Diese Sichtweise ist abzulehnen. Aus Sicht des UN-Kaufrechts und gemäß Art 90 CISG sollten lediglich die OHADA-Verträge vom17.Oktober 1993 in Port Luis und vom 17. Oktober 2008 in Quebec aufgrund seiner Rechtsnatur als völkerrechtliche Verträge qualifiziert werden. Daher ist schwierig zu beurteilen, ob die AU.DCG als „internationale Vereinbarungen" iSd Art 90 CISG gelten können. Eine praktische und überzeugende Lösung auf Perspektiv der Rechtstheorie ist noch nicht erkennbar. Analog zur völkerrechtlichen Doktrin und hilfsweise einer rechtsvergleichenden Betrachtung ist davon auszugehen, dass nirgends Übereinkommen wie Acte Uniforme (AU) behandelt werden[381]. Verordnungen oder Richtlinien sind auch im gemeinschaftsrechtlichen Schrifttum und der Rechtsprechung des EuGH dogmatisch nicht mit völkerrechtlichen Übereinkommen gleichzusetzen[382]. Zum damaligen Zeitpunkt (Anfang der 1980er Jahre), in dem das UN-Kaufrecht im Rahmen einer universalen Organisation entwickelt wurde, besteht keine Relationsnorm, deren Wortlaut passgenau auf die zur Privatrechtsvereinheitlichung verwendeten Instrumente wie AU.DCG oder EG- Verordnungen, der zugeschnitten war. AU.DCG und EG-Verordnungen sollten im Zusammenhang mit der Relationsnorm als Rechtsordnungen eigener Art angesehen werden[383], wenn man die befürchtete „Versteinerung" vermeiden möchte. Im Ergebnis sollte daher im Konkurrenzfall das UN-Kaufrecht den genannten Regelwerken vorgehen, wenn der zuständige Richter die Völkerrechtsverletzung nicht in Kauf nehmen möchte.

In Anlehnung an dieser Auseinandersetzungen und angesichts der unsicheren Rechtslage im Bereich des IPRs sowie bezüglich des grundsätzlichen Verhältnisses zwischen dem UN-Kaufrecht und dem OHADA-Recht ist die Erarbeitung eines

[381]Vgl, *Ballreich* in: *Bernhardt*, EPIL, 476; *Schwarz* in Grewe (198), 551, 586:" Nirgends werden Übereinkommen auch wie Verordnungen oder Richtlinien behandelt."; *Schroeter*, 309
[382] *Schroeter*, 310
[383] *Herber* in : *Schlechtriem*, Commentary, Art 90 Rn 12; *Schroeter*, 309

einheitlichen Regelwerks in der OHADA und darüber hinaus die Klarstellung der Rechtsbeziehung zu einer wachsenden Zahl von CISG-Vertragsstaaten zu befürworten. Diese ist in der Literatur erstrebenswert[384]. In conreto ist ein Beitritt aller OHADA-Mitgliedstaaten- oder zumindest der OHADA als supranationale Organisation- zum UN-Kaufrecht erforderlich. Eine Erklärung im Sinne des Art 94 CISG kann demzufolge jeden Rückgriff auf die über das IPR führende Anwendungsvariante des Art 1 Abs 1 b im OHADA-Gebiet entgegenstehen. Außerdem wird dadurch die Frage der Regelungskonkurrenz gelöst. Zumal die Subsidiaritätsregelt des Art 90 CISG gegenüber AU.DCG nicht zweifelsfrei ist. Es ist zwar richtig, dass das UN-Kaufrecht gegenüber bereits geschlossenen oder noch zu schließenden völkerrechtlichen Übereinkommen mit Bestimmungen gleichen Regelungsgegenstandes zurücktritt, „wenn die Parteien des konkreten Kaufvertrags in Vertragsstaaten dieser anderen internationalen Vereinbarungen niedergelassen sind“. Unter internationalen Vereinbarungen sind alle zwischen Staaten geschlossen, bi- oder multilaterale Übereinkünfte zu verstehen[385]. Der AU.DCG, der die Regelungen zum Warenkauf enthält, ist keine Übereinkunft im Sinne des Art 90 CISG. Gleiches gilt für die EG-Verordnungen[386]. Man geht von der Rechtsordnung eigener Art aus.

3. 5 Anwendung durch Rechtswahl

Art 6 CISG statuiert anders als im OHADA-Recht die Anwendung durch Rechtswahl. Die Rechtswahl kann als eine Vereinbarung der Vertragsparteien zur Bestimmung der anzuwendenden Rechtsordnung verstanden werden.

Da das Einheitsrecht bereits zwingend anzuwenden ist, stellt sich die Frage der Anwendung des einheitlichen Warenkaufrechts der OHADA durch Rechtswahl lediglich, wenn bei Kaufgeschäften mindesten eine Partei keine Niederlassung in einem OHADA-Mitgliedstaat hat und das IPR nicht zur Anwendungsvariante des Art 234 Abs 2 letzter Halbsatz AU.DCG führt.

Damit eine Vereinbarung der Parteien zur Anwendung des AU.DCG zulässig wird, sollte im Vorfeld der Gegenstand der Vereinbarung im Einklang mit den Art 234 iVm Art 1 Abs 1 und 2 AU.DCG. sein, den räumlich-persönliche Anwendungsbereich des

---

[384] *Hagge*, 69; Vgl *Bamodu,* J.Afr. L. 1994, 125(135); *Gomez*, Penant Nr. 827 Anm 32, 37.
[385] *Hagge,* 69; *Bianka/Bonell/bBonell/Evanms; Enderlein/Maskow/Strohbach;Reinhart;Schlechtriem/Ferrari;Staudinger/Magnus,* jeweils Art 90.
[386] Vgl *Herber* in : *Schlechtriem*, Commentary, Art 90 Rn 12; *Schroeter*, 309

Achten Buches beschreiben. Die sachlichen und zeitlichen Anwendungsvoraussetzungen des Einheitsrechts muss der Vertrag erfüllen. Da die Artt 234- 302 AU.DCG gezielt auf den Kauf nur bestimmter Waren wie schon im CISG aber de jure anders als im CISG durch einen bestimmten Personenkreis zugeschnitten sind, wäre eine Geltungsvereinbarung eines Kaufs bei einer Versteigerung, eines Immobilienkaufs, nicht der Anwendung der Artt 234-302 AU.DCG unterliegen. Das System der Rechtsbehelfe wäre hier unpassend[387]. Zwar wurden bewusst Verbraucherverträge von der Regelungskompetenz des Einheitsrechts der OHADA ausgeklammert (235 a AU.DCG), um Privatleute davor zu schützen, dass ihnen in einem Vertrag mit einem Professionellen Händler ihre durch Unerfahrenheit bedingte schwächere Verhandlungsposition zu Nachteil gerät[388]. Wie schon im UN-Kaufrecht (Art 2 a Halbsatz 2) erlangt der AU.DCG Geltung, wenn der Verkäufer bis zum Vertragsschluss nicht um die private Verwendung wusste oder wissen musste, dass die Ware für den privaten Gebrauch gekauft wurde(235 A letzter Halbsatz AU.DCG. Mit Zunahme von grenzüberschreitenden E-Commerce-Geschäften, an denen heute in weitem Umfang gerade auch Privatleute teilnehmen, ist die Erarbeitung eines einheitlichen Vertragsverhältnisses zum Thema erstrebenswert. Da Manche Verbraucherschutzvorschriften auch Existenzgründer Schutz[389], ist eine neue Redaktion des Art 235 a AU.DCG erforderlich, um mögliche Kollision mit dem nationalen Verbraucherschutzrecht umzugehen[390]. Gleiches gilt für Art 2 a Halbsatz CISG[391].

Im Hinblick auf französische Rechtstradition hängt die Gültigkeit der Rechtswahl solo consensu davon ab, ob die Gestattungsfreiheit der Parteien mit der ordre public des Forums sowie zwingenden Vorschriften des objektiv anwendbaren internen Rechts vereinbart sind. Wie schon das UN-Kaufrecht, so regelt auch der AUDCG nicht alle mit einem Kaufvertrag in Zusammenhang stehende Fragen; wie bereits im CISG, enthält er jedoch nunmehr eine ergänzende IPR-Norm (Art 234 Abs 2 letzter Halbsatz AU.DCG). Art 237 AUDCG ordnet insofern für im AUDCG verbleibende

[387] *Hagge*, 66; vgl *Schlechtriem/Ferrari*, Art 6, Rn 39.
[388] *Hagge,* 66.
[389] *Krejci*, 262 *; Piltz*, 43.
[390] Ein Kaufmann konnte als Verbräucher auch bzgl eines Betriebsgeschäft sein; zumindest bei Vorbereitungsgeschäfte, vgl *Krejci*, 262.
[391] Zur Stärkung des Verbraucherschutzniveau wird von einer bloßen Adaption des CISG auf Verbraucherniveau gesprochen, vgl *Schroeter*, 39.

Regelungslücken die Geltung des "Droit commun" an und stellt damit eine taugliche Norm zur Lückenfüllung bei internen Kaufverträgen bereit; soweit internationale Verträge betroffen sind, muss mangels einer einheitlichen Kollisionsnorm weiterhin auf das nationale (unvereinheitlichte) IPR zurückgegriffen werden, um ins (objektiv anwendbare) Recht zu gelangen. Stellt sich heraus, dass die Anwendbarkeit des internen Rechts eines OHADA-Mitgliedstaats vereinbart wird, wird die Anwendung des AU.DCG vermutet, sofern dessen sachliche, persönliche und zeitliche Voraussetzungen erfüllt sind. Da sich der Vorrang des AU.DCG gegenüber abweichenden nationalen Vorschriften aus Art 10 OHADA-Vertrag ergibt, hat Art 237 Bedeutung nur für nicht geregelte Fragen.

4 Zeitliche Geltung der OHADA

Nach Art 9 der OHADA-Abkommensänderung vom 17. Oktober 2008 in Quebec(Canada)- dieses ersetzt den OHADA- Gründungsvertrag vom 17 Okt 1993 in Port(Luis-Mauritius Inseln)- treten die Actes Uniformes im Allgemeinen 90 Tage nach der Veröffentlichung im Amtsblatt der OHADA für diese Staaten in Kraft, die zu diesem Zeitpunkt wirksame Mitgliedschaften der OHADA waren. Es sei denn, sie selbst enthalten eine hiervon abweichende Bestimmung.

Seit der Handelsrechtsreform vom 15.Dezember 2010 wurde im OHADA-Gebiet einen neuen Acte Uniforme zum allgemeinen Handelsrecht (AU.DCG) verabschiedet und ist anwendbar auf Warenkäufe, die nach seinem Inkrafttreten geschlossen wurde. Sofern alle sachlichen, persönlichen und räumlichen Anwendungsvoraussetzungen erfüllt sind. Der Art 307 des neuen Actes Uniformes zum allgemeinen Handelsrecht enthält eine 60-Tage-Frist für Veröffentlichung im Amtsblatt der OHADA nach ihrer Verabschiedung durch den Ministerrat. Der neue AU.DCG wird entweder in Amtsblätter der Mitgliedsstaaten veröffentlicht oder dem Amtsblatt entsprechend[392] Mitteln(Art 307 Satz 2 AU.DCG) erfolgt. Es wird darauf hingewiesen, dass die Veröffentlichung des AU.DCG in den Amtsblättern der Mitgliedstaaten oder auf andere angemessene Weise keinen Einfluss auf die 90-Tage- Regel für das Inkrafttreten eines Acte Unforme (AU) hat(Art 9 Abs 2 letzter Satz OHADA-Vertrag vom 17. Okt. 2008 in Quebec)[393]. Da der

[392] Wenn der Mitgliedstaat kein Amtsblatt besitzt.
[393] Diese Regel beseitigt die Diskussion in der Literatur, wenn der Gründungsabkommen eine Frist von 30 Tagen nach der Veröffentlichung Rechtsakte der OHADA im Amtsblatt der OHADA Enwendungen zu erheben eingeräumt hatte, siehe Art 9 Satz 2 Gründungsabkommen vom 17 Okt 1993 in Port

Kompetenz für das Inkrafttreten eines AU verfahrensgemäß lediglich der Sekretariat permanent der OHADA zukommt, stellt die Vorgehensweise eine massive Änderung und gegenüber dem UN-Kaufrecht einen beträchtlichen Unterschied dar. Dieser Kompetenz war traditionell den Mitgliedstaat zugeschrieben. Das UN-Kaufrecht verlangt für die Geltung seine Bestimmungen gemäß Art 91 Abs 2 und 4 iVm 100 UN-Kaufrecht die Ratifikation, Annahme oder Genehmigung durch die Unterzeichnerstaaten. Das Verfahren für das Inkrafttreten des UN-Kaufrechts erfolgt grundsätzlich durch dessen Ratifikation. Anders gesagt durch Handlung der UN-Vertragsstaaten, damit die Voraussetzungen für die zeitliche Anwendung erfüllt werden. Die zeitliche Geltung ist jedoch im Prinzip nach Maßgabe des Art 100 CISG zu bestimmen. Demnach sind die Bestimmungen des UN-Kaufrechts zum Vertragsabschluss(Art 14 ff.CISG) immer anwendbar, wenn das dem Vertrag zugrunde liegende Angebot an oder nach dem Stichtag gemacht wurde (Art 100 Abs 1). Dabei ist der Zeitpunkt der Abgabe, aber nicht des Zugangs des Angebots entscheidend[394]. Die sonstigen Vorschriften des CISG – ausgenommen Art 14-24 CISG - finden auf Verträge Anwendung, die nicht vor dem Stichtag erfolgte(Art 100 Abs 2). Es kann im diesem Zusammenhang sein, dass das Angebot eines Kaufvertrags vor dem Stichtag gemacht wird und dessen Abschluss jedoch erst nach dem Stichtag erfolgt. Nach Art 100 Abs 2 unterliegt lediglich den Abgeschlossenen Vertrag im Hinblick auf die allgemeinen Regeln des Warenkaufs dem UN-Kaufrecht. Die Art 14-24 CISG der Vertragsabschlussbestimmungen kommen diesbezüglich nicht infrage. Eine entsprechende Bestimmung wie Art 100 Abs 1 und 2 fehlt im AU.DCG. Daher ist unbestimmt der Umgang mit Warenkäufen, in denen das Angebot vor dem Stichtag gemacht wurde und dessen Annahme damit der Abschluss des Vertrages aber erst nach Inkrafttreten des AU.DCG in einem Mitgliedstaat erfolgte[395]. Wegen der Unklarheit kann Angebot vor, Annahme nach Inkrafttreten so verstanden werden, dass sich allein das Angebot nach altem, Annahme und damit Vertragsabschluss aber nach neuem (einheitlichem) Recht beurteilen müssten. Da zwei AU.DCG bereits

---

Luis(Mauritius Inseln), vgl *Hagge*, Das einheitliche Kaufrecht der OHADA, 30 ; *Agboyibor*; R.D.A.I. 1999, 578(578); *Issa-Sayegh*, Rev. burk. Dr. 2001, 51 (52); *Lohoues-Oble*,in Kommentar , Anm. zu Art 9 Staat V*; Issa-Sayegh/Lohoues-Oble*, Anm. 292 f.

[394] *Piltz*, 59, *Staudinger/Magnus* Art 100 RdNr 3.

[395] *Hagge*, 71, der Grund für den Verzicht auf eine entsprechende Bestimmung im OHADA-Handelskauf könnte sein, dass schon Art 100 CISG von einigen Teilnahmern der Wiener Konferenz von 1980 für unnötig-weil weitgehend selbstverständlich-gehalten wurde, so *Hagg*e; vgl Official Records, 440f.

verabschiedet wurden. Es nicht auszuschließen für die Warenkäufe, dass der AU.DCG vom 17. April 1997, in Kraft getreten am 1.Januer 1998, für das Angebot Anwendung finden und für die Annahme damit der Abschluss des Vertrags erfolgte, die sonstigen Vorschriften des AU.DCG vom 15. Dezember 2010 mit Ausnahme der Vertragsabschlussbestimmungen (240- 249 AU.DCG) zur Anwendung kommen.

III Zusammenfassend

Vergleicht man die Regelungen des OHADA – Handelsrechts bzw Warenkaufrechts mit denen des UN-Kaufrechts im Bereich des Anwendungsbereichs und Anwendungsvoraussetzungen, so ist zunächst zu bemerken, dass diese teilweise erheblich und teilweise nicht wesentlich vom UN-Kaufrecht abweichend bezüglich Kaufvertrags oder einheitlichen Kaufvertrags sind, welche neben Waren auch Rechte und/oder unbewegliche Sachen und/oder Objekte als Gegenstand haben. Daher erfasst weder der AU.DCG noch das UN-Kaufrecht den ganzen Kaufvertrag, da neben Waren im Sinne der Art 202 (jetzt 234) AU.DCG; Art 1 UN-Kaufrecht auch Rechte und/oder unbewegliche Sachen und/oder Objekte nach Art 2 b bis f; Art 203 Abs 2 bis 3 (jetzt Art 236 a bis f)AU.DCG ausgeschlossen sind. Man orientiert sich bei ausgeschlossenen Verträgen am UN-Kaufrecht. Es handelt sich um Kauf von Ware bei Versteigerungen, aufgrund von Zwangsvollstreckungs- oder anderen gerichtlichen Maßnahmen, von Wertpapier oder Zahlungsmitteln, von Seeschiffen, Binnenschiffen, Luftkissenfahrzeugen oder Luftfahrzeugen und von elektrischer Energie. Gleiches gilt Konsumentenkauf (Art Art 2 a; Art 235 a AU.DCG). Dabei wird erkennbar, dass mit der Einschränkung auf Lieferung beweglicher Sache an eine Person – den Verbraucher- zu einem Zweck, der nicht gewerblichen Tätigkeit des Verbrauchers zugerechnet werden kann, der vertragsspezifische Anwendungsbereich des Art 235 a iVm 234 AU.DCG somit deutlich geringer als jener das Art 2 a CISG. Ein Kauf zu Privatzwecken, aber auch beruflicher Nutzung ist nicht unter Art 235 a AU.DCG subsumierbar. Vielmehr unter Art 2 a, da das UN-Kaufrecht keinen Unterschied zwischen handelsrechtlichem oder bürgerliche-rechtlicher Art des Geschäfts macht(Art 1 Abs 3 CISG).Über die Wareneigenschaft ist klar, dass es sich bewegliche Sache handelt. Ob die Ware nur körperlich sein muss, ist in der Lehre umstritten. Insbesondere bejaht die Judikatur die Anwendung des CISG auf Vertrag zur Lieferung von Standardsoftware via Dateiträger wie USB-stick und entgegen der herrschenden Ansicht verneint den Geltungsanspruch des CISG auf dieselbe Software, wenn diese

online geliefert wird oder im Zuge eines Downloads erfolgt. Im Digitalzeitalter sind der OHADA-Gesetzgeber sowie der UN-Verfasser in die Pflicht genommen in dieser Hinsicht Klarheit zu schaffen.

Der Kaufmannstatut und die handelsrechtliche Natur des Geschäfts sind für die Anwendung des AU.DCG relevanter (Art 1 und 234 AU.DCG). Die Forderungsabtretungen unterliegen ausdrücklich nicht dem OHADA-Handelsrecht. Ebenso wenig dem CISG, wobei eine ausdrücklich Klarstellung fehlt[396]. Nicht unerheblich im Sinne des Art 3 Abs 1 und 2 UN-Kaufrecht, meines Erachtens auch in der OHADA(204 (jetzt) 235 b iVm 234 AU.DCG), ob die Waren einen wesentlichen oder den überwiegenden Teil des Kaufvertrages ausmachen. Obwohl der Art 235 b AU.DCG lediglich ausdrücklich die Konstellation von Kaufverträgen vorsieht(nahezu wortgetreue Kopie des Art 3 Abs 2 CISG), bei denen den überwiegenden Teil der Pflichten der Parteien, welche die Ware liefert, in der Ausführung von Arbeiten oder anderen Dienstleistung besteht, sollte man über Art 234 iVm 237 AU.DCG[397] zu einer dem Art 3 Abs 1 im Grundsatz ähnlichen , im Detail aber abweichende Regelungen gelangen. Man geht davon aus, dass Art 3 UN-Kaufrecht sowie Art 204 (235, 234) AU.DCG der Abgrenzung des Kaufvertrages zu anderen Vertragstypen dient. Sodass die vorliegende Gestaltung nicht identisch mit dem in Art 3 Abs 1 bzw Abs2; 204 (235 iVm 234) angesprochenen Konstellationen angesehen wird. Obwohl es im vorliegenden Fall primär um die Art des Kaufgegenstandes geht, ist nicht auszuschließen, dass die nähere Entscheidung nach Art 3 Abs 1 oder Abs 2 UN-Kaufrecht sowie 204 (235, 234) AU.DCG der OHADA vorgenommen werden kann.

Je nachdem können die Parteien die Anwendung des UN-Kaufrechts über Kaufverträge im Sinne Art 1 in Verbindung mit Art 2 d bis f UN-Kaufrecht in Anspruch nehmen. Diese Möglichkeit kann aus den Absprachen der Parteien hervorgehen. Das Prinzip der Formfreiheit wird normiert. Im Interesse einer einheitlichen Anwendung des UN-Kaufrechts soll Rücksicht des Parteienwillens lediglich auf die Teilbarkeit eines äußerlich einheitlichen Vertrages genommen werden können. So dass es auch den Parteien frei steht, das Geschäft nur insgesamt oder gar nicht dem UN-Kaufrecht unterliegen zu wollen. Es sei denn, die Parteien wollen durch ihre Absprachen zB die Lieferung der Ware in einen rechtlichen Bedingungszusammenhang mit den außen

[396] Siehe *Hagge,* 56; *Ferrari*, 158.
[397] Anhand französisch geprägten nationalen Rechts, vgl *Hagge,* 51; *Audit*, Anm 25, Fn 1.

des UN-Kaufrechts stehenden Kaufverträgen bringen. Angenommen, eine Teilbarkeit eines Vertrages fällt nicht in den Anwendungsbereich des UN-Kaufrechts, so erfolgt die Beurteilung dieser Teilbarkeit unter Berücksichtigung des Parteienwillens[398]. Insbesondere ist darauf zu achten, ob die Parteien die rechtlichen Auswirkungen infolge der Aufspaltung des Vertrages hinnehmen möchten. Bei einer Bejahung würde die unterstellte Teilbarkeit nämlich dem Warenkauf nach UN-Kaufrecht unterliegen, wohingegen der rechtliche Rahmen angesichts der Veräußerung der Rechte und/oder Immobilien (und/oder der Gegenstände der Art 2 B d bis f lediglich im UN-Kaufrecht) über das jeweils maßgebliche Internationale Privatrecht zu erschließen wäre. Eine Art 6 CISG entsprechende Bestimmung, die die Rechtswahl ermöglicht, sucht man im OHADA-Handelsrecht vergebens. Angesicht der zwingenden Anwendbarkeit des AU.DCG auf alle Warenkaufverträge, die in seinen Geltungsbereich fallen (Art 10 OHADA-Vertrag iVm Art 1 Abs 1 und 1 AU.DCG), Hat das Prinzip der Rechtswahlfreiheit lediglich Sinn, wenn bei Kaufgeschäften mindesten eine Partei keine Niederlassung in einem OHADA-Mitgliedstaat hat und das IPR nicht zur Anwendungsvariante des Art 234 Abs 2 letzter Halbsatz AU.DCG führt oder die Parteien außer OHADA-Gebiet die Anwendung des OHADA-Handelsrechts vorgenommen haben. In einzelnen Bestimmungen ist die Autonomie garantiert aber grundsätzlich das Prinzip der Formfreiheit (Art 240). Gleiches gilt im UN-Kaufrecht. Art 11 CISG.

Zu bemerken ist, dass bei Fragen, die von CISG inhaltlich nicht geregelt werden, mit Hilfe des durch das Internationale Privatrecht zu ermittelnden anwendbaren nationalen Rechts beantwortet werden können, sofern internationale Verträge betroffen sind(Art 7 Abs 2 CISG). Anders als UN-Kaufrecht werden die Antworten auf nicht geregelte Rechtsfragen überwiegend anhand des „droit commun“ (Art 237 AU.DCG). Dieser Artikel bezieht sich auf nur auf materiell anzuwendendes Recht und stellt demzufolge eine untaugliche Kollisionsregel in einem grenzüberschreitenden Vertrag dar. Unverständlich ist, dass auch bei der Handelsrechtsreform vom 15. Dezember 2010 keine inhaltliche Veränderung des Art früher 205 nunmehr 237 AU.DCG vorgenommen wird. Da dieser auf französisch geprägtes nationales Recht angelegt ist. Art 237 AU.DCG ist daher im Widerspruch mit den in der Präambel und den Art 1 und 14 OHADA-Vertrag formulierte Vereinheitlichung des Wirtschaftsrechts in Afrika und

[398] *Dazu Piltz,* 34

dessen Namen. Darüber hinaus ist die Rechtsvereinheitlichung die Konsequenz aus der Internationalität.

Da Jeder Kaufmann oder Selbständige sowie Gesellschaft mit Niederlassung oder Sitz auf dem Gebiet eines Mitgliedstaats der OHADA gemäß Art 1 Abs 1, 2, 3 und 4 AU.DCG zwingend und unmittelbar den Regeln des AU.DCG unterliegt, stellt im Kollisionsfall die Frage des grundsätzlichen Verhältnisses des Regelwerks des CISG mit jenem der OHADA zueinander dar. Zumal Gabun und Guinea gleichzeitig Mitglied- und Vertragsstaaten der OHADA und des UN-Kaufrechts sind. Die Subsidiaritätsregel des Art 90 CISG gegenüber AU.DCG ist nicht zweifelsfrei. Ob der AU.DCG als Übereinkunft angesehen wird, ist fraglich[399].

Die Auslegung des CISG erfolgt anhand Art 7 Abs 1 CISG. Anders als AU.DCG ist bei der Auslegung der“ international Charakter“ Rücksicht zu nehmen. Da die Art 234- bis 302 AU.DCG grundsätzlich bei jedem – nationalen wie internationalen- Warenkauf zur Anwendung kommen, ist davon auszugehen , dass der AU.DCG damit einen relevanten höheren Grad der Vereinheitlichung als das UN-Kaufrecht erreicht hat. Das CISG ist auf reine Inlandsfälle im Prinzip nicht anwendbar.

Die Anwendung kraft kollisionsrechtlicher Verweisung des Art 234 Abs 2 führt zur Erstreckung des Anwendungsbereichs des OHADA-Handelskaufrechts. Gleiches gilt für Art 1 Abs b CISG. Mangels einheitliche Kollisionsnorm ist eine Erarbeitung eines einheitlichen Regelwerks erstrebenswert, um die unsichere Rechtslage im Bereich des IPRs dagegen zu wirken.

In zeitlicher Hinsicht ist die Anwendung des CISG nach Maßgabe des Art 100 vorgesehen. Für den AU.DCG erfolgt die Anwendung nachInkrafttreten deren Bestimmungen gemäß Art 307. Eine entsprechende Bestimmung des Art 100 Abs 1 fehlt jedoch. Angebot vor dem Stichtag sollte dem AU.DCG nicht unterliegen, müssten Annahme und damit Vertragsabschluss aber nach neuem (einheitlichem) Recht beurteilt werden. Eine Differenzierung zwischen AU.DCG vom 17.April und vom 15. Dezember 2010 ist erforderlich.

[399] Siehe Abschnitt 3.2. 4 zur Sonderfälle Guinea und Gabun.

Teil 2 Vertragsbildung und die Pflichten sowie die Folgen der Vertragsverletzungen

Der Vertragsabschlussmechanismus des CISG(Artt 14-24) ist wiederum Vorbild für den neuen AU.DCG. Im Titel 2 des Achten Buches sind in Artt 241 – 249 (früher Artt 210 – 218) AU.DCG) das Angebot und Annahme geregelt. Neuerung ist dabei und anders als im Fünften Buch die Regelung zur Haftung aus culpa in contrahendo. UN-Kaufrecht und OHADA regeln die Rechte und Pflichten der Parteien aus dem Kaufvertrag. Dabei bildet das materielle Kaufrecht den Kern der Regelwerke. Während im dritten Teil des Übereinkommens die Rechte und Pflichten Eingang fanden, sind diese im Titel 3 (Kapitel 1 und 2) und 5 des Achten Buches in den Kapiteln I Kapitel 2und 3 zusammengefasst. Erhebliche Änderungen und Neurungen gegenüber dem UN-Kaufrecht und dem Fünften Buch betreffen die Verkäuferhaftung für versteckte Sachmängel und die Rügefrist des Käufers sowie die Ausgestaltung des Rechts zur Vertragsaufhebung. Gleiches gilt nahezu beim Aufbau.

Kapitel C Abschluss des Vertrages oder Konsensbildung

Im zweite Titel des Achten Buches operieren die Bestimmungen der Artt 241 – 249 (früher Artt 210 – 218) AU.DCG zum Vertragsabschluss mit den aus den innerstaatlichen bekannten Begriffen des Angebots und der Annahme und lassen das Zustandekommen des Vertrages von der Erzielung eines äußeren Konsens abhängen[400]. Anders als früherer AU.DCG des Fünften Buches (Artt 210-218) ist die vorvertragliche Phase im wesentlich geregelt. Zum Schutz gutgläubigen Vertragspartners enthält neuer Art 249 AU.DCG jedoch eine Bestimmung für die Rechtsfertigung der Haftung aus culpa in contrahendo. Die Haftung aus culpa in contrahendo liegt vor, wenn eine Partei in der vorvertraglichen Phase missbräuchlich eine Verhandlung weiter führt oder diese Abricht(Art 249 Abs 2 AU.DCG). Art 249 Abs 3 AU.DCG stellt beispielsweise klar, dass eine Böswilligkeit liegt vor, wenn der Vertragspartner- ohne Absicht zur Erzielung eines Konsens- entweder eine

[400] *Santos/Toé,* 373; *Gomez, 123*; *Hagge*, 77; *Posch*, 198 ; *Koziol-Welser,* I/12 a, 111; II/ 12a,172 ; *Gomez,* 123.

Verhandlung beginnt oder fortsetzt. Mit Wort „notamment“ ist davon zu gehen, dass die Unredlichkeit nicht abschließend ist.

Abgesehen davon wird in Art 238 Abs 2 (früher Art 206 Abs 3 AU.DCG) auf die Vertragsverhandlungen als Mittel zur Auslegung von Parteierklärungen wie Art 8 Abs 3 CISG Bezug genommen. Anders als im UN-Kaufrecht müssen die übrigen Aspekte der vorvertragliche Phase anhand Grundlage des Art 237 AU.DCG beurteilt werden. Im UN-Kaufrecht erfolgt diese unter Heranziehung des Art 7 Abs 2 CISG.

Die Vorschriften zum äußeren Vertragskonsens, Artt 14 - 24 CISG sind wiederum Vorbild für den neuen AU.DCG des Achten Buches. Deren Bestimmungen zum Vertragsabschluss wurden insgesamt weitergehend übernommen, häufig sogar Wortstreu. Die hier methodisch vertretbaren herkömmlichen Ausfassungen sind weltweit überwiegend herrschenden[401]. Augenmerk ist, dass die gestaffelte Darstellung hier auch im Gegensatz zum stark angeordneten und Detail orientiertes UN-Kaufrecht, planwidrig aber kurz und verständlich ist. Beispielsweise beschreibt bereits im Vorfeld (wie eine Art Einleitung) der neue Art 241 AU.DCG wie Art 18 Abs 1 CISG den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses und stellt klar, dass der Vertragsabschluss entweder durch Annahme des Angebots oder durch das sonstige Verhalten des Empfängers, das eine vollständige Zustimmung zum Angebot darstellt, erfolgt.

Bemerkenswert ist, dass einzelne Regelungen des CISG, die jedoch keinen Eingang im AU.DCG des Fünften Buches fanden, sind im Achten Buch seit der Handelsrechtsreform implementiert worden: zu nennen sind hier insbesondere Art 14 Abs 2 CISG = Art 241 Abs 4 AU.DCG, demzufolge eine Publikumsofferte im Zweifel eine „*invitatio ad offerendum“* darstellt. Art 18 Abs 3 CISG entspricht nahezu Art 244 Abs 2, nach dem unter bestimmten Voraussetzungen in einem konkludenten Verhalten eine wirksame, nicht zugangsbedürftige Annahme liegen kann. Art 19 Abs 3 CISG, der im Sinne einer Auslegungsregel eine Reihe von Regelungsgegenständen aufzählt, die – sind sie in der Annahme abweichend vom Angebot geregelt - die Annahme zum Gegenangebot beinhalten sowie eine mit Art 24 vergleichbare Bestimmungen, fanden hingegen im Achten Buch keinen Eingang. Praktisch gesehen ist dieser Unterschied nicht maßgeblich[402]. Erheblich ist jedoch die zwingende Anwendung eines

[401] *Hagge,* 78.
[402] . *Vgl Nsie* (Fn 13), 13 f, 19.

Regelkörpers gegenüber dem überwiegend dispositiven Regelwerk und die Haftung aus culpa in contrahendo.

I Angebot

Aus der Definition des Angebots in Art 14 ff. UN-Kaufrecht ergibt sich, dass die Anforderungen zum Vertragsabschluss durch zwei Willenserklärungen aufgestellt werden. Die Rechtsfolgen des Angebots hängen von dessen Bestand ab. Entsprechend gilt in der OHADA. Art 210 ff. AU.DCG nunmehr Art 241 ff legen die Voraussetzungen für wirksames Vertragsangebot fest. Die Bestimmtheit des Empfängerkreises und des Inhalts sowie den vom Erklärenden zum Ausdruck gebrachten Bindungswillen fest. Art 242 stellt klar, wann ein Angebot vor oder nach Zugang auch erlöschen kann.

1 Inhaltliche Anforderungen an das Angebot und an den Bindungswillen

Ein Angebot im UN-Kaufrecht „ist der an eine oder mehrere bestimmte Personen gerichtete Vorschlag zum Abschluss des Vertrages, wenn er bestimmt genug ist und den Rechtsbindungswillen des Erklärenden erkennen lässt“[403]. Das Angebot unterscheidet sich von Aufforderung zum Angebot. Dabei fehlt der erkennbare Bindungswille. Das Angebot wird mit Zugang beim Empfänger wirksam, falls es nicht zurückgenommen wurde. Das Angebot erlischt, selbst wenn es unwiderruflich ist, sobald dem Anbietenden eine Ablehnung zugeht (Art 17 UN-Kaufrecht). In Wirklichkeit hat das Angebot zum Ziel, einen Vertrag zustande zu bringen. Aus vorstehender Analyse ergibt sich, dass in den meisten Fällen der Anbieter der Käufer ist, und der Verkäufer bei „Publikumsofferten“ (Art 14 Abs 2) eine Aufforderung zum Angebot macht[404].

In der OHADA hat das herkömmliche Recht das Angebot nicht definiert. Auch die in der Lehre und Rechtsprechung angenommene Definition[405] war nicht zufriedenstellend. Eine vollständige Konzeption des Angebots ging aus altem Art 210 AU.DCG hervor. Diese Konzeption entspricht wie oben bereits angeführt sehr weitgehend den im UN-Kaufrecht vorgenommenen Erfordernissen zum wirksamen Vertragsangebot. Daher besteht ein Angebot in Hinblick auf die Bestimmtheit

[403] *Haberl,* 13.
[404] *Audit,* 57.
[405] *Santos/Toé*, 373.

hinsichtlich des oder der Adressaten (alter Art 210 al 1 AU.DCG, Art 14 Abs 1 Satz 1 und Abs 2 UN-Kaufrecht), hinreichende Bestimmtheit hinsichtlich des Inhalts, namentliche Bezeichnung der Ware und Bestimmbarkeit der Menge und des Preises (alter Art 210 al 2 AU.DCG; Art 14 Abs 1 Satz 2 UN-Kaufrecht) sowie erkennbarer Bindungswille des Anbieters (alter Art 210 al 1 Ende des Satzes AU.DCG; Art 14 Abs 1 Satz 1 UN-Kaufrecht). Auch der neue Art 241 Abs 2 AU.DCG hat nicht anders vorgesehen. Vermutlich wurde dem Grundkonzept des UN-Kaufrechts Rechnung getragen, das für ausländische Investoren vertraulich wirkt. Damit deren Zahl im OHADA-Gebiet erhöht wird.[406] Dennoch fehlt im OHADA-Recht eine vergleichbare Bestimmung wie Art 6 CISG. Die Parteien können demzufolge nicht die Vertragsfestlegung beliebig gestalten[407].

Um mehr Klarheit zu schaffen, sollen die nachstehenden Begriffe untermauert werden.

1. 1 Bestimmtheit des/der Adressaten

Hinsichtlich der Bestimmtheit des/der Adressaten weicht das neue OHADA-Kaufrecht (Art 241 Abs3 AU.DCG) auch das UN-Kaufrecht (Art 14 Abs 1 Satz 1) in einem Punkt erheblich von der traditionellen Konzeption im OHADA-Raum ab[408].Die an eine unbestimmte Vielzahl adressierten Äußerungen im herkömmlichen Recht der OHADA-Mitgliedstaaten als Angebot eingestuft wurden, sind die sog. Publikumsofferte lediglich als Aufforderung zur Abgabe eines Angebots im OHADA- und UN-Kaufrecht zu qualifizieren (241 Abs 4; Art 14 Abs 2 UN-Kaufrecht). Es sei denn eine ausdrückliche Erklärung des Vorschlagenden führt zur Annahme eines Angebots(Art 241 Abs 4 AU.DCG; Art 14 Abs 2 CISG; beide letzter Halbsatz).

Der alte Art 210 Abs 1 AU.DCG des Fünften Buches kannte lediglich die an eine Person oder mehrere bestimmte Person gerichtete Erklärung als Vertragsangebot. Dort wurde auch keinen Weg aufgezeigt, wie eine Publikumsofferte dennoch ein Angebot iSd des UN-Kaufrechts darstellen konnte. Da das OHADA-Kaufrecht und UN-Kaufrecht hinsichtlich individuell- und kollektiver Adressierung nunmehr gleichartig regeln, ist von der in Frage stehenden individuellen Nachricht (Angebot) auszugehen,

[406] *Hagge,* 78; *Nsie* , Penant Nr 829, Anm 4.
[407] Vgl, *Fénéon/Gomez*, Art 210, Anm 4; *Hagge*, 78; *Nsie*, Penant Nr 829, Anm 5.
[408] *Santos Toé,* 373.

die für eine bestimmte Person vorgesehen ist[409].Insoweit besteht für die Individualität keine Zweifel, dass weitere Erklärungen mit gleichem Inhalt an andere Adressaten versendet werden. Es sei denn, aus Sicht des jeweiligen Empfängers ist eindeutig (nicht zweideutig), dass die an ihn gerade adressierte Erklärung unbestimmt ist und damit von vornherein an eine unbestimmte Person gerichtet ist[410]. Bei der Beurteilung des objektiven Empfängerhorizonts kommt die Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls Bedeutung zu. Die Auseinandersetzungen mit individueller und kollektiver Adressierung ist nicht mehr ausschließlich im UN-Kaufrecht vorhanden[411]. Die Nachricht an mehrere Adressaten - auch an jene, die namentlich nicht erwähnt werden, jedoch hinreichend individuell angesprochen werden – umfasst auch der neue AU.DCG (Art 241 Abs 4) der OHADA wie schon im UN-Kaufrecht[412] vertretbar ist. Daher wird im Vergleich zum UN-Kaufrecht die Frage zur Abgrenzung der Aufforderung zur Abgabe eines Angebots vom Angebot nicht weniger problematisch, zumal es auch in der OHADA von einem Unterschied zwischen der unzweideutig – und hinreichend (zwar individuell bestimmte der) kollektiven Adressierung und nicht ausreichend bloße kollektiver Bestimmbarkeit etwa „an alle Einzelhändler in“ abgesehen wird. Diese unterschiedlichen Aspekte fallen grundsätzlich nicht mehr aus meiner Sicht in der OHADA unter den Begriff der Aufforderung zur Abgabe eines Angebots. Sodass die Frage, ob es um die Verbreitung einer Werbemaßnahme oder um ein konkretes Abschlussangebot geht[413], nunmehr entbehrlich ist. Ebenso ähnliches gilt, wenn es sich um Inserate in Zeitungen und Werbespots, Spam-Mails sowie Präsentationen im Internet handelt. Die letzten genannten Fälle richten sich typischerweise zwar an bestimmbare, aber eben nicht an bestimmte Personen und stellen dem zufolge auch im UN-Kaufrecht (sofern fehlende Individualisierung erkennbar ist[414])kein Angebot nach Art 14 Abs 1 CISG sowie Art 241 Abs 3 AU.DCG

[409] Vgl *Piltz*, 106.
[410] *Piltz,* 106.
[411] *Fénéon/Gomez,* 124.
[412] *Honsell,* 98f.
[413] MünchKommHGB*/Ferrari*, Art 14 Rn 8; *Honnold*; Art 14 Rn 136; *Nicholas* 105 L.Q.Rev. 201, 213 (1989) („A mail or catalogue may be sent to specific persons, but the´proposals´ ion it are not addressed only to those persons, but to anyone who may see the catologue“); Allgemeines Staudinger*/Magnus*, Art 14 Rn 37) *Honsell*, 99.
[414] Dazu *Honsell* ,99.

dar[415]. Ein Teil der Autoren wertete, dass E-Commerce-Angebote auf Webseiten stets verbindliche Angebote darstellen[416].

Die Aufforderung zum Angebot ist sowohl im OHADA-Recht als auch im UN-Kaufrecht anzunehmen, wenngleich die Übersendung von Katalogen, Preislisten und Rundbriefen individuell stattgefunden haben[417]**.** Zur Begründung der Ablehnung der Eignung zum Vertragsangebot kommt es weniger auf die Bestimmtheit des oder der Adressaten, aber vielmehr auf den Bindungswillen des Versenders an[418]. In diesem Fall ist paradoxerweise festzustellen, dass der Besteller aufgrund der Kataloge, Preislisten und Rundbriefe in die Position des Anbieters fällt[419]. Gleiches gilt, wenn es um öffentliche Ausschreibungen, Schaufensterauslagen und Internetpräsentationen geht. Man geht davon aus, dass durch diese Vorgehensweise ein Vertragsabschluss zwar an bestimmbare Empfänger erfolgt, aber eben nicht im Vorhinein an konkret bestimmte Adressaten gerichtet ist. Ein Vertragsangebot ist anzunehmen, wenn der einen Vertragsabschluss Vorschlagende sein Anliegen einer oder mehreren bestimmten Personen anträgt (Art 210 AU.DCG oder Art 241 AU.DCG).

Wie oben angeführt sollen im UN-Kaufrecht nicht alle Publikumsofferte als Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes angesehen werden. Auch wenn sie nicht an individuell bestimmte Personen gerichtet sind. Es ist von einem Vertragsangebot im Sinne des Art 14 Abs 2 oder Art 241 Abs 4 AU.DCG auszugehen, wenn dies zweifelsfrei aus den Formulierungen eines Anbieters hervorgeht. ZB „this advertisement constitues an offer“[420] oder Einschränkungen wie „solange der Vorrat reicht“ [421] sowie kurz gesetzte Fristen für eine Rückantwort, weisen Indizien zum Angebotscharakter auf[422]. Die Umstände zur Annahme eines Angebots ergeben sich infolge der Durchführung einer Online-Auktion bei freigeschalteter Website[423]. Es gibt Situationen, in denen die Annahme eines Angebots nachvollziehbar ist oder besonders

[415] *Piltz*, 107.
[416] *Schroeter*, 216.
[417] *Honsell,* 99.
[418] *Piltz*, 107.
[419] *Santos/Toé*, 374.
[420] *Honsell*, 100
[421] Vgl *Koziol-Welser*, I/12 a, 111 (beim sog Automatenkauf)
[422] Dazu *Piltz*, 107 zweifelhaft (a.A. *Schlechtriem/Schwenzer/Schlechtriem*), Art 14 Rn 15, *Staudinger/ Magnus*, Art 14 Rn14 und 37 f („Bindungswille mit Widerrufsmöglichkeit“); Vgl hierzu ausführlich unter Rn 30 *Honsell,* 100.
[423] *Piltz*, 107.

nachvollzogen werden kann. Diese Situation kommt in Betracht, wenn „der Anbietende mangelnde Bestimmtheit hinsichtlich der Adressaten des Angebots durch besonders nachdrückliche Unterstreichung seiner Absicht, gleichwohl eine vertragliche Bindung eingehen zu wollen, ausgleichen kann“[424]. Da die Bestimmtheit hinsichtlich des Adressaten im Sinne des Art 14 Abs 2; Art 241 Abs 4 AU.DCG ein maßgebliches Indiz für die Annahme eines Angebotes ist, wird unter diesen Umständen untersucht, ob die Erklärung des Anbietenden ernst zu nehmen ist, dass er eine vertragliche Bindung schließen will. Folglich anders als alter Art 210 al 1 AU.DCG, aber wie Art 241 Abs 4 AU.DCG kommt ein wirksames Vertragsangebot nach der Konzeption des Art 14 zustande, obwohl der Adressat nicht eindeutig bestimmt ist. Unter dem Umstand, dass der Adressat wenig eindeutig bestimmt ist, muss der Bindungswille des Anbietenden deutlicher erkennbar werden. Man geht davon aus, dass ein Vertragsangebot in diesem Zusammenhang vorliegt, wenn die Bestimmtheit des oder der Adressaten einerseits und Bindungswille des Anbietenden andererseits ergänzende Komponenten darstellen. Sodass auch ein Vertragsangebot anzunehmen ist, „je weniger eindeutig der Adressat bestimmt ist, [aber] umso deutlicher [ ] der Bindungswille des Anbietenden erkennbar [ist]“.

1. 2 Bestimmtheit des Inhalts

Neben der Bestimmtheit hinsichtlich des Adressaten spielt auch in der OHADA wie im UN-Kaufrecht die Bestimmtheit hinsichtlich des Inhalts eine wesentliche Rolle. Ein Vorschlag, einen Vertrag einzugehen ist wirksam, wenn dessen Bestimmtheit hinsichtlich des Inhalts ausreichend ist. Wie im UN-Kaufrecht besteht ein Angebot in der OHADA, wenn auch alle erforderlichen Aspekte zur Durchführung des vorgeschlagenen Vertrages nicht angesprochen werden[425]. Vorbehaltlich weiterer zu vereinbarender Regelungsinhalte (ZB Ausschluss eines konkludenten Angebotes) genügt es jedoch, dass das Angebot die wesentlichen Aspekte des in Aussicht gestellten Kaufvertrages beinhaltet. Eine hinreichende Bestimmtheit ist für die beiden Kaufrechte anzunehmen, wenn (ausdrücklich oder konkludent) die Ware bezeichnet und die Liefermenge sowie der für die Ware zu zahlende Preis angegeben oder deren Festsetzung möglich ist (Art 14 Abs 1 Satz 2). Inhaltlich entspricht Art 241 Abs2 (früher 210 Abs 2) AU.DCG dem Art 14 Abs 2 Satz 2 und bringt darüber hinaus die

[424] *Piltz*,107.
[425] *Piltz*, 106; Santos/ *Toé*, 374.

wesentlichen Merkmale eines Kaufvertrages zum Ausdruck[426], wobei die Zustimmung der Parteien vorausgesetzt wird.

In der Frage der Bestimmtheit der Leistung, für welche die widersprüchlichen Art 14 und 55 UN-Kaufrecht die bloße Bestimmbarkeit von Menge und Preis ausreichend sein lassen, scheint eine Abweichung vom ABGB vorzuliegen[427]. Man geht davon aus, dass das ABGB die Grundentscheidung des pretium certum (die Preisbestimmtheitserfordernis) vertritt[428], wonach ein wirksames Angebot und demzufolge ein zustande gekommener Kaufvertrag vorliegt, wenn der Kaufvertrag unabhängig von einem Bindungswillen der Parteien zumindest Anhaltspunkte für die Ermittlung des Preises aufweist. Dessen Preis kann unter anderem nach den Absprachen der Parteien oder den besonderen Begleitumständen des Vertragsschlusses bestimmt werden. Wenn eine Preisfestsetzung nach den vertraglichen Absprachen gerade nicht möglich und auch nicht nach den besonderen Begleitumständen des Vertragsschlusses bestimmt werden kann, kommt somit kein Vertrag nach ABGB zustande. Diese Ansicht wurde in vielen romanischen Rechtsordnungen vertreten[429]. In der Rechtsprechung im UN-Kaufrecht ist ein Angebot hinsichtlich der Inhaltsbestimmtheit wirksam, wenn „eine stillschweigende Festlegung und eine bloß die Festsetzung ermöglichende Vereinbarung sowohl zur Umschreibung der Warenmenge als auch des Preises“ entnommen werden kann. Ein ausreichend bestimmtes abnahmefähiges Angebot liegt vor, wenn der erforderliche Mindestinhalt im Sinne des Art 8 Abs 2 UN-Kaufrecht zugelassen wird (zB die Anlieferung einer Ware mit Preisschild)[430]. Ob nämlich eine vernünftige Person der gleichen Art unter gleichen Umständen dieses Angebot als ausreichend konkret aufgefasst hätte[431], hängt von den Umständen des Einzelfalls ab, wobei bei der Auslegung die Mehrdeutigkeit beseitigt werden kann. „So kann die Angabe einer Zahl oder einer pauschalen Liefermenge als Angebot genügen, wenn sich durch die Bezugnahme auf eine außerhalb der Erklärung bestehende Mengeneinheit die Menge der Ware mit einem im praktischen Leben

[426] *Santos/ Toé*, 374.
[427] *Posch*,198.
[428] *Piltz*, 108.
[429] Dazu *Piltz*, *108.*
[430] *Honsell*, 102.
[431] *Posch,* 198.

brauchbaren Grad an Gewissenhaftigkeit ergibt[432] aber zweifelhaft, wenn commercial quantities ausreichend als Mengenangabe angesehen wird[433].

Zur stillschweigenden Festsetzung sind ein Angebot hinsichtlich der Bestimmtheit des Preises in conreto im Sinne des Art 14 CISG ausreichend, wenn die Parteien einen Preisrahmen vereinbaren. Auch Anhaltspunkte aus der Vereinbarung zur Festlegung des Preises können sich aus der Qualität der gelieferten Ware ergeben[434]. Der Vorteil der Überprüfung des Kaufpreises sowie Mengenangabe durch Parteiverhalten (Art 8 sowie anhand der beachtlichen Gebräuche und Gepflogenheiten (Art 9)) wurde in der Lehre befürwortet. Diese sorgfältige Überprüfung kann zu einer an den Vorstellungen der Parteien orientierten Preisfeststellung führen[435] . Diese Ansicht wird in der OHADA geteilt.

Wie schon im UN-Kaufrecht ist die Erfordernis im OHADA-Recht hinsichtlich des Kaufvertragsangebots nicht als Maximum anzusehen. Der Normengeber in der OHADA erkennt Anhaltspunkte als ausreichend, die aufgrund vertraglicher Absprachen, beachtender Gebräuche und zwischen den Parteien entwickelten Gepflogenheiten die gegebene Zeit, Ware, Liefermenge und Kaufpreis bestimmen können(Art 241 Abs 2 iVm 239 AU.DCG).

Die Waren werden regelmäßig zu einem festen Preis verkauft, es gibt bereits Preislisten oder Bindungspreise. Hinsichtlich der Ware soll naturgemäß die Bestimmtheit stärker über deren Natur, Typ, Marke sowie Performance geprägt werden als über deren Quantität. Insofern kann sich der Anbietende beispielsweise zum Kauf der gesamten Produktion verpflichten oder wenn der Kaufvertrag dem Dienstleistungsvertrag näher steht. Gleiches soll für den Softwarekauf gelten, wenn die Lizenzbedingungen vorliegen[436]. Dagegen ist eine objektive Bestimmungsklausel nicht anzunehmen, wenn die Angebote inhaltlich lediglich eine Verknüpfung von Eigenschaft der Ware und begleitenden Preisvorstellungen vornehmen - hier liegt die erforderliche

[432] *Honsell*, 102;LG Oldenburg CISG-Online Nr 189 12 O 2943/94/28.2 1996
[433] *Honsell*, 102.
[434] *Posch,*198.
[435] *Piltz*, 108.
[436] *Honsell*, 101.

Bestimmtheit nicht vor[437] ZB mittlerer bis besserer Qualität mit einer „Preisspanne von DM 35 bis DM pro Stück“[438]

Es ist nicht erforderlich bereits in dem Angebot eine konkrete Fixierung zu geben. Auch wenn eine Preisangabe in einem Angebot fehlt, kann sich der Preis aus den Umständen des Geschäfts ergeben. Obwohl die Preisangabe nicht zu jeder einzelnen Position eines Angebots erforderlich ist, müssen jedenfalls die Preise im Zusammenhang mit den liefernden Waren bestimmt werden. Die Bestimmtheit des Preises kann aus den Absprachen der Parteien oder den besonderen Begleitumständen des Vertragsabschlusses hervorgehen (die Bestimmung im Vertrag selbst, offen lassen und bis zu einem späteren Zeitpunkt, durch einen Dritten, eine oder beide Parteien). Demzufolge wurde auch in der OHADA der Grundsatz des Preisbestimmtheitserfordernisses erkannt. Im Hinblick auf den Art 241 Abs 2 letzter Satz iVm 248 AU.DCG besteht kein wirksames Angebot bzw Kaufvertrag, wenn es keine Preisangabe gibt oder diese durch die Absprachen der Parteien oder spezifischen Begleitumstände (ZB gewechselter Schriftverkehr oder geleistete Anzahlung, die Art der Ware sowie die sonstige, unbeanstandete Vertragserfüllung) des Vertragsabschlusses bestimmt werden kann.

Das UN-Kaufrecht regelt den von dem Käufer zu zahlenden Preis für den Fall, dass eine Preisfestsetzung nach den vertraglichen Absprachen gerade nicht möglich ist (Art 55 UN-Kaufrecht). Daher widersprechen der Vorschrift des Art 55 die Bestimmungen des Art 14. Abs 1 UN-Kaufrecht, wonach das Angebot und der Kaufvertrag ohne Preisbestimmtheitserfordernis nicht wirksam Zustandekommen kann[439]. Der offene Widerspruch war auch im alten AU.DCG des Fünften Buches der OHADA erkennbar (alter Art 210 al 2 und neuer Art 235 AU.DCG), allerdings war der Widerspruch nicht so stark wie im UN-Kaufrecht und hatte darüber hinaus im Vergleich zum Art 55 UN-Kaufrecht weniger Anlass zu Gegenstimmen in der Lehre ableiten, gelassen[440]. Gemäß Art 241 Abs 2 iVm 248 Abs 1 des neuen AU.DCG Vom 15. Dezember 2010 besteht keinerlei Widerspruch mehr. Nach Art 248 Abs 1 AU.DCG kann ein Kaufvertrag auch ohne Preisangabe wirksam abgeschlossen werden, sofern eine diesbezügliche,

[437] *Honsell,* 10*3.*
[438] a.A. OGH CISG-Online Nr117 (10.11.1994,2 Ob 547/93); MünchKommBGB/Gruber, Art 14 Rn 18; kritisch MünchKommHGB/*Ferrari,* Art 14 Rn30; *Magnus* IPRax 1996, 145, 147 f..
[439] *Piltz,* 108*; Haberl,*13.
[440] *Santos/Toé*, 384.

ergänzende Vereinbarungen unter berücksichtigenden Begleitumständen den offengelassenen Preis heilen kann. Gleiches gilt für mindestens Bestandsinhalte eines Angebots, wenn die Parteien diese nachträgliche selbst bestimmen können oder durch eine Dritte. Von der abhängig nachträglichen Bestimmung durch lediglich eine Partei ist völlig offengelassen.

Da die Parteien beim Vertragsabschluss ab und zu keine nötigen Informationen zur Preisangabe haben (oder der Käufer es eilig hat und unbedingt die Waren bei sich haben will[441], lassen sie die Festlegung des Preises im Angebot zunächst offen. In diesem Fall geht Art 248 Abs 1 AU.DCG ausdrücklich davon aus, dass solcher Kaufvertrag ohne Preisfestsetzung wirksam zustande kommen kann, sofern die Parteien auf den Marktpreis zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses berufen können (Art 263 Abs 2 AU.DCG). Eine Orientierung am Gewicht der Ware ist nachvollziehbar (Art 265 AU.DCG). Bei der gleichen Situation sieht Art 55 hingegen vor, dass „die Parteien sich stillschweigend auf den Kaufpreis bezogen haben, der bei Vertragsschluss allgemein für derartige Ware berechnet wurde, die in dem betreffenden Geschäftszweig unter vergleichbaren Umständen verkauft wurde“. Ob der OHADA-Verfasser dem inter-amerikanischen open price Rechnung trägt, wurde in der Literatur bestritten[442]. Einerseits ist die Preisangabenerforderdnis in den Entwicklungsländern und in einigen Staaten typisch und andererseits ist diese Forderung nach Preisfestlegung in Ländern mit Händlertradition nicht notwendig ZB Art 212 schweizerisches Schuldrecht[443]. Das OHADA-Kaufrecht hat das herrschende Prinzip im Commun Law nunmehr daher verankert.

Von einer Berufung auf Art 55 ist in concreto abzusehen, wenn ein Vorschlag auf Abschluss eines Vertrages, der unter Berücksichtigung der Begleitumstände jegliche Anhaltspunkte (wie stillschweigende Preisabsprachen, bewusst offengelassene Preise sowie sonstiges Abbedingen der Preisbestimmbarkeitserfordernis) zur Bestimmung des Kaufpreises nicht vermissen lässt. Folglich muss vermieden werden, dass die Annahme der dargelegten Anhaltspunkte nicht überdehnt werden[444] Stellt sich im Ergebnis heraus, dass ein Vorschlag auf Abschluss eines Vertrages vorliegt, der auch unter Berücksichtigung der Begleitumstände keine Anhaltspunkte zur Bestimmung des

[441] *Audit*, 59.
[442] *Schroeter* , cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblioschroeter.htm/#2; *Entwurf zum Vertragsrecht*
[443] *Audit*, 59.
[444] Dazu *Piltz,* 109

Kaufpreises umfasst, dann greift dementsprechend die Vermutungsregel des Art 55 UN-Kaufrecht[445]. Der Art 55 hat keine Bedeutung für die Vertragsgestaltungen, bei denen aufgrund des Vorbehaltes nach Art 92 oder aufgrund eines Vertragsabschlusses außerhalb des Angebotes ein Annahme–Mechanismus im Sinne des Art 14 ff besteht. Nämlich Verträge, bei denen kein Hinweis auf ansatzweise Anhaltspunkte zur Bestimmung des Kaufpreises erkennbar ist und daher wird dogmatisch der Vorrang der Parteiautonomie, Art 6 und 9, vor der Regelung in Art 14 dargestellt[446].

Diese Art zu Rettung des Vertrages angesichts der Art 55 UN-Kaufrecht und alter Art 235 AU.DCG darf nicht überdehnt werden, sodass die Annahme einer „stillschweigenden Preisabsprache, eines bewussten Offenlassens des Preises oder eines sonstigen Abbedingens der Preisbestimmbarkeitserfordernisses [lediglich erfolgt], wenn sich aus dem Vertrag oder den begleitenden Umständen - wie zum Beispiel dem gewechselten Schriftverkehr oder den geleisteten Anzahlungen, der Art der Ware oder der sonstigen, unbeanstandeten Vertragserfüllung - Hinweise dafür ergeben, dass die Parteien in eben einem solchen Sinne verfahren wollten“ Damit wird vermieden, dass ein Angebot bzw ein Kaufvertrag ohne Rechtsbindungswillen der Erklärenden zustande kommt. Wenn ein Angebot aufgrund mangelnder Anhaltspunkte zur Konkretisierung des Preises beeinträchtigt ist, kann die im nationalen Recht vorgesehene Regel[447] (Im Zweifel kann der Verkäufer den Preis bestimmen) die Unwirksamkeit des Angebots nicht heilen.

Ungeachtet des Gültigkeitsvorbehaltes zugunsten des nationalen Rechts im Sinne des Art 4 B a kann ein wirksames Angebot ohne Preisangabe vorliegen, wenngleich nach unvereinheitlichtem nationalen Recht für die Bestimmbarkeit des Kaufpreises ein gültiger Vertragsabschuss vorausgesetzt oder die Preisbestimmung einer der beteiligten Parteien oder einem Dritten überlassen wird[448].

Art 248 AU.DCG stellt eine zwingende Regelung diesbezüglich dar. Demnach kann die Festlegung nachträglich oder durch einen Dritte erfolgen. Begleitumstände können berücksichtigt werden. Zur objektiven und subjektiven Bestimmungsklausel, ob in der OHADA die Vereinbarung eines Preises unter Berufung auf die Preisfestlegung der

[445] *Haberl*, 13
[446] *Piltz*, 109; *Fénéon/Gomez*, 124.
[447] *Piltz*, 110.
[448] *Piltz,* 81, 82 und 108.

Konkurrenten als unwirksam erklärt wird, wie es in der französischen Rechtsprechung der Fall ist[449], ist kein Thema mehr. Den Art 241 Abs 2 iVm Art 248 Abs 1 AU.DCG[450] ist zu entnehmen, dass diese Möglichkeit eröffnet wird. Der Verzicht auf Preisabreden kann nunmehr darin liegen, dass Aspekten wie die besondere Umstände des internationalen Handels, wo häufig etwa auf Grund von Eilbedürftigkeit oder auch Vertrauen in die Seriosität eines langjährigen Geschäftspartners Rechnung den Verzicht erfordert.

Die Abbedingung des Preisbestimmbarkeitserfordernisses durch die nationale Vorschrift sowie die Überlassung des Preisbestimmungsrechts an eine Partei des Kaufvertrages sind nicht mit der OHADA-Regelung unvereinbar[451]. Trotz dieser Neuerung ist Lösung des OHADA-Rechts wenig flexibel[452]. Da die inzwischen herrschende Rechtsprechung des französischen Kassationshofs hingegen zumindest für Rahmenverträge bezüglich Handelsverträge anerkannt, dass die Preise auch nachträglich und auch nur von einer Seite festgelegt werden können[453].

Ob eine willkürliche Festsetzung des Preises durch den Bestimmungsberechtigten zur Mindestbestimmtheit führt, wird in der Literatur zum UN-Kaufrecht bezweifelt[454].

Anders verhält es sich, wenn ein nationales Recht aus anderen Gründen die Art der Preisfestlegung missbilligt, etwa weil die Vereinbarung eines Preises in fremder Währung verboten ist[455]. Das Angebot verliert seine Wirksamkeit auch, wenn die Absprache einer Preisgleit- oder Preisanpassungsklausel aus währungsrechtlichen Gründen nicht möglich ist.

2 Bindungswille

Der Bindungswille im OHADA-Recht entspricht nahezu mutatis mutandis demjenigen im UN-Kaufrecht. Nach Art 241 Abs 3 AU.DCG ist ein Angebot wirksam, wenn dieses bestimmt genug ist und den Rechtbindungswillen des Anbietenden erkennen lässt. Der alte Art 210. Abs 1 letzter Satz AU.DCG, Art 14 zweiter Satz UN-Kaufrecht und alter

[449] Cass. com 11 oct. 1978, D., 1979, 135, *Gomez*,135
[450] *Santos/Toé*, 385.
[451] .*Santos/Toé,* 385
[452] Siehe Art 6 CISG.
[453] Die Bedeutung der Art 1129 und 1591 Code Civil*, Hagge*, Anm, 349 80; Cass, JCP 1996 1.12.1995, éd.G. II, no 22565; vgl hierzu auch *Heuzé*, Anm.174.
[454] Dazu *Honsell*, 104.
[455] *Piltz*, 184.

Art 211 AU.DCG, Art 16 UN-Kaufrecht räumen den Anbietenden die Möglichkeit ein, das bereits zugegangene Angebot zu widerrufen. Der Bindungswille soll aus dem Inhalt der abgegebenen Erklärung des Anbietenden erforscht werden. Da der Bindungswille nicht der Disposition der Parteien unterliegt, muss das bindende Angebot von unverbindlichen Vorverhandlungen abgegrenzt werden[456]. Als weitere Wirksamkeitsvoraussetzung des Angebots soll der Bindungswille entweder selbst aus dem Angebot erkennbar sein oder anhand der Auslegungshilfen zum Ausdruck gebracht werden[457]. Jedenfalls liegt der Bindungswille nicht in jeder Situation vor[458]. Daher besteht kein Bindungswille, wenn es beispielsweise um bloße Anfragen nach Liefermöglichkeiten, Vorschläge zur Aufnahme vor Vertragsverhandlungen sowie freibleibend bezeichnete Angebote geht. Die Bindungsabsicht kann im Hinblick auf die Inhalte von Klauseln (wie „ohne Obligo“ oder „subject to contract“) erkennen lassen[459]. Ebenso die an bestimmte Personen gerichteten Sendungen wie die Übersendung von Katalogen, Preislisten und Werbebroschüren sowie Präsentationen im frei zugänglichen Internet lassen keinen Bindungswillen des Absenders entnehmen. Vielmehr liegt nur eine Aufforderung zur Formulierung eines Angebots vor[460]**.** Letztlich ist von Bindungswünschen nicht die Rede, wenn das Angebot für die andere Seite erkennbar nur über beschränkte Liefermengen verfügt[461] Ein Bindungswille ohne weiteres hinsichtlich der Bezeichnung „letter of intent„ oder „heads of agreements“ oder derlei Formulierungen wurde infrage gestellt. Daher soll die Bindungsabsicht in Anbetracht deklarierter Erklärungen unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles bewertet werden[462]: Dieser Aspekt soll im UN-Kaufrecht und nunmehr im OHADA-Recht berücksichtigt werden. Wie bereits dargelegt wurde, war die Offerte an mehrere unbestimmte Personen im Fünften Buch nicht vorgesehen.

Wie im UN-Kaufrecht enthält das OHADA-Kaufrecht keine Regelung zur Feststellung des Bindungswillens. In der OHADA sind auch wie im UN-Kaufrecht typische Indizien für die Annahme eines Bindungswillens entscheidend und dementsprechend „die Absicht [des Anbietenden] zur Durchführung eines Kaufvertrages zu den in der

[456] *Honsell*, 108
[457] *Piltz*, 110.
[458] *Santos/Toé*, 375.
[459] *Piltz,* 110.
[460] *Haberl,* 2009, 14.
[461] *Piltz,* 110.
[462] *Piltz,* 111

Erklärung genannten Bedingungen“[463]. Je nach Lage des Falles sind einige Indizien zur Annahme eines Bindungswillens relevant. Es handelt sich beispielsweise um Fristvorgaben in der Erklärung des Anbietenden, Formulierungen wie alternative Varianten nach Wahl des Empfängers sowie Hinweise auf dringenden Bedarf der bestellten Ware[464]**.** Weiter wurde auch das Angebot, das die abschließende Zusammenfassung des bisherigen Verhandlungsdetails beinhaltet, als Indiz zur Erschließung eines Bindungswillens betrachtet. Zudem wurde die Zusendung einer Proforma-Rechnung oder geklärte Rechnung als Bindungswille bzw als Angebot dargestellt[465]. Die Beschränkungsklauseln wie „solange der Vorrat reicht“ oder eigene Verfügbarkeit finden sich lediglich im UN-Kaufrecht[466] „Letter of intent“, „agreement in principe“ gelten als besondere Erklärung mit Bindungswillen – jedenfalls in Bezug auf die Vereinbarung bestimmter Verhaltenspflichten (zB Geheimhaltung) sowie die Durchführung einer im Internet freigeschalteten Online-Auktion wurden die Letztgenannten als Angebote mit Bindungswillen gewertet[467].

Außerdem bestehen tendenziell in der OHADA sowie im UN-Kaufrecht Bestimmheitserfordernisse (Bestimmtheit hinsichtlich des/der Adressaten, der Ware, der Liefermenge und des Preises) in der Erklärung des Anbietenden als Voraussetzung zur Annahme einer Bindungsabsicht, wobei mangels deren Bestimmtheitserfordernisse die Annahme deren Bindungsabsicht beeinträchtigt werden kann[468]. Die Beeinträchtigung der Annahme des Bindungswillens liegt nicht vor, wenn den Bestimmtheitserfordernissen im Sinne des Art 14 Abs 1 UN-Kaufrecht und alter Art 210 Abs 2(jetzt Art 241 Abs 3) AU.DCG in jeder Hinsicht entspricht. Allerdings wurde in dieser Hinsicht Zurückhaltung angesagt. Der erkennbare Bindungswille ist neben der Bestimmtheit in Art 14 Abs 1 UN-Kaufrecht und Art 210 Abs 2(Art 241 Abs 3) AU.DCG ein eigenständiges Merkmal für ein wirksames Angebot, woraufhin auch eine Erklärung, in der Adressat, Ware, Liefermenge und Preis konkret bezeichnet wird, die Bindungsabsicht verfehlen kann. Der mangelnde Bindungswille kann anhand der oben dargelegten Anhaltspunkte kompensiert werden. Um die Beeinträchtigung des

[463] *Honsell,* 108.
[464] *Piltz,* 111
[465] OLG Frankfurt CISG-Online Nr 110 4 10 U 80/ 93/4.3.1994; OLG Zweibrücken CISG-Online Nr 877 7 U 4/03/ *2.2.2004;Honsell,* 110.
[466] *Honsell*, 109. Abweichend MünchKommHGB/*Ferrari*, Art 14 Rn 8.
[467] *Piltz,* 111.
[468] *Piltz* 111.

Angebots zu vermeiden muss der Anbietende somit ernsthaft und zweifelsfrei erkennen lassen, dass er an den aufgrund einer Annahme zustande kommenden Vertrag gebunden sein will oder nicht (ZB freibleibend oder „without obligation“ oder verbindlich). Es ist den Vertragsparteien zur Kenntnis zu bringen, dass die objektive Erklärungsbedeutung des Angebots maßgebend ist. Es wird gemeint, dass bei der Feststellung des Bindungswillens durch Herangehensweise vom Erkenntnishorizont eines potentiellen Dritten der subjektiven Sichtweise eines konkreten Adressaten keine Bedeutung zukommt, auch nicht dem subjektiven Willen des Anbietenden. Wenngleich derartige Feststellung unter Berücksichtigung aller erheblichen Umstände des Einzelfalls, insbesondere die Verhandlung zwischen den Parteien, die zwischen ihnen entstandenen Gepflogenheiten sowie (spezifische) Gebräuche oder spätere Verhalten erfolgen sollen[469], wird dem Anbietenden sorgfältig ausgestaltetes Angebot empfohlen (bei Bedarf Angebot mit Widerrufsvorbehalten oder Mangel der Ernstlichkeit anzeigen), denn das fehlende Erklärungsbewusstsein sowie das Vorliegen eines Irrtums steht der Wirksamkeit eines Angebotes nicht entgegen[470]. Auch die Berufung auf nationale Vorstellungen um den Bindungswillen festzustellen kommt nicht in Frage, da der Bindungswille anhand der Sichtweise eines potentiellen Empfängers recherchiert wird. Abgesehen davon unterscheidet sich der Bindungswille von der Bindungswirkung eines wirksam abgegebenen Angebots[471]. Eine Anfechtung nach nationalem Recht ist nicht auszuschließen[472]

Außerdem geht aus dem alten Art 210 al 1 iVm 211 al 1(Art 241 Abs 3 244 Abs 1) AU.DCG; Art 14 Abs 1 iVm 15 Abs 1 UN-Kaufrecht hervor, dass das Vertragsangebot des Anbietenden erst wirksam wird, nachdem es mit Willen des Autors abgesandt und dem zugedachten Adressaten zugegangen ist. Das bedeutet, das Vertragsangebot soll nach außen zum Ausdruck gebracht werden. Da der OHADA-Gesetzgeber und UN-Verfasser für die Feststellung des Bindungswillens grundsätzlich keine besonderen Ausdrucksformen, Verwendung bestimmter Worte oder Beachtung sonstiger Äußerlichkeiten vorschreiben, steht den Parteien frei, eine Schriftform zu vereinbaren.

---

[469] Art 8 UN-Kaufrecht; Art 206 AU.DCG.

[470] *Honsell*, 108 Fraglich ist, ob fehlender Handlungswille die Wirksamkeit eines Angebots hindert.

[471] *Dazu Honsell,* Kommentar zum UN-Kaufrecht, 108. Darunter fällt zum einen die der Pateiautonomie entspringende Absicht des Anbietenden, an sein abgegebenes Angebot nur für einen bestimmten Zeitraum oder nur dem Eintritt oder bis zum Wegfall bestimmter Umstände gebunden sein zu wollen.

[472] LG Hamburg CISG-Online Nr 283 302 O 223/95(19.6.1997;*Schlechtriem/Scwenzer/Schlechtriem* (4. Aufl.), Art 14 Rn 12; MünchKommBGB/*Gruber,* Art 14 Rn 38) zitiert von *Honsell,* 108.

Sonst kommt „als Angebot […] grundsätzlich jedes Verhalten in Betracht, das zwischen identifizierbaren Parteien den Abschluss eines Kaufvertrags vorschlägt“. Wenn aufgrund eines beachtlichen Vorbehaltes des Art 96 die Einhaltung einer Form erforderlich ist, wird in der Regel im UN-Kaufrecht ein konkludentes Angebot nicht in Betracht kommen[473]. Damit ein Vertragsabschluss aufgrund eines gerichteten Vorschlags definitiv und problemlos als Angebot gilt, soll der gerichtete Vorschlag umfassend formuliert werden, sodass die Heranziehung von Art 8 UN-Kaufrecht; 206(jetzt 238) AU.DCG (vorgesehene Beurteilung aus der Perspektive eines wissenden oder eines „vernünftigen“ Empfängers) möglichst nicht infrage gekommen wird. Daher sollen die gewählte Fremdsprache (*Form oder Zugang?)*[474] oder die auf elektronischen Medien gespeicherten Mitteilungen umfassend die ernsthafte und zweifelsfreie Absicht des Anbietenden, der ein Kaufvertragsangebot eingehen will, sodass „der Empfänger diese Absicht kennt oder darüber nicht in Unkenntnis sein kann, aber eine vernünftige Person in der Situation des Empfängers die Erklärung als Offerte auffassen würde“. Dazu kommen die Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, der Verhandlungen zwischen den Parteien, die zwischen ihnen entstandenen Gepflogenheiten und Gebräuche sowie nachträgliches Verhalten, so ZB die Versendung der angebotenen Ware. Ob die nationalen Vorstellungen außer Betracht bleiben, ist lediglich im UN-Kaufrecht eindeutig[475], Da für die Feststellung des Bindungswillens lediglich die objektive Erklärungsbedeutung des Angebots maßgebend ist (für die Feststellung nicht die subjektive Sichtweise des konkreten Adressaten (fraglich ist bei fehlendem Handlungswillen, aber nicht fehlendem Erklärungsbewusstsein oder Vorliegen eines Irrtums), sondern die Sichtweise eines potentiellen Empfängers), wird den Wirtschaftsteilnehmern bzw Käufern und Verkäufern detaillierte Anhaltspunkte bei der Ausgestaltung der Erklärung empfohlen[476]. Um die Nachricht auf elektronischem Weg für die menschlichen Sinne verständlich zu machen wird empfohlen, dass der Anbietende Bescheid weiß, dass der Empfänger hinsichtlich elektronischer Medien über die technischen Möglichkeiten verfügt. Gleiches gilt, wenn eine Fremdsprache verwendet wird. In jenem Fall kann das Angebot schwer bewertet werden. Allerdings soll die vertretbare Ansicht unter Berücksichtigung vorbehaltlicher Absprachen, Gebräuche oder den zwischen den

[473] *Honsell* , 105.
[474] Dazu *Piltz*, 106.
[475] *Honsell;* 108.
[476] *Honsell*, 109.

Parteien praktizierten Gepflogenheiten in Anspruch genommen werden. Die gleiche Ansicht kann auch in der OHADA vertreten werden, wenn sich der Empfänger anderweitig eine Übersetzung beschaffen könnte[477]. Somit sind hier Verkäufer und Käufer gefordert, ihre Äußerung genug präzise zu machen und geeignete Mittel zu verwenden, um die Verständigung des Offerenten zu gewährleisten.

3 Wirksamkeit des Angebots

Das Angebot spielt eine wesentliche Rolle im wirksamen Zustandekommen des Vertragsabschlusses. Es ist unbestritten, dass hier kein Vertrag ohne Angebot zustande kommt. Es ist wichtig zu bemerken, dass grundsätzlich das Angebot erst wirksam sein soll. Nämlich soll es mit dem Willen des Anbietenden abgesendet und dem zugedachten Adressaten zugehen.

Die Schwierigkeiten entstehen jedoch, wenn die Willenserklärung rückgängig gemacht wird. Die beiden Kaufrechte differenzieren zwischen Rücknahme (von Angebot oder Annahme) und dem Widerruf des Angebots. (Ein Angebot in der OHADA oder im UN-Kaufrecht weicht durch die Möglichkeit des Angebots bis zur Annahme durch den Angebotsadressaten von den ABGB-Regeln ab[478]. Anders als in der OHADA (Art 249 AU.DCG) lässt auch die Abgabe eines Angebots kein vorvertragliches Schuldverhältnis zwischen den Parteien entstehen[479]. Der Widerruf unterscheidet sich von der Rücknahme in der OHADA und im UN-Kaufrecht durch den Zeitpunkt, zu dem nach Eintreffen des Angebots eine Rücknahme nicht mehr möglich ist (das Angebot bis zum Zugang wird eben nicht als stets bindend begriffen). Während ein wirksamer Widerruf des Angebots dem Empfänger des Angebots zugehen muss, bevor dieser eine Annahmeerklärung abgesandt hat (Art 16 Abs 1, Art 211 al 2 AU.DCG), muss das Angebot wirkungslos sein, wenn die Rücknahmeerklärung dem Empfänger (wenngleich durch Befristung oder sonstige Weise zum Ausdruck gebracht wird, dass es unwiderruflich ist, oder der Empfänger vernünftigerweise annehmen durfte, dass das Angebot unwiderruflich sei) vor oder gleichzeitig(lediglich im UN-Kaufrecht) mit dem Angebot zugeht (Art 15 Abs 2).

[477] *Santos/Toé*, 374.
[478] *Haberl*, 14.
[479] *Honsell*, 112.

Wenngleich im OHADA-Recht die Rücknahme des Angebots nicht wie im UN-Kaufrecht ausdrücklich vorgesehen ist, wird dieser Aspekt in der Literatur behandelt[480]. Mit der Begründung, dass die OHADA die Empfangstheorie implementiert. Das Angebot wird erst grundsätzlich mit Zugang beim Empfänger wirksam (Art 211(jetzt 244) AU.DCG).

Nachstehend werden die Regelungen zur Beurteilung der Bestandsdauer eines Angebots untersucht. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass die beiden Regelwerke keine Bestimmungen enthalten, die die Rechts- und Geschäftsunfähigkeit, Ableben und Insolvenz einer Partei betrifft. Ebenso werden lediglich im UN-Kaufrecht weder Aussagen zu vorvertraglichen Schuldverhältnissen bei der Beurteilung eines Angebots (daher kann ein Angebot oder eine invitatio ad offerendum uneingeschränkt geändert zurückgenommen werden) noch Aussagen zur Qualifikation der Allgemeinen Geschäftsbedingungen als Bestandteil eines Angebots getroffen[481]. Zur Vermeidung möglicher Unwägbarkeiten aufgrund der erwähnten Situationen wird daher den potentiellen Vertragsparteien empfohlen, für eine eindeutige Fixierung des letztlich gefundenen Verhandlungsergebnisses Sorge zu tragen. Die Vertragsparteien sollten sich insbesondere bei länger dauernden Vertragsverhandlungen mit sich überschneidenden oder teilweise ausbleibenden sowie sich widersprechenden Äußerungen der Beteiligten (möglicherweise zum Teil schriftlich und/oder mündlich formuliert oder konkludent manifestiert werden) und daraus resultierten Schwierigkeiten das Vertragsangebot und/oder die Vertragsannahme präzise identifizieren[482].

3.1 Wirksamwerden des Angebots

Grundsätzlich wird das Angebot mit Zugang beim Empfänger wirksam (244 Abs 1 AU.DCG ist dem Art 15 Abs 1 CISG entsprechend). Nach altem Art Art 218 AU.DCG gehen mündlichen Erklärungen zu, sobald sie dem Empfänger gemacht werden. Die nicht mündlichen, sondern unter Einsatz eines anderen Mediums gemachten Erklärungen gehen zu, wenn sie dem Adressaten an seiner Niederlassung oder Postanschrift zuggestellt werden. Augenmerk ist, dass der Zugang im OHADA-Kaufrecht insoweit wie in Art 24 CISG war. Im Gegensatz zum UN-Kaufrecht fand die

[480] *Fénéon/Gomez,* 125.
[481] *Honsell*,112.
[482] *Piltz*, 104.

hilfsweise Zustellung an einen abweichenden gewöhnlichen Aufenthaltsort des Adressaten keinen Eingang(211 al 1 iVm Art 218 AU.DCG). Seit der Handelsrechtsreform vom 15. Dezember 2010 ist im OHADA-Handelskaufrecht eine mit Art 24 CISG vergleichsweise Bestimmung verschwunden. Wie in conreto ein Zugang des Angebots erfolgt, bleibt daher offen. Ob der „Droit commun" gemäß Art 237 AU.DCG in dieser Situation heranzogen werden oder eher der alte Art 218 AU.DCG (als historische Auslegungsmethode), ist fraglich. Es ist bedauerlich, dass ein so wichtigster Punkt schaffende Klarheit für Wirksamwerden des Angebots offengelassen wird. Wann die Rücknahme erfolgt, ist ausdrücklich nicht geregelt. Dem Regelungsgehalt des Art 242 Abs 1 AU.DCG lässt sich diese entnehmen. Demnach wird das Angebot erst wirksam, nachdem es dem zugedachten Adressaten zugegangen ist. Bis zu diesem Zeitpunkt steht konsequenterweise dem Anbietenden frei, das Angebot zurückzunehmen. Die Rücknahme eines Angebots hat Rechtfolgen. Ein Unterschied zwischen beiden Regelwerken liegt im Bereich des gezeitigten Zugangs des Angebots und dessen Rücknahme. Art 15 Abs 2 CISG hat ausdrücklich diesen Aspekt vorgesehen, wonach eine entsprechende Erklärung dem Empfänger vor oder gleichzeitig mit dem diesem Angebot zugeht.

3.1.1 Rücknahme

Ob durch die Abgabe eines Angebots nach nationaler Vorstellung ein vorvertragliches Schuldverhältnis zwischen den Parteien entstanden ist, ob die Allgemeinen Geschäftsbedingungen als Bestandteil eines Angebots qualifiziert werden sollen, soll die dargestellten Situationen der Dispositionsfreiheit zur Rücknahme des Angebots nicht beeinträchtigen, wenn die Rücknahmeerklärung dem zugedachten Adressaten, vor oder gleichzeitig mit dem Angebot zugeht. Anders als das UN-Kaufrecht wird beim Wirksamwerden eines Angebots in der OHADA ein gleichzeitiger Zugang beim Empfänger nicht erwähnt[483]. Die Parteien können abweichende Vereinbarungen treffen. Ob das Angebot widerruflich oder unwiderruflich erklärt wird, beeinträchtigt diese Erklärungen der Rücknahme nicht(Art 15 Abs 2)[484]**.** Demnach ist die Rücknahme also dann wirksam, wenn die Rücknahmeerklärung die Angebotserklärung entweder überholt oder zumindest einholt. Die Gleichzeitigkeit bedeutet nicht die zeitgleich

[483] Dazu *Hagge*, 81, der Grund liegt darin, dass das Wirksamwerden der ursprüchlichen Annahme tatsächlich bei gleichzeitigem Zugang bewusst nicht verhindert werden soll. Gleiches muss bei der Rücknahme eines Angebots gelten; Siehe *Ngeubou*, 67.
[484] *Santos/Toé*, 376.

Kenntnisnahme der beiden Erklärungen. Für elektronische Textnachrichten wie etwa E-Mail, SMS (MMS) oder Mailbox- und Anrufbeantworternachrichten wird man auf die Reihenfolge des Eingangs der Erklärungen abzustellen haben[485]. Bei Rücknahme eines mündlichen Angebots kann bereits die Äußerung des Angebots durch eine entgegengesetzte Erklärung unmittelbar abgebrochen werden. Anders ist, wenn das Angebot umfassend durch eine Äußerung kundgetan wird. Mit Zugang der Erklärung beim Annehmenden kann das Angebot nicht mehr zurückgenommen werden. Auch ein unvollständiges Angebot liegt nicht vor. Eine Aufhebungserklärung als Widerruf nach Art 16 UN-Kaufrecht oder (zum Teil) Art 211 (jetzt 242 Abs 2) AU.DCG kann angenommen werden[486].

Zu erwähnen ist, dass nach österreichischem ABGB in einem solchen Fall gar kein Angebot vorläge[487]. Da der Anbietende mit ernsthafter und eindeutiger Absicht die Rücknahme der Aufforderung zum Abschluss eines Kaufvertrages aufheben kann, kann derartige Vorgehensweise auch bei bloßer Teilrücknahme bzw Änderung des Angebots zugelassen werden. Die Erklärung der Rücknahme ist im OHADA-Recht an keine Form gebunden. Mit Ausnahme der Fälle der Art 12, 96 ist die Rücknahmeerklärung im UN-Kaufrecht formfrei. Sodass diese weder der Kommunikationsart des Angebots entsprechen muss, noch mit dem gleichen Kommunikationsmittel wie das Angebot übermittelt werden. Die Bezeichnung „Widerruf“ statt „Rücknahme“ ist unschädlich. Stellt sich allerdings heraus, dass der Anbietende eine besondere Kommunikationsart oder ein besonderes Kommunikationsmittel verwendet hat, ist nicht auszuschließen, dass die Wirksamkeit aus diesem Grund unterbunden wird[488]. Ob die Rücknahme ausdrücklich oder konkludent erfolgt werden soll, ist unerheblich. Die Art der Abgabe der Rücknahme kann sich aus einem Verhalten des Anbietenden ergeben. Da das Wirksamwerden des Angebots dessen Zugang voraussetzt, falls dieses nicht zurückgenommen wird, wirkt auch die Rücknahmeerklärung erst beim Zugang. Unter Zugang ist maßgebend nicht die tatsächliche Kenntnisnahme von deren Inhalt durch den Annehmenden, sondern

---

[485] *Piltz*, 118.
[486] umstritten dafür *Honsell/ Schnyder/ Straub* dagegen *F errari/Kieninger/Mankowski Art 15 Rn 12; Staudinger/Magnus ,*118.
[487] Vgl *Haberl*, 14; *Koziol/Wesel*, I/12 a.114; *Piska,,* Casebook Einführung in die Rechtswissenschaften114, 115; nach österreichischem Recht tritt die Bindungswirkung bereits entsteht mit dem Zugang der Offerte an den Erklärungsempfänge.
[488] *Honsell,* 117.

allein der Zugang der Rücknahmeerklärung beim Annehmenden. Da hierbei die Empfangstheorie in beiden Regelwerken verankert wurde, ist die Kenntnis des Annehmenden von einer beabsichtigten oder auf den Weg gebrachten Rücknahme wirkungslos, sodass damit kein Untergang des Angebots besteht.

3.1. 2 Rechtsfolgen

Der Untergang des Angebots als Rechtsfolge der Rücknahme wirkt ex tunc und schließt damit einen Vertrag aufgrund der Erlöschung aus. Eine Teilrücknahme führt zum Teil zum Erlöschen. Daher kann eine trotz Rücknahme erklärte nachfolgende Annahme gegebenenfalls als neues Angebot ausgelegt werden[489]. Auch eine einmal wirksame Rücknahme kann nicht wieder zurückgenommen werden. Ebenso in der OHADA berührt eine unwirksame Rücknahme das Angebot nicht. Mit wirksamer Annahme kann der Vertrag zustande gebracht werden. Anders ist in der OHADA keine verspätete Rücknahmeerklärung vorgesehen, der Widerruf wird jedoch in beiden Regelwerken gleichermaßen bewertet (Art 16 UN-Kaufrecht, Art 211 (jetzt 242) AU.DCG)[490]. Es werden die potentiellen Vertragsparteien darauf hingewiesen, dass bei der Feststellung eines entsprechenden Erklärungsinhaltes die nach Erkenntnishorizont eines objektiven Dritten unter Berücksichtigung der Begleitumstände des Einzelfalls die resultierenden Ergebnisse entscheidend sind. Ansprüche infolge möglicherweise entstandener Schäden aufgrund einer Rücknahme können mangels schutzwürdigen Vertrauenstatbestands nicht geltend gemacht werden[491]. Zu erwähnen ist, dass die Rücknahmeerklärung unwirksam ist, wenn die Erklärung nicht ordnungsgemäß abgeben oder verspätet oder gar nicht zugegangen ist.

Zum Beweis gilt der Grundsatz, dass es jeder Partei obliegt, die von ihr geltend gemachten Voraussetzungen nachzuweisen. Wenn der OHADA-Rechtsanwender diesen Weg einschlägt, wird bedeutet: „die Beweislast für den Zugang eines Angebots oder die Ordnungsmäßigkeit und der rechtzeitige Zugang einer Rücknahmeerklärung obliegt stets derjenigen Partei, welche sich auf das Zustandekommen oder die Unwirksamkeit eines Vertragsschlusses beruft.

---

[489] Idem, 117; *Piltz*, 118.
[490] Dazu *Hagge*, 82, Die Grundregel zum Widerruf entspricht aber auch dem bisher in den Mitgliedstaaten geltenden französischen Recht; vgl *Chabas*, Rev. Trim. Dr.civ. 1981, 849f.; *Caitant/Terré/Lequette*, Fälle Nr. 144/145; *Terré/Simler/Lequette*, Rn 164.
[491] *Honsell,* 119

Den Einwand, die jeweilige Erklärung sei ohne den Willen des sich Äußernden in den Verkehr gelangt, muss ebenfalls diejenige Partei beweisen, die hieraus einen Vorteil für sich ableiten will. „Man wird dem insoweit belasteten Empfänger den Beweis allerdings insofern erleichtern müssen, als der objektiv Äußernde – im Rahmen seiner sekundären Behauptungslast – hinreichend substantiiert zum Fehlen der Entäußerung oder seines Handlungswillens vorzutragen hat.

„Die Beweislast für das Vorliegen der Wirksamkeitsvoraussetzungen eines Angebots richtet sich nach dem von nationalen Rechten unabhängigen Grundsatz, dass es stets derjenigen Partei, die sich auf die Wirksamkeit des Angebots beruft, obliegt, diese Voraussetzungen nachzuweisen“ Darum obliegt derjenigen Partei, die sich auf die Wirksamkeit eines Angebots beruft, der Nachweis des bestimmten Adressatenkreises, des Bindungswillens und der inhaltlichen Bestimmtheit. Die Feststellung der notwendigen Bestimmtheit und des erforderlichen Bindungswillens auf der Grundlage der nachgewiesenen Tatsachen ist als Rechtsfrage einzuordnen. Obwohl die Fragen der willentlichen Absendung des Angebots und des Erklärungsbewusstseins ebenfalls zum Tatbestand gehören und deshalb von demjenigen zu beweisen wären, der sich auf die Wirksamkeit des Angebots beruft, muss außergewöhnlich hier eine andere Wertung greifen. Der Einwand fehlenden Handlungswillens oder Erklärungsbewusstseins ist dem Bereich rechthindernder Einwendungen zuzuordnen. Die Beweislast liegt darum stets bei derjenigen Partei, die sich auf die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts beruft. Zwar wird insoweit darauf hingewiesen dem Erklärungsempfänger den Beweis einer subjektiven Tatsache aus der Sphäre des Erklärenden aufzubürden, sei unangemessen - insoweit kommt es aber nicht auf eine Verteilung nach Beweissphären an. Dem Erklärungsempfänger kann der Beweis insofern erleichtert werden, als der Erklärende - im Rahmen seiner sekundären Behauptungslast - hinreichend substantiiert vorzutragen hat. Macht eine Partei die Wirksamkeit des Vertrags von der Einigung über weitere Punkte abhängig, so obliegt ihr der Nachweis dieser die Wirksamkeit ausschließenden Vereinbarung“[492].

3.2 Zugang eines Angebots

Unter Zugang eines Angebots können die nach *PILTZ* und *HONSELL* dargelegten Varianten hilfsweise für den OHADA-Zugangsbegriff herangezogen werden[493] und so

[492] Dazu *Honsell,* 113.
[493] *Piltz,* 111*; Honsell,* 211.

weiter. Demnach wird als Angebot inhaltlich die zugegangene Fassung statt der abgesandten Version verstanden. Der Erklärende trägt mithin das Übermittlungsrisiko. Der zugedachte Adressat kann ein Vertragspartner oder ein Dritter sein. Hierbei weisen das OHADA- und UN-Kaufrecht unterschiedliche Sichtweisen auf. Ob der Dritte als zugedachter Empfänger vertretungs- bzw empfangsbefugt ist, wird primär in den OHADA-Bestimmungen zur Vertretungsmacht ermittelt (Art 137 und 138, 160 AU.DCG bereits ausführlich)[494] und nicht wie im UN-Kaufrecht durch Internationales Privatrecht ermitteltes maßgebliches nationales Recht. Die Empfangstheorie steht hier im Vordergrund, wobei unterschiedliche Varianten der Willenserklärungen zum Einsatz kommen können. Es handelt sich um die mündlichen Erklärungen und den Einsatz eines durch Medien verkörperte Erklärungen. Die letztere erfordert eine „Zustellung". Eine Untermauerung jeder Variante zum besten Verständnis des Zugangs des Angebots ist meines Erachtens nicht bedeutungslos. Zumal eine Rücknahme des Angebots möglich ist, wenn dies

3.2.1 Mündliche Erklärung

Nach hA geht eine mündliche Erklärung zu, wenn das verbal übermittelte Angebot des Erklärenden unmittelbar in Echtzeit zum Ohr des Empfängers stattfindet (Art. 24 UN-Kaufrecht; alter Art 218 AU.DCG). Dabei steht fest (nach überwiegenden Ansicht), dass die mündliche Erklärung weder auf bloße Entäußerung des Erklärenden noch auf das richtige Verständnis durch den Adressaten ankommt[495]. Es genügt vielmehr für den Zeitpunkt des Zugangs das Vorliegen der nach den konkreten Umständen erwartenden Vernehmbarkeit der Erklärung. Ob ein Zugang vorliegt, kann beispielsweise bei einer Rückfrage des Empfängers entscheidend sein, um den Zugang und gleichzeitig das richtige Verständnis[496] des Angebots kontrollieren zu können. Nach der Rechtsprechung „muss der Erklärende aus objektiver Sicht davon ausgehen dürfen, der Empfänger habe die Erklärung verbal aufgenommen und inhaltlich verstanden"[497]. Da das richtige Verstehen der mitgeteilten Erklärung stets Sache des Empfängers und nicht Obliegenheit des Erklärenden ist, ist bei Verständnisschwierigkeiten des Empfängers insbesondere im Rahmen eines Telefongesprächs nicht auszuschließen, dass der Zugang der Erklärung nicht wahrgenommen wird. Sofern die bestehenden Probleme dem Erklärenden bewusst

---

[494] *Santos/ Toé*, 238.
[495] *Honsell*, 213*; Piltz*, 112.
[496] *Honsell*, 231 Verständnismöglichkeit bedeutet, dass die verwendeten technischen Kommunikationsmittel ordnungsgemäß funktionieren und der Empfänger zur Kommunikation in der Vertragssprache fähig ist. Aufmerksamkeit, subjektive Verständnisbereitschaft und -fähigkeit kommen in dieser Situation nicht in Betracht.
[497] OGH CISG-Online Nr 380 Ob 191/98x(15.10.1998), *Honsell*, 213.

waren, oder er diese hätte erkennen können. Ob die Verständnisschwierigkeiten aufgrund einer Störung der Telefonverbindung oder aufgrund individueller Problemen des Empfängers - etwa Hörprobleme - auftreten, ist von der Feststellung des Ausschlusses des Zuganges unabhängig[498]. Im Sinne der beiden Kaufrechte sind mündliche Erklärungen insbesondere die ohne Einschaltung von Boten[499] unmittelbar unter Anwesenden (Parteien oder Vertreter) zu verstehen. Als mündliche Erklärungen sind aber auch verbalisierte Äußerungen über Telefon oder Funk, über Internet-Telefonie (Voip) sowie in einer Videokonferenz einzubeziehen[500]. Hingegen wird die übermittelte Erklärung durch eine Aufzeichnung etwa auf einem Anrufbeantworter oder auf einer Voice-Mailbox sowie die Teilnahme an einem Internet-Chatforum als nicht mündliche Erklärung eingestuft[501]. Trotz der Möglichkeit einer zeitnahen Reaktion kann die letzte genannte Erklärung bzw können Mitteilungen in Form einer E-Mail-Nachricht aufgrund des fehlenden Merkmals gesprochener Sprache nicht als mündliche Erklärung qualifiziert werden[502].

3.2.2 Unter Einsatz eines Mediums unterbreitetes Angebot

Der Zugang eines Angebots unter Einsatz eines Mediums (hier fehlt das Merkmal der gesprochenen Sprache oder die Unmittelbarkeit) erfolgt, wenn es dem Adressaten an seiner Niederlassung oder Postanschrift zugestellt wird. Allerdings kann auch lediglich hilfsweise der gewöhnliche Aufenthaltsort des Empfängers subsidiär als Zustellanschrift berücksichtigt werden. Dieser Weg kann vorgenommen werden, wenn die Niederlassung oder Postanschrift nicht vorhanden ist. In jeder Gestaltung dieser Art ist der Zugang des Angebots oder der Willenserklärungen verbindlich, wenn die Erklärung in den Machtbereich des vorgesehenen Adressaten gelangt ist. Mit der Vorgehensweise darf die tatsächliche Kenntnisnahme des Angebots durch den Adressaten sowie das besondere qualifizierte Zustellen wie etwa prozessrechtliche oder sonst wie durch Amtspersonen vollzogene Inkenntnissetzung nicht verlangen[503].

---

[498] *Honsell*, 214.
[499] Umstritten die Einschaltung von Boten: einerseits mangels Möglichkeit und Befugnis zur interaktiven Kommunikation kann er nicht als Bote des Erklärenden qualifiziert werden*, Piltz*, 112. Da andererseits die geäußerten Erklärungen an den Empfänger stets unmittelbar durch gesprochene Sprache erfolgen, sind die durch Mittelspersonen (Boten) auch ohne Botemacht geäußerten Erklärungen tatsächlich als „mündlich" anzusehen*, Honsell,* 214f.
[500] *Piltz*, 112*; Honsell*, 212.
[501] *Piltz*, 112.
[502] *Honsell*, 213.
[503] *Piltz,* 112.

Allerdings soll der Empfänger normalerweise und nach Umständen damit rechnen[504]. Ob zur Bestimmung des Zeitpunkts für den Zugang auf den Eingang der Erklärung in den Verfügungsbereich des Empfängers abgestellt werden soll oder auf den Zeitpunkt, „in dem die Kenntnisnahme durch den Empfänger unter gewöhnlichen Umständen erwartet werden kann", ist in der Literatur umstritten[505] . Was die Position der OHADA angeht, sollte der Rechtsanwender Klarheit schaffen, zumal praktische Bedeutung aufgrund der Gegenauffassungen und ihre Folge in Hinblick auf den Zugang einer Erklärung außerhalb der gewöhnlichen Geschäftszeiten des Empfängers einerseits und in Hinblick auf die Zeit andererseits für die Rücknahme von Willenserklärungen maßgeblich ist.

Sollte der OHADA-Rechtsanwender die Ansicht teilen, nach der der Zugang bereits bei Eingang der Erklärung im Verfügungsbereich des Empfänger angenommen wird, kann ein verbindliches Angebot oder eine Erklärung bei Nachrichten auf einem telefonischen Anrufbeantworter oder einer Voice-Mailbox zum Zeitpunkt des Abschlusses der Aufnahme vorliegen. Bei Telegramm-Schreiben sollte auch in der OHADA - wie im UN-Kaufrecht - die Bekanntgabe des Inhalts am Telefon oder die Übergabe durch die Post über den Zugangszeitpunkt entscheiden. *Honsell* Ausreichend für den Zugang von Briefsendungen ist der Einwurf in den Briefkasten oder in ein Postfach des Empfängers sowie die Übergabe an eine autorisierte Person. Der Zugang des Angebots oder der Erklärung kann unter Einsatz elektronischer Briefkästen (Telefax-, Mailbox- oder Email-Anschluss) herbeigeführt werden, wenn die Übermittlung in den Empfangsspeicher angezeigt wird oder bereits in der EDV-Anlage des Empfängers gespeichert wurde. Allerdings ist zu bemerken, dass der Zeitpunkt zu dem der Empfänger auf die Nachricht zugreift, eine besondere Rolle spielt. Solange der Erklärende und der Adressat denselben Provider benutzen, kommt es für den Zugang darauf an, ab wann der Empfänger auf die Nachricht Zugriff nehmen kann. Bis zu diesem Zeitpunkt soll der Einsatz des Providers als Bote des Erklärenden, und danach auf Seiten des Adressaten als Empfangsbote qualifiziert werden[506]. Jedenfalls ist ein Zugang bereits mit Eingang auf dem E-Mail- Server des Empfängers anzunehmen[507]. Wie im UN-Kaufrecht gehen auch in der OHADA elektronisch übermittelte Erklärungen unmittelbar

[504] Dazu *Honsell*, 216f.
[505] *Honsell*, 216 f.
[506] *Honsell*, 213, 218.
[507] CISG ADVISORY COUNCIL Opinion no. 1 (20039, Rn 28, *Honsell*, 218.

am Bildschirm zu. Ob zuvor ein Ausdruck durch Verwendung von Papier erfolgt, soll nicht davon abhängen. Gleiche Ansicht kann auch vertreten werden, wenn es um in elektronischen Medien gespeicherte Mitteilungen geht. Gelangt das jeweilige Medium in den Machtbereich des Empfängers steht dem Zugang nichts entgegen[508].

Ob die Lösung in Art 10 Abs 2 UN E-Commerce Konvention beansprucht werden soll und der Zugang einer elektronischen Nachricht unter der Bedingung des möglichen Abrufens durch den Empfänger abhängig gemacht werden soll, wurde in der Literatur verneint. (Eine autonome und systematische Auslegung steht einer pauschal direkten Anwendung der E-Commerce Konvention dem UN-Kaufrecht entgegen[509]:

Das Eintreffen des Erklärungsmittels an den Adressaten außerhalb der üblichen Geschäftszeiten oder an Feiertagen bietet keinen Anlass in der OHADA, den Zugang aufzuschieben. Der Zugang liegt vor, solange dieser dem Adressaten in der zuzurechnenden Sphäre zugeht. Entscheidend ist bei Zustellung am Niederlassungsort oder an der Postanschrift sowie am gewöhnlichen Aufenthaltsort[510] der ordnungsgemäße Eingang der Erklärung in den speziellen für die gewerbliche Kommunikation eingerichtet und ausgewiesenen installierten Empfangseinrichtungen. Diese Sichtweise kann jedoch weitgehend ohne Rücksicht auf Gebräuche oder Gepflogenheiten (abweichende Beurteilungen) vertreten werden. Da in der OHADA keine Interpretation im Sinne des Art 7 vorgesehen wurde, ist je nach Lage des Falles eine abweichende Beurteilung im Hinblick auf den Art 7 das UN-Kaufrecht in der OHADA grundsätzlich auszuschließen[511].

Eine weitere Form des Zuganges im Gegensatz zu mündlichen Erklärungen kann durch die persönliche Übergabe erfolgen. Ein verbindliches Angebot liegt daher vor, wenn beispielsweise ein Schriftstück unmittelbar an eine Person[512] an dem Ort an dem er sich gerade befindet, übergeben wird. Auf die Niederlassung, die Postanschrift oder den gewöhnlichen Aufenthaltsort des Empfängers sowie geographisch-lokale Beschränkungen muss bei persönlicher Übergabe nicht geachtet werden.

---

[508] *Honsell*, 213.
[509] Idem, 219.
[510] Dazu *Hagge*, 81, im Unterschied zur Konvention ist – die hilfsweise Zustellung an einen abweichenden gewöhnlichen Aufenthaltsort des Empfängers nicht vorgesehen.
[511] *Santos/Toé*, 363.
[512] Empfänger, Vertreter oder Bote? *Honsell* bejaht, wenn er autorisiert als erklärende verneint als nicht autorisiert Empfangsbote, *Honsell*, 219.

Entscheidend ist jedoch die Aushändigung dessen Schriftstücks an den Empfänger (natürliche Person). Auf die tatsächliche Kenntnisnahme des Schriftstücks als Voraussetzung persönlicher Übergabe kommt es nicht an. Bei einer juristischen Person wird verlangt, dass das Schriftstück an ein vertretungsberechtigtes Organ ausgehändigt wird. Daher wurde in der Literatur beispielsweise die bloße Hinterlegung eines Schriftstücks in einem Hotelfach als persönliche Übergabe verneint[513]. Anzumerken ist, dass der Umfang des Zugangs unter Berücksichtigung allgemeiner Zugangshindernisse (ZB Veränderung der Erklärung oder Übermittlungsstörung) beachtet werden soll und so weiter(Ausführlich *Honsell*[514]).

Wie oben bereits angeführt differenzieren beide Kaufrechte, ob das Angebot noch zurückzunehmen ist oder lediglich ein Widerruf vorliegt. Die erste Variante zur Rückgängigmachung einer Willenserklärung wurde bereits erwähnt (verweis auf die Rücknahme). Der Widerruf wird wie folgt dargelegt, wobei die feinen und wirkungsvollen Unterschiede in Betracht kommen sollen. Nämlich gemäß Art. 211 Abs 3 (242 Abs 3) AU.DCG soll eine Angebot bereits vor Absendung der Annahme unwiderruflich sein, wenn entweder der Verkäufer dies ausdrücklich erklärt oder er für seine Annahme eine bestimmte Frist gesetzt hat.“ Das UN-Kaufrecht lässt hierbei viele Raum für Interpretationen, wobei regelmäßig über Art 8 CISG dem Heimatrecht der Parteien ein entscheidender Einfluss zukommt“[515]

3.3 Widerruf des Angebots

Vorerst stellt sich die Frage, ob alle zugegangenen Angebote Wirkungen zeigen. Ob die Dispositionsfreiheit zur Rücknahme weiterhin besteht. Da der Anbietende aufgrund der beiden Kaufrechte keinen Anspruch mehr auf Rücknahme des nunmehrig zugegangenen Angebots hat, muss er jedoch die Wirksamkeit des Angebots mittels Widerruf bekämpfen. Allerdings wird bemerkt, dass sowohl in der OHADA (Art 242 Abs 2 AU.DCG) oder im UN-Kaufrecht (Art 16 Abs 1 CISG) der Weg zum Widerruf ähnliches ist und grundsätzlich unter Beachtung bestimmter Voraussetzungen erfolgt. Die Nicht-Beachtung kann als Rechtsfolge zur Annahme des Vertrages führen. Art 16 Abs 2 a CISG war dem alten Art 211 Abs 3 entsprechend. Eine mit Art 16 Abs 2 b

[513] *Piltz,*113.
[514] *Honsell*, 221.
[515] Dazu *Hagge*, 82, mit der Formulierung wurde gezielt auf die Unklarheiten verzichtet, die sich hinsichtlich der genauen Tragweite der Widerrufsmöglichkeit aus dem durch ähnlich gefassten Art 16 Abs 2 ades UN-Kaufrecht ergeben, insbesondere im Fall eines befristeten Angebots.

CISG vergleichbare Bestimmung fehlte, weil vermutlich der Regelungsgehalt viel Raum für Interpretation lässt. Die Heranziehung des Art 8 CISG führt regelmäßig zum Anwendung des Heimatrechts der Parteien. Dennoch wird in den neuen Art 242 Abs 3 AU.DCG jedoch die in Art 16 Abs 2 b CISG vorgeschlagene Lösung übernommen.

3.3. 1 Voraussetzungen

Der Widerruf unterscheidet sich von der Rücknahme des Angebots, indem, während die Rücknahme auf den Zeitpunkt des Zuganges der Rücknahmeerklärung abstellt ist, der Widerruf lediglich bis zum Absenden der Annahmeerklärung möglich ist[516]. Folglich liegt ein wirksamer Widerruf des Angebots vor, wenn dieser dem Adressaten des Angebots zugeht, bevor dieser eine Annahmeerklärung abgesandt hat (Art 16 Abs 1 UN-Kaufrecht). Derartiger Widerruf ist im traditionellen Common Law bekannt[517]. Der Teilwiderruf eines Angebots oder einer Publikumsofferte ist zulässig[518]. Diesem Regelwerk entspricht der Art Art 242 Abs 2 AU.DCG (früher 211 al 2) AU.DCG und stellt daher einen bedeutenden Unterschied zur österreichischen ABGB-Regel dar, „nach der in einem derartigen Fall ein Widerruf nicht möglich wäre, weil ein Angebot nur bis zur Kenntnisnahme durch den Erklärungsempfänger widerrufen werden kann“[519]. Da die Publikumsofferte nicht mehr im OHADA-Recht ausgeschlossen ist, gilt der Grundsatz nunmehr nicht lediglich im UN-Kaufrecht und gilt des Weiteren hinsichtlich des Widerrufs wie bereits angeführt. Hingegen wird gleiche Ansicht wie für die Rücknahmeerklärung geteilt, wenn die Verwendung von Fremdsprachen oder elektronischer Medien für den Widerruf zum Einsatz kommt. Wie bereits oben für die Rücknahme des Angebots angeführt, ist die Formfreiheit für die Ausübung des Widerrufs insbesondere im UN-Kaufrecht eingeschränkt (Art 12, 96). Die Art der Abgabe hingegen nicht. Sodass unerheblich ist, ob ein Widerruf ausdrücklich oder konkludent erfolgt. Dieser kann sich auch aus einem Verhalten des Anbietenden ergeben. Im UN-Kaufrecht bedarf der Widerruf wie die Rücknahme nicht der Beachtung der gegebenenfalls für das Angebot geltenden Formerfordernisse[520]. Allerdings besteht eine Ausnahme in Hinblick auf die Fälle der Art 12, 96 sowie

[516] *Haberl*, UN-Kaufrecht, 14; *Gomez*, 125.,
[517] *Audit*, 61; Dazu *Hagge,* 82, Die Grundregel zum Widerruf entspricht aber auch dem bisher in den Mitgliedstaaten geltenden französischen Recht; vgl *Chabas*, Rev. Trim. Dr.civ. 1981, 849f.; *Caitant/Terré/Lequette*, Fälle Nr. 144/145; *Terré/Simler/Lequette*, Rn 164.
[518] *Honsell*, 123.
[519] *Haberl*, 14; Vgl *Koziol- Wesel,* I/12 a, 114.
[520] *Honsell*, 123 *Honsell*, verweist auf Rücknahme.

Vorbehalte der Parteien hinsichtlich der Förmlichkeiten. Diese Auffassung kann nicht zur Gänze in der OHADA erfolgreich vertreten werden. Zumal der Vorbehalt im Sinne der Art 12, 96 nicht in der OHADA vorgesehen ist. Hingegen soll die Einhaltung der Förmlichkeit nach Parteiwillen jedoch in der OHADA beachtet werden[521]. Wie im UN-Kaufrecht soll auch in der OHADA jedes an den anderen Vertragspartner gerichtete Verhalten als Widerruf zu werten sein, wenn dieser geeignet ist, den Wunsch des Anbietenden zum Ausdruck zu bringen, seine Offerte nicht weiter aufrechtzuerhalten. Daher geht man nicht von einem Widerruf aus, wenn bei dem Destinatär spätestens aber gleichzeitig mit dem Zugang des Angebots eine Äußerung eintritt, mit der die Offerte zurückgenommen wird. Allerdings kommt diese Interpretation in Betracht, wenn keine Formerfordernisse beachten werden sollen oder der Anspruch auf Widerruf ausgeschlossen ist[522]. Wenn die Widerrufserklärung einem Empfänger des Angebots oder einem Dritten (vertretungs- bzw empfangsbefugt) zugeht, ist der Widerruf wirksam und der Widerrufende daran gebunden. Hingegen hat der Widerruf keine Wirksamkeit, wenn die Widerrufsabsicht einem Boten des Empfängers des Angebots zugeht[523]. Diese Ansicht soll im UN-Kaufrecht oder in der OHADA vertreten werden[524]. Gleiches gilt bei freier Widerruflichkeit der Offerte, wobei die andere Vertragspartei nicht etwa auf aus einem nationalen Recht bekannte Grundlagen zurückzugreifen darf, um einen Ausgleich für die Aufwendungen zu erhalten. Mit der Begründung, dass aufgrund des Widerrufs des Angebots und des damit unterbundenen Vertragsabschlusses nunmehr der Vertrag als vergeblich erwiesen ist[525]. Aus dem Art 205 Abs 1 und 2 AU.DCG wird die Möglichkeit für andere Vertragsparteien eröffnet, auf bekannte Grundlagen des nationalen Rechts zurückzugreifen. Gleichzeitig bieten sie hinsichtlich freier Widerruflichkeit dem Empfänger des Angebots die Möglichkeit, wie im UN-Kaufrecht, das Risiko eines Widerrufs zu vermeiden. Stattdessen muss der Empfänger des Angebots in der OHADA nicht auf den freien Widerruf bedacht sein, da die

[521] *Gomez*, 123.
[522] *Piltz,* 114.
[523] Idem, 114.
[524] *Santos/Toé*, 272.
[525] Dazu *Piltz*, 114.

Erforderlichkeit zur rechtzeitigen Annahme bzw Abstimmung mit den Anbietern als alternativ erscheint und nur theoretische Bedeutung hat[526]

Abgesehen von diesem kleinen Unterschied hinsichtlich der freien Widerruflichkeit der Offerte herrscht in beiden Regelwerken Einheitlichkeit über den Zeitpunkt, ab dem der Widerruf des Angebots möglich ist. Unter Bedachtnahme der Rolle des Dritten als Destinatär des Angebots (bereits in Zusammenhang mit der Rücknahmeerklärung erwähnt) kann das Angebot nicht bloß bis zur Kenntnisnahme durch den Erklärungsempfänger wie im ABGB[527], sondern bis zur Absendung der Annahmeerklärung des Empfängers widerrufen werden. Es gibt keinen Grund, in Zweifel zu ziehen, ob in der OHADA die einen Widerruf versperrende Annahmeerklärung geeignet sein muss, einen Vertragsschluss tatsächlich zustande zu bringen (dh insbesondere rechtzeitig und nicht wesentlich vom Inhalt des Angebots abweichend erfolgen). Hingegen soll selbstverständlich auch wie im UN-Kaufrecht zum Ausdruck gebracht werden, dass die Absendetheorie (der Zugang des Widerrufs findet sich nach verankerter Empfangstheorie in beiden Regelwerken Art 24 UN-Kaufrechte, 218 AU.DCG) in der OHADA in Betracht kommt. Sodass es nicht darauf ankommt, ob ein Widerruf des Angebots versperrt ist. Folglich können aus dem vorgesehenen Ablauf Ungewissheiten für den Anbietenden hervorgerufen werden. Demnach kann er zum Zeitpunkt des Widerrufs nicht immer wissen, ob die andere Seite nicht bereits die Annahmeerklärung auf den Weg gebracht hat. Diese Gestaltung erscheint im Sinne der beiden Kaufrechte als faire Kompromisslösung zwischen freier Widerruflichkeit des Angebots einerseits und Unwiderruflichkeit andererseits[528]. Aufgrund dieser Ungewissheit (ob ein Widerruf tatsächlich noch rechtzeitig zugegangen ist) „kann sich der Anbietende schützen, indem er im Angebot die Wirksamkeit der Annahmeerklärung von deren Zugang abhängig macht“ etwa wie „freibleibend bis zum Eingang ihrer Antwort“[529].

[526] *Piltz* ,114. Demnach soll „der Empfänger des Angebots entweder das Angebot alsbald annehmen, um auf diese Weise den Vertragsabschluss perfekt zu machen, oder aber eine Abstimmung mit dem Offerenten herbeiführen, sodass das Angebot für einen gewissen Zeitraum unwiderruflich gestellt wird“.
[527] *Haberl*, 14.
[528] *Piltz*, 115.
[529] *Honsell*, 126.

3.3.2 Rechtsfolgen

Die Dispositionsfreiheit zum Widerruf besteht vor der Absendung der Annahmeerklärung. Die Absendetheorie (der Annahme) wurden in beiden Regelwerken verankert[530]. Der Anbietende kann in der Regel ohne Angabe von Gründen das Angebot zum Vertragsabschluss widerrufen (der Widerruf mündlich oder durch Einsatz eines verkörperten Mediums wirkt erst beim Zugang zum Empfänger – ausführlich in *Honsell*, Kommentar zum UN-Kaufrecht, 2009, 126.[531]). Ansprüche aufgrund Widerrufs bestehen nicht[532]. Anders wäre für deliktische Ansprüche bei Arglist zu entscheiden. Allerdings kann der Widerruf im Einzelfall ausgeschlossen werden.

Der Anbietende hat beispielsweise sein Angebot ausdrücklich als unwiderruflich gestellt (Art 16 Abs 2b = Art 211 Abs 3 AU.DCG oder der Empfänger konnte vernünftigerweise darauf vertrauen und hat dementsprechend gehandelt(vorher lediglich im UN-Kaufrecht (Art 16 Abs 2 b CISG). Der Empfänger hat ZB für die Einleitung eines Produktionsprozess Maßnahmen getroffen, indem er die geeigneten Materialien oder Rohstoffe gekauft sowie aufwendige Forschung unternommen oder gegenüber einem Dritten aufgrund des Offerts eine Verpflichtung zur Aufnahme eines Vertrags vorgenommen hat[533]. Die genannte Verpflichtung kann nur erfolgen, wenn das Angebot zum Vertragsabschluss geführt wird[534]. Der Offerent soll über die Maßnahme jedenfalls nicht in Unkenntnis sein[535].

Zusammenfassend: Über die erste Situation können gesetzlich (UN-Kaufrecht Art 16 Abs 2 a und OHADA Art 211 al 3 AU.DCG) nur die entstandenen rechtlichen Konsequenzen aus dem Willen der Partei gezogen werden[536]. E ist davon zu gehen, dass Art 16 Abs 2 a CISG viel Raum für Interpretation bietet. Zumal eine Annahmefrist nicht notwendigerweise ein Widerrufshindernis darstellt.

---

[530] *Audit,* 61.
[531] Also kann bei einem mündlichen Angebot der Anbietende bis zum Abschluss des Gesprächs einen Widerruf erklären. Kommt es während des Gesprächs weder zur Annahme noch zum Widerruf, so kommt kein Erlöschen des Angebots in Betracht und somit ist Widerruf weiterhin möglich, aber nicht erforderlich*, Honsell,* 125.
[532] *Honsell*, 130f.
[533] *Audit,* 61, 62.
[534] *Gomez*, 125
[535] *Audit*, 62.
[536] *Audit*, 61

Die Vorgabe einer Gültigkeits- oder Annahmefrist kann als ein gewichtiges Indiz für eine Unwiderruflichkeit gewertet werden[537]. Die Ansicht ist jedoch nach vorherrschender Auffassung im anglo-amerikanischen Rechtskreis nicht vertretbar[538]. Demnach soll auch eine datierte Annahmefrist nicht den Ausschluss der Widerruflichkeit des Angebots bedeuten. Vielmehr bedeutet, dass das Angebot seine Wirksamkeit mit Erreichen der Frist verliert, ohne dass damit für die Dauer der Frist die Möglichkeit des Widerrufs abgeschnitten wird. Da eine Fristbestimmung für Anglo-Amerikaner nicht von vornherein stets im Sinne des Art 16 Abs 2 lit a eine Unwiderruflichkeit des Angebots darstellt, ergibt sich aus dem Art 7 der Bedarf zur einheitlichen Anwendung des UN-Kaufrechts. Im Ergebnis kann eine Beurteilung jedoch nicht allein aus der national-rechtlich geprägten Sicht der jeweils Beteiligten vorgenommen werden, um zu vermeiden, dass gleiche Sachverhalte in den einzelnen Vertragsstaaten des UN-Kaufrechts unterschiedlich bewertet werden[539].Es ist zwar richtig, dass keine intendierte einheitliche Anwendung im Sinne des Art 7 des UN-Kaufrecht ausdrücklich in der OHADA vorgesehen wurde. Dennoch besteht im Prinzip kein Zweifel nach OHADA, dass die Fristbestimmung den Schluss nahe legt, dass der Anbietende des Angebots durch die gestellte Frist dem Empfänger des Angebots einen Zeitraum zur Überlegung eingeräumt hat, bevor dessen Angebot mit Erreichen der Frist seine Wirksamkeit verliert. Im Alten Art 211 Abs 3 AU.DCG iVm Art 213 Abs 2 AU.DCG)[540] war der OHADA daher gelungen eine eindeutige Lösung zu finden. Das nachgebildet französische Recht zeichnet sich auch inhaltlich in den Art Art 242 AU.DCG iVm 246 AU.DCG ab. Wenn die Beurteilung der Sachverhalte mit besonderem Maße auf die Umstände des Einzelfalls zugeschnitten ist (Art. 211 Abs 3 (242 Abs 3 iVm Art. 213 Abs 2 (243 Abs 2) AU.DDCG) und die beispielsweise nach Art 9 des UN-Kaufrechts beachtlichen Gebräuche und Gepflogenheiten berücksichtigt, sind diese Lösungsvorstellungen in der OHADA anwendbar[541]. Die OHADA privilegiert die Bindungswirkung, nicht jedoch die Geltungswirkung nach anglo-amerikanischem Vorbild. Im Ergebnis spielt zwar in beiden Kaufrechten die Vorgabe einer Frist für die

[537] Dazu *Piltz,* 115; *Santos/Toé,* 376.
[538] Dazu *Hagge,* 82, in der Common-law-Tradition hat das Angebot grundsätzlich keinerlei Bindungswirkungsfrist. Eine Annahmefrist wird nicht notwendigerweise als Widerrufshindernis gesehen werden; *Audit*, Anm. 64; *Loewe*, Art 16 40; *Rehbinder*, in Schlechtriem, Fachtagung, 159; *Staudinger/Magnus*, Art 16, Rn.12; *Honnold*, Rn. 143.
[539] Dazu *Piltz,* 115.
[540] *Santos/Toé*, 376.
[541] *Santos/Toé*, 368; Art 207. al. 2.

Annahme des Angebots ein gewichtiges Indiz für die Unwiderruflichkeit des Angebots. Es wird in jedem Fall andererseits jedoch nicht ausgeschlossen, dass ein Widerruf der Offerte offen ist[542]. In der OHADA besteht diese Möglichkeit nicht mehr als Ausnahme[543].

Für die zweite Variante (ausdrücklich lediglich im UN-Kaufrecht Art 16 Abs 2 lit b nunmehr in der OHADA Art 242 Abs 3 AU.DCG) geht man davon aus, dass das Angebot des Offerenten dem Empfänger erkennbar ist, aber er hat zunächst weitere Untersuchungen oder Abklärungen vorgenommen, um eine mögliche abschließende Entscheidung zu treffen. Daraufhin kann er in diesem Sinne tätig werden oder auf der Basis des Angebots an einer öffentlichen Ausschreibung teilnehmen[544]. Im alten OHADA-Recht soll diese Frist anhand der Rechtsprechung im allgemeinen Zivilrecht unter Berücksichtigung der Begleitumstände, der Gegenstand des Vertrages oder Gebräuche sind, angemessen sein[545]. Der neue Art 242 Abs 3 AU.DCG bringt ausdrücklich das „soft law[546]“ ins Spiel, obwohl eine Stimme in der Literatur der Meinung ist, dass Art 16 Abs 2 b CISG zu wenig konkret und berechenbar ist[547]. Diese Ansicht ist wenig überzeugend. Zumal das OHADA-Handelskaufrecht den Gutglaubensgrundsatz fördert(Art 237 letzter Halbsatz AU.DCG). Da der Art 242 Abs 3 AU.DCG ausdrücklich diese Variante vorgesehen hat, kann die Nicht-Einhaltung der angemessenen Frist zum Schadenersatzanspruch nach Art 1382 C.civ. führen[548].

In der Literatur sind die öffentlichen Ausschreibungen sowie das Einstellen eines Warenangebots auf einer Website zur Durchführung einer Online-Auktion über Börsenwaren in aller Regel nicht frei widerruflich[549].

Die Zulässigkeit des Widerrufs verbietet, dass die andere Partei auf bekannte Rechtsbehelfe aus dem nationalen Recht zurückgreift. Es ist auch nicht gestattet, dass

---

[542] Dazu *Piltz,* 115.
[543] *Gomez*, 125; Dazu *Hagge*, 83, die eindeutige Lösung (Art 211 Abs 3 ivm 213 Abs 2 AU.DCG ist nach Vorbild des geltenden französischen Rechts „soft law“ und Gutglaubensgrundsatz stehen in OHADA IN Vordergrund; http://www.ohada.com/fichiers/newsletters/481/rapport-general-orleans.pdf, **OHADA** entre adolescence et âge adulte : une crise, 7 (23. 1.211).
[544] Dazu *Piltz*, 115.
[545] Paris, 5 février 1910, D. 1913, note *Valéry;* CCass. 1ere Civ., 21 décembre 1960, D. 1960. 417, note Ph. *Malaurie*
[546] *Hagge*, 83; *Bianca/Bonell/Eörsi*, Art 16, Anm 222; *Enderlein/Maskow/Strohbach*, Art 16, Anm 8.
[547] *Hagge,* 83.
[548] Cass.Soc. 22 Mars 1972, D. 1972.468, *Gomez*, 125.
[549] *Gomez,* 116.

sie im Falle eines verspäteten oder unberechtigten Widerrufs Schadenersatz nach Vorschriften außerhalb des UN-Kaufrecht oder OHADA geltend macht. Kommt man zum Schluss, dass der Vertrag ohne Zugangserfordernis zustande gekommen ist, (nämlich aufgrund sonstiger schlüssiger Handlungsvornahme wie etwa Absendung der Ware oder die Zahlung des Preises nach Art 18 Abs 3 UN-Kaufrecht; Art 211 Abs 1 (Art 242 Abs 2) AU.DCG oder aufgrund bestehender Zweifel hinsichtlich der Widerruflichkeit des Angebots - gewichtig im UN-Kaufrecht (verweis auf anglo-amerikanische Gültigkeits-Annahmefrist)) sind die Parteien gefordert, die Situation abzuklären, ob der Offerent trotz Kenntnis der Umstände dieser Lage den Widerruf gleichwohl aufrechterhalten will und demzufolge seine Mitwirkung an der Durchführung des wirksam abgeschlossenen Vertrages versagt, obwohl zB gemessen an Art 16 kein wirksamer Widerruf vorliegt. Die andere übrige Partei kann auf die nach Art 96 eröffneten Rechtsbehelfe (das heißt die Erschließung von Kaufverträgen nach den Bestimmungen des jeweiligen Internationalen Privatrechts der vorbehaltenden Staaten) Gebrauch machen[550]. In der OHADA wurde dessen Vorbehalt nicht vorgesehen.

Das Angebot erlischt, selbst wenn es unwiderruflich ist, sobald dem Anbietenden eine Ablehnung zugeht Art 17 UN-Kaufrecht. das wird im OHADA-Kaufrecht nicht anders gesehen (Art 211 Abs 4 (jetzt 242 Abs 4 AU.DCG). Mit dem Wirksamwerden des Widerrufs erlischt das ex tunc. Eine Annahme ist nicht mehr möglich. Gleiches gilt bei Teilwiderruf. Eine nicht ordnungsgemäße Abgabe des Widerrufs, verspätet zugegangen, ist unwirksam und kann keinen Einfluss auf die Wirksamkeit des Angebots haben.

Die Beweislast für die Ordnungsmäßigkeit der Widerrufserklärung und deren Zugang trägt diejenige Partei, die die Unwirksamkeit des Angebots geltend macht[551].

3.4 Erlöschen des Angebots

Das Erlöschen eines Angebots ist im OHADA-Recht im wesentlich nach denselben Regeln wie beim UN-Kaufrecht geregelt. Aus den Regelungsgehalten des Art 211 Abs 4 (jetzt 242 Abs 4) AU.DCG =Art 17UN-Kaufrecht)iVm Art 214(jetzt 245) AU.DCG = 19 CISG ergeben sich die Situationen zur Annahme des Erlöschen eines

[550] *Santos/Toé*, 237.
[551] *Honsell*, 132f.

Angebots bzw des Unterganges des Angebots. Diese werden mit ungeregelten sonstigen Umständen wie folgt dargestellt:

Erstens spricht man vom Erlöschen des Angebots (1), sobald der Empfänger ausdrücklich oder durch sein Verhalten zum Ausdruck bringt, dass er das Angebot einmal ablehnt, und diese Äußerung zur Ablehnung dem Offerenten zugeht. Also dann mit berechtigtem[552] Zugang der Ablehnung (nämlich ohne tatsächliche Kenntnisnahme vom Inhalt durch den Anbietenden und ohne Kenntnis des Anbietenden von einer beabsichtigten Ablehnung oder vom Übermittlungsweg[553]) wird der Offerent in jeder Hinsicht frei (unerheblich ist, ob diese Äußerung zur Ablehnung ein ausgerichtetes unwiderrufliches Angebot war oder auf eine noch nicht abgelaufene Frist zur Annahme des Angebots gesetzt war) Art 242 Abs 4 AU.DCG= 17CISG. Eine bloße Teilablehnung des Angebots ist zulässig. Bei dieser Konstellation ist davon auszugehen, dass es sich um Annahme unter Ergänzungen, Einschränkungen oder sonstigen Änderungen handelt. Zur Feststellung, ob in konkretem Fall ein Erlöschen des Angebots vorliegt, sollen die Art 19 UN-Kaufrecht, Art 214 (jetzt 245) AU.DCG hinsichtlich der Annahme herangezogen bzw beurteilt werden. Das Zugangserfordernis soll auch für die konkludent zum Ausdruck gebrachte Ablehnung gelten (die sich aus den Umständen und aus der Art der Rückäußerung ergeben). Da nach Zugang der Ablehnung das Angebot hinfällig geworden ist, ist davon auszugehen, dass ein Vertrag nur zustande kommen kann, wenn ein neues Angebot infolge einer darauf ausgerichteten Annahme unterbreitet wird[554].

Die Art der Rückäußerung und sonstige Umstände sind weiter entscheidend für die Hinfälligkeit des Angebots. Folglich muss nicht stets die ausdrückliche Formulierung der Ablehnung des Angebots infrage kommen. Zur Feststellung des Angebotsuntergangs soll die Abgrenzung von einer bloßen Nachfrage, einer Anregung oder einem Änderungsvorschlag gezogen werden. „Maßgebend ist gemäß Art 8 UN-Kaufrecht, [206 (jetzt 238) AU.DCG] der Erkenntnishorizont eines objektiven Dritten unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls […] sowie Handelsbrauch oder eine Gepflogenheit der Partei“[555]. Daher sind Parteien in die Pflicht genommen, mehr

[552] Dazu *Piltz,* 122.
[553] *Honsell,* 136.
[554] Dazu *Piltz*, 116.
[555] *Honsell*, 135; *Gomez*, 122.

Umsichtigkeit bei einer konkludenten Ablehnungserklärung zu beweisen. Diese betrifft auch den Verkauf des Kaufgegenstands an einen Dritten[556].

Stellt sich heraus, wie bereits erwähnt, dass die Annahmeerklärungen gegenüber dem Angebot wesentliche Abweichungen aufweisen, gelten diese gleichermaßen als Ablehnung und stellen zugleich ein Gegenangebot dar (Art 19 UN-Kaufrecht[557], gleiches gilt in der OHADA Art 214 (jetzt 245) AU.DCG) auch wie folgt. In concreto ergibt sich die Unwirksamkeit des Angebots am häufigsten durch Rückäußerung, die erkennen lässt, dass der Angebotsdestinatär der Offerte in der vorliegenden Fassung nicht zustimmen will. Hingegen liegt kein Erlöschen des Angebots vor, wenn bloße Intentionen zur Rückfrage dem Zweck weiterer Vorbereitung auf die Entscheidung über die Annahme des Angebots dienen[558]. In sprachlicher Hinsicht geht man davon aus, dass die Ablehnung des Angebots bei der abgefassten Sprache bzw Aufzeichnungstechnik des Angebots ohne Weiteres vorliegt, wenn die Heranziehung der Ablehnung bzw Rückfrage ohne Weiteres nach Vorgaben ZB des Art 14 und 8 UN-Kaufrecht ;241 iVm 238 AU.DCG - aus der Perspektive eines Wissenden oder eines nunmehr „vernünftigen“ Offerenten - beurteilt werden kann. Entscheidend ist jedoch, wenn der Offerent die in Fremdsprache verfasste Ablehnung umfangreich beherrscht oder die auf elektronischen Medien gespeicherte Mitteilungen-Ablehnung bedienen kann. Geht man davon aus, dass der Offerent die Absicht des Empfängers kennt oder darüber nicht in Unkenntnis sein kann oder aber eine „vernünftige Person“ in der Situation des Offerenten die Erklärung als Ablehnung auffassen würde, stellt dies eine Ablehnung dar, „unabhängig davon, ob Absprachen, Gebräuche oder Gepflogenheiten im Hinblick auf die Verwendung von Fremdsprachen oder elektronischer Medien festgestellt werden können“. Die Unwirksamkeit des Angebots kann auf die Weise ohne weiteres festgestellt werden.

Zweitens erlischt jedes Angebots (2) weiter, wenn die gesetzte Frist zur Annahme des Angebots abgelaufen ist. Allerdings steht eine zuvor zugegangene ordnungsgemäße und fristgerechte Annahmeerklärung, die in der Folge zu einem Vertragsabschluss führt, dem Erlöschen des Angebots entgegen. Der Hintergrund der Regel liegt darin, dass der Anbietende keine Möglichkeit hat, sein Angebot mit einem Dritten zu

[556] *Honsell*, 135.
[557] *Honsell* , 133.
[558] Dazu *Piltz,* 116.

verhandeln[559]. Ein Angebot, in dem eine Frist gesetzt wird, soll differenzierbar behandelt werden. Soweit die Frist nicht kalendermäßig bestimmt oder bestimmbar ist oder andere Umstände über den Fristenlauf entscheiden, ist für das Anlaufen der Frist Rücksicht auf die sofortigen Übermittlungsarten zu nehmen. Hierbei handelt es sich um den Einsatz der Kommunikationsmittel wie Telefon und Fernschreiben (Art 20 Abs 1 Satz 2) sowie mittels Telefax, E-Mail, EDI oder Funk übermittelte Nachtrichten. Eine vergleichbare Bestimmung wie Art 20 CISG fehlt im OHADA-Handelsrecht. Doch sich der Regelungsgehalt dieser Bestimmung offenbar implizit aus Art 243 Abs 1 AU.DCG ergeben. Da die genannte Kommunikationstechnik ohne nennenswerten Zeitverzug für die Beurteilung der Frist erfolgt, ist hingegen eine Zeitspanne zwischen der Entäußerung einerseits und dem Eingang bei dem Destinatär andererseits anzunehmen, wenn eine Offerte mittels Schriftstück oder in Form eines elektronischen Datenträgers (wie etwa ein Brief, eine CD-ROM oder eine Diskette) körperlich in den Empfangsbereich des Destinatärs abgesendet oder befördert wird. Das Ausmaß der Zeitspanne kann nicht immer beherrscht werden, sodass die Beurteilung der Unwirksamkeit des Angebots dieser Situation berücksichtigt werden soll. Infolge der Ablehnung soll daher die verspätete Annahme keine Rechtsfolge mehr haben. Mit anderen Worten kommt kein Vertragsschluss zustande. Ebenso gilt der Untergang, wenn eine bereits abgesandte Annahmeerklärung durch eine nachfolgend abgesandte, aber früher zugehende Ablehnungserklärung überholt werden kann. Je nach Lage des Falles kann man auch von Rücknahme der Annahmeerklärung ausgehen. Stellt sich heraus, Lediglich im UN-Kaufrecht dass die Annahme- und Ablehnungserklärung dem Anbietenden gleichzeitig zugegangen ist oder gleichzeitige (oder mehrere) Erklärungen vorliegen, die aber inhaltlich widersprüchlich sind, führt dies im Zweifel zu keinem Vertragsabschluss, es sei denn der Zeitpunkt der späteren bzw der spätes abgesandten Erklärung liegt vor oder der Empfänger kann aus dem Inhalt der Erklärung einen verlässlichen Schluss ziehen. Die Grundsätze des umgekehrten Falls gelten sinngemäß, wenn eine Ablehnung durch später abgesandte Annahmeerklärung überholt oder eingeholt wird[560]. Während eine Rücknahmeerklärung der Ablehnung zulässig ist, (soweit letztere dem Anbietenden noch vor oder zumindest gleichzeitig mit der Ablehnung zugeht), ist ein Widerruf der Ablehnungserklärung nicht möglich. Darauf ist hinzuweisen, dass die Ablehnungsrücknahme zum Vertragsschluss führt, wenn in

[559] *Audit,* 62.
[560] *Honsell*, 136 f.

weiterer Folge eine Annahme vorliegt, oder die Ablehnungsrücknahme als Annahme ausgelegt wird.

Eine verspätete Ablehnungserklärung soll als Angebot auf Vertragsaufhebung oder Vertragsänderung bewertet werden[561].

Drittens stellt sich bei einem Angebot ohne festgelegte Frist (3) die Frage, ab wann das Angebot ungültig wird. Im UN-Kaufrecht geht man davon aus, dass keine Frist für die Annahme der Offerte weder in dem Angebot selbst noch in einer begleitenden Erklärung vorliegt und sich auch aus anderen Umständen nicht ergibt. Daher besteht die Annahme der Unwirksamkeit, wenn der Vollzug der Annahme außerhalb angemessener Frist stattfindet. (Art 18 Abs 2 Satz 2). Gleiches gilt in der OHADA (Art 243 zweiter Halbsatz AU.DCG). Bei einem mündlichen und dem mündlich gleichzustellenden (per Telefon oder Funk oder im Rahmen einer Videokonferenz formulierte Äußerungen) Angebot besteht die Unwirksamkeit, wenn die Angebote (vorbehaltlich anderer Absprachen oder Umstände) nicht sofort angenommen werden(Art 18 Abs 2 letzter Satz CISG[562]; Art 243 Abs 1 letzter Satz AU.DCG). Hingegen liegt eine unangemessene Annahmeerklärung (daher erlischt das Angebot) vor, wenn Umstände wie Beförderungszeiten, Überlegungsdauer der anderen Vertragspartei etc. nicht in Frage kommen[563]. Da das Angebot nur unter Berücksichtigung angemessener Frist erlöscht wird, kann nur diese Situation nach richterlichen Erkenntnissen den Zeitpunkt der Hinfälligkeit festlegen.

Schließlich kann das Erlöschen des Angebots (4) infolge eines Ereignisses wie etwa Tod, Rechts- und Geschäftsunfähigkeit und Insolvenzeröffnung des Offerenten auftreten. Da in der OHADA kein allgemeiner Grundsatz vorliegt, um die aufgrund dieser Situation entstandenen relevanten Fragen zu lösen, bemängelt die Kritik bedauerlicherweise diese Lücke[564]. Ob das nationale Recht bei der Lösung dieser

---

[561] *Honsell*, 137.
[562] *Haberl*, 18.
[563] Dazu *Hagge,* 83, die eindeutige Lösung (Art 211 Abs 3 ivm 213 Abs 2 AU.DCG ist nach Vorbild des geltenden französischen Recht. Danach ist der Verkäufer grundsätzlich nicht an sein Angebot gebunden und dieses deshalb jederzeit widerruflich, doch soll zumindest für eine nach den Umständen des Einzelfalls 2angemessene Frist" dem Adressaten erlaubt sein, sich mit der Offerte auseinander zu setzen; Cass.civ. 8 février 1968: Bull.civ., III. 52 *Audit,* Anm. 64, Fn.2; *crosio,* 30; *souchon* in *Rodière,* 35f.
[564] *Santos/Toé*, 377; *Koziol- Wesel*, I/12 a. 113. Nach österreichischem Recht bringt der Konkurs des Offerenten zum Erlöschen der Offerte, nicht aber der Tod oder der Verlust der Geschäftsfähigkeit eines Teiles oder der Konkurs der Oblaten, sofern nicht ein anderer Wille des Antragstellers aus den

Frage heranzogen werden soll, ist umstritten[565]. In der Literatur bleibt diese Frage auch im UN-Kaufrecht ungelöst. Einige Literaturmeinungen sind der Auffassung, dass das UN-Kaufrecht bei dieser Frage den anwendbaren nationalen Bestimmungen überlassen hat[566]. Die Gegenmeinungen gehen hingegen davon aus, dass das UN-Kaufrecht die Gründe für das Erlöschen einer Willenserklärung abschließend regelt[567]. Sodass nach diesen Autoren der Tod oder der Geschäftsunfähigkeit des Anbietenden nach Abgabe des Angebots keine Einfluss mehr auf die Wirksamkeit eines Angebots hat. Dem Verzicht auf diese Vorschrift im UN-Kaufrecht im Gegensatz zum Art 11 EAG liegt Uneinigkeit über den Umfang des aufzuführenden Katalogs zugrunde[568].

Auch im neuen AU.DCG des achten Buches gibt keine ausdrückliche Regelung zum Erlöschen des Angebots aufgrund des Todes oder der Geschäftsunfähigkeit des Anbietenden. Nach einer Stimme in der Literatur erlischt das Angebot mit dem Tod oder der Geschäftsunfähigkeit des Anbietenden und stützt die Auffassung auf schlichten Hinweis auf Quellen in der Literatur zum französischen Vertragsrecht. Eine Stimme findet diese Verweise aus mehreren Gründen als nicht erwiesen. Gelangt man zur Ansicht in Anlehnung an den Meinungsstreit zum CISG, dass die Regelung zum Erlöschen des Angebots Art 241- 243 AU.DCG abschließend angesehen wird, könnte so argumentiert werden, dass der Art 10 OHADA-Vertrag iVm Art 1 Abs 1 und 2 das Heranziehen weiterer Fallbeispiele anhand Art 237 AU.DCG(zur Geltung des „Droit

---

Umständen hervorgeht. Die an den Schneider gerichtete Offerte auf Anfertigung eines Maßanzuges erlischt mit dem Tod des Offerenten.

[565] Dazu *Hagge*, 85, die Bejahung eines Erlöschen des Angebot mit schlichtem Hinweis auf Quelle in der Literatur zum französischen Vertragsrecht ist aus mehreren Gründen ungenügend. In Anlehnung an den Meinungsstreit zum CISG könnte hier jedoch argumentiert werden, dass deshalb keine solche Lücke besteht, weil mit den Art 211 bis 213 AU.DCG eine abschließende Regelung des Erlöschens von Angeboten getroffen werden sollte. Das Heranziehen weiterer Fallbeispiele durch ergänzende Anwendung nationalen Recht stünde dann im Widerspruch zum OHADA-Kaufrecht und schiede somit von dem Hintergrund der Art. 10 Staats V, Art 1 Abs 2 AU.DCG aus. ; Nsie, für die Geltung des „Droit commun“ gemäß Art. 205, Penant Nr. 829, Anm. 10 mit Verweis *auf Malaurie/Aynès*, Rn. 386, wo wiederum Entscheidungen des frz. Kassationshofs angeführt werden: Cass. Soc., 14 Avril 1961, J.C.P 1961, II., 12260(Tod); Cass.civ. 20 juin 1846, D.p. 1846, I. 335 (Geschäftsunfähigkeit).

[566] Siehe *Hagg*e, 84; vgl *Audi*t, Anm 65; *Honsell/Schnyder/Straub*, Art 14,Rn 67; *Janetti Greiner* in *Hoyer/Posch*, 51; *Schlechtriem/Schlechtriem*, Rn 78; *Schlechtriem/Schlechtriem*, Art 15 Rn 8; *Witz/Salger/Lorenz*, vor Artt 14-24, Rn 8 und Art 17, Rn 2.

[567] Dazu *Hagge*, 84, nach Auffassung einiger Literaturmeinungen ist das nationale Recht bei dieser Frage zuständig. Nach anderer Ansicht regelt das CISG die Gründe für das Erlöschen einer Willenserklärung abschließend, mangels Regelung lassen Tod oder Geschäftsunfähigkeit des Erklärenden damit dessen Angebot nicht unwirksam werden; *Bianca/Bonell/Eörsi*, Art 16, Anm. 1.2.1. ; *Herber/Czerwenka*, Art 15, Rn. 7 ; *Soergel/Lüderitz/Fenge*, Art 17, Rn. 3 ; *Staudinger/Magnus* ; Art 15, Rn 14. Unentschlossen *Huber*, *RabelsZ* 43(1979), 413(441).

[568]). *Hagge*, 84 Über die Frage, ob der Konkurs als Erlöschensgrund aufgenommen werden soll, vgl S*oergel/Lüderitz/Fenge*, Art 17, Rn.3, *Staudinger/Magnus*, Art 15, Rn 14.

commun“) entgegensteht. Stellt sich fest, dass sich hier um eine Regelungslücke handelt, kommt letztendlich die Anwendbarkeit französischer Rechtsregeln, wenn Heranziehung des „ Droit commun“ gemäß 237 AU.DCG dazu führt. Augenmerk ist, dass das französische Recht als Vorbildwirkung bei dieser Frage keine klare Antwort gibt. In Anlehnung an die jüngste Rechtsprechung[569] mit Stützte auf Art 237 AU.DCG kann ich davon ausgehe, dass der Tod des Anbietenden sowie die Geschäftsunfähigkeit keinen Einfluss auf die Wirksamkeit der Offerte haben. Der Standpunkt sollte auch für das UN-Kaufrecht gelten.

II Annahme des Angebots

Die Annahme des Angebots als Voraussetzung für den Vertragsschluss wird nunmehr in den Art 243- 247 AU.DCG geregelt. Wie die Bestimmungen der alten Artt 212-217 AU.DCG befassen sich die Vorschriften des neuen AU.DCG des Achten Buches mit inhaltlichen Erfordernissen der Annahme, die Rolle des bloß passiven Verhaltens wie Schweigen oder Untätigkeit, die Frage der inhaltlichen Abweichungen, sondern auch die Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) und Rechtfolge der Annahme. Die Annahme der Offerte als Voraussetzung für den Vertragsschluss wirkt mit Zugang des Angebots. Vorbildlich ist wiederum das UN-Kaufrecht (Artt 18-24 CISG). Diese genannten Vorschriften grenzen die rechtsgeschäftlichen Zustimmungsäußerungen von anderen Erklärungen des Annehmenden im Rahmen geschäftlicher Kommunikation mit dem Anbietenden ab. Dabei wurden auch der Inhalt und die Formen einer Annahme und die zeitlichen Voraussetzungen des Wirksamwerdens normiert. Daher wird die Annahme mit Zugang beim Anbietenden wirksam (Art 18 Abs 2 UN-Kaufrecht= Art 244 Abs 1 (früher 213 Abs 1 AU.DCG).

Der Vertrag wird grundsätzlich zu dem Zeitpunkt abgeschlossen, zu dem die Annahme der Offerte wirksam wird (Art 23 UN-Kaufrecht nahezu Art 241 Abs, aber = alter Art 217 AU.DCG). Wie es im UN-Kaufrecht in der Literatur festgestellt wird[570], beruht das Vertragsschlussmodell des OHADA-Kaufrechts auf dem Konzept zweier aufeinander aufbauender Willenserklärungen. Daher wird dem Grundsatz der Privatautonomie Rechnung getragen.

---

[569] Dazu *Hagge*, 84, 85, Cass. Civ. 9 novembre 1983, J.C.P. 1984 IV, 24; Conseil d´Etat, 5 octobre 1988, J.C.P. 1989, II, 21182 mit Schlussbemerkung *Van Rymbeke*. Diese Urteile ergingen zwar nur zur Fallvariante mit dem Tod des Erklärenden, werden aber von *Gehestin,* Anm. 317, analog auf die Geschäftsunfähigkeit angewandt.

[570] *Honsell*, 141.

Erheblich Unterschied liegt beim gleichzeitigen Zugang von Rücknahmeerklärung und Annahme. Eine bisher im alten AU.DCG (Art 218) bestehende Vorschrift bezüglich mündlichen Zugang und des unter Einsatz anderen Mediums fehlt im neuen AU.DCG des Achten Buches. In Art 243 Abs letzter Satz AU.DCG wird lediglich die mündliche Erklärung ausdrücklich geregelt. Eine mit Art 20 CISG entsprechende zur Frist-Bestimmung Regelung wurde in der OHADA nicht erwähnt.

Für die Behandlung alternativer Formen des Vertragsabschlusses wie „Kreuzofferten“[571] enthalten die beiden Regelwerke keine ausdrücklichen Vorschriften. Gleiches gilt für den Dissens.

1 Inhaltliche Anforderungen der Annahme

Unter Annahme ist jede Erklärung oder jedes sonstige schlüssige Verhalten des Empfängers zu verstehen, das die Zustimmung zum Angebot ausdrückt (Art 18 Abs 1 und 3 UN-Kaufrecht, Art 243 Abs 2(früher 212 Abs 1) AU.DCG) und das dem Anbietenden zugeht (Art 18 Abs 2 CISG=Art 244 Abs 1(früher 213 Abs 1) AU.DCG). Das bloße passive Verhalten wie Schweigen oder Untätigkeit reichen allein als Annahmeverhalten nicht aus (Art 18 Abs 1 Satz 2CISG. Gleiches gilt in der OHADA (Art 243 Abs 2 letzter Halbsatz AU.DCG). Im Zivilrecht wurde längst die Ansicht in der Literatur [572]anerkannt auch in der Rsp. verankert[573].

Wenn Angebot und Annahme voneinander inhaltlich abweichen (mangels des Gebots der Deckungsgleichheit[574], auch „mirror-image rule“[575] genannt, ist entscheidend für das Prinzip von dessen consensus ad idem, ob diese Abweichungen wesentlich oder unwesentlich sind (Art 19 Abs 1 und Abs 2). Gleiches gilt nunmehr in der OHADA (Art 245 Abs 1 und 2 AU.DCG). Der in Art 19 Abs 3 CISG Beispielkatalog zur Bestimmung der Wesentlichkeitsgrenze ist nicht in den neuen AU.DCG übernommen worden.

Für die nähere Betrachtung sollte in folgenden akribisch die Erfordernisse der Annahme in Einzelnen auseinanderzusetzen.

---

[571] Vgl *Koziol/Wesel*, I/12 a, 112.
[572] Auch das Schweigen bei Personen, welche zur Besorgung bestimmter Geschäfte öffentlich bestellt worden sind, gilt nicht als Annahme, vielmehr sind die betroffenen Personen verpflichtet zu antworten. Sie haftet für den durch ihre Untätigkeit veranlassten Nachteil. Siehe *Krejci,* 269
[573] Cass.Civ, 25 mai 1870, D.P. 1870.I. 257; Cass.Civ. 24 novembre 1843, 1944. I.31; *Gomez*, 126.
[574] *Gomez*, 162.
[575] Dazu *Audit*, 68.

1.1 Art und Weise der Annahme

Da bei der Annahme gleichzeitig die Zustimmung des Angebotsempfängers über die Offerte entsteht, soll die Annahmeerklärung dem Inhalt des Art 243 Abs 2 (früher Art 212) AU.DCG und Art 18 Abs 1 Satz 1 UN-Kaufrecht entsprechen. Wie bereits angeführt soll der Empfänger die von dem Anbietenden angesprochene Offerte durch sein Verhalten gegenüber dessen Offerenten zum Ausdruck bringen, dass er dem Angebot grundsätzlich ohne weitere Vorbehalte zustimmt(Erfüllungshandlung, Gebrauchs-oder Aneignungshandlung). Also dann stellen die beiden Regelwerke keine besonderen Modalitäten (wie schriftliche Formalitäten) für die Annahme des Angebots dar[576]. Das Prinzip der Konsenstheorie wurde auch hier verankert. Allerdings kann die Feststellung des Bindungswillens und inhaltlicher Übereinstimmung anhand der objektiven Erklärungsbedeutung[577] unter Berücksichtigung aller erheblichen Umstände, insbesondere die Verhandlungen zwischen den Parteien, die entstandenen Gepflogenheiten, Gebräuche und nachträgliche Verhalten erfolgen[578]. Für die inhaltliche Anforderungen reicht ein bloß passives Verhalten wie Schweigen oder Untätigkeit nicht aus(Erläuterung ferner). Es ist anzumerken, dass die Übersendung unbestellter Ware, welche der Empfänger ungenutzt verwahrt, zu keiner Annahme führt bzw kommt damit kein Vertrag zustande[579] .

Die Annahme kann mündlich oder durch Unterzeichnung und Zurücksendung der erhaltenen „confirmation of order“ sowie durch Mitteillungen des Einverständnisses erfolgen. Vorstöße gegen das Gebot der Deckungsgleichheit können zur

---

[576] *Audit*, 63; *Gomez*, 126.

[577] Grundsätzlich ist nach Art 8 Abs 1 UN-Kaufrecht = Art 206 bzw 238 AU.DCG der subjektive Erklärungswert entscheidend, aber wenn der wirkliche Pareiwille nicht festellbar ist, so wird gemäß Art 8 Abs 2= Art 206 bzw 238 Abs 2 AU.DCG der Erklärenden an der objektiven Bedeutung seiner Erklärungen oder seines einer Erklärung äquivalenten Verhaltens festgehalten. Dabei ist die Auffassung einer vernünftigen Person in der Position des Erklärungsempfängers und unter den gleichen Umständen wie dieser entscheidend, Dazu für die OHADA vgl *Hagge*, 73; *Fénéon/Gomez*, Art 206/207, Anm.2; *Santos/Toé*, Anm. 584; für das UN-Kaufrecht vgl Audit, Anm. 45 f. ; *Herber/Czerwenka*, Art 8, Rn. 6 ; Piltz , § 2, Rn. 173; *Staudinger/Magnus*, Art 8, Rn. 17 ff.

[578] *OLG Frankfurt CISG-Online Nr594 9 U 13 /00(30.8.2000,); Hagge*, 73, anders als im UN-Kaufrecht ist die Berücksichtigung des späteren Verhaltens der Partei bei Auslegung von Erklärungen und verhalten in der OHADA nicht ausdrücklich geregelt. Die Referenz auf das spätere Parteiverhalten kann zur Sinnermittlung im Hinblick auf die bei Vertragsabschluss bestandenen Absichten dienen. Das spätere Parteiverhalten soll auch im OHADA-Kaufrecht berücksichtigt werden , wenn dieses einen Rückschluss darauf zulässt, was ursprünglich beabsichtigt war; Vgl *Karollus*, 49; *Reinhart*, Art. 8, Rn.4

[579] *Honsell*, 143 ff; Vgl *Koziol/Wesel*, I/12a, 112. Für Realangebote, wurde jemandem ohne seine Veranlassung eine Sache übersandt, so gilt das Behalten, Verwenden oder Verbrauchen nicht als Annahme (§ 864 Abs2). Der Vertrag kann somit durch eine Erklärung oder durch das Einzahlen des Preises Zustandekommen

unwesentlichen oder wesentlichen abweichenden Zustimmungsäußerung führen. Diese betrifft auch die Kreuzofferte und das Angebot mit Einbeziehung der AGB[580].

1.2 Form der Annahme

Die Annahme kann mündlich, schriftlich oder durch sonstige Modalitäten erfolgen.

1. 2.1 Mündliche Annahme

Ein mündliches Angebot muss sofort angenommen werden (Art 243 letzter Satz AU.DCG=Art 24 S2CISG). Eine sofortige Annahme bei einem telefonischen Kundengespräch gilt in der Literatur als mündliche Annahme[581] Hingegen liegt keine Annahme vor, wenn lediglich der Eingang des Angebots bestätigt wird, sodass es an einer bindenden Zustimmungserklärung der Annahme des Angebots fehlt. Gleiches gilt, wenn der Adressat des Angebots zwar Interesse an der Offerte vorbehaltlich bekundet, jedoch vor einer endgültigen Entscheidung noch weitere Aspekte abklären möchte bzw dies mit dem Zusatz „Brief folgt“ erklärt[582].

1.2.2 Schriftliche Zustimmung

Die verwendete Sprache spielt bei den inhaltlichen Erfordernissen der Annahme eine bedeutende Rolle. Die Sprache, die der Zustimmung des Empfängers zu dem Vertragsangebot dient, muss für den Offerenten verständlich sein[583]. Gleichgültig ist, ob die Zustimmung des Annehmenden in der Heimatsprache des Offerenten oder in der Sprache indem das Angebot abgefasst wird, formuliert wird. Ebenso kann die in den Verhandlungen geführte Sprache für die Zustimmung der Offerte erfolgreich verwendet werden. Sodass keine Einwendung der Anbietenden infolge mangelnder Verständlichkeit der Sprache infrage kommt[584]. Anders ist hingegen die Bewertung der Zustimmung, wenn die verwendete Sprache außerhalb der soeben gegebenen Darstellungen vorkommt. Die Annahme einer Zustimmung kommt in dieser Lage auf die individuellen Sprachfähigkeiten des Offerenten oder die beachtenden Gebräuche

[580] *Honsell*, 144.
[581] *Haberl*, 18.
[582] Dazu *Piltz*, 117 f.
[583] *Honsell*, 145.
[584] Dazu *Piltz*, 118.

oder Gepflogenheiten an. Der vorliegende Ansatz gilt auch für die Verwendung von elektronischen Mitteilungen[585].

1.2.3 Verhaltensweise Annahme

Wie bereits angeführt ist auch sonstiges schlüssiges Verhalten als Annahme zu werten. Dem Art 243 Abs 2 S1 AU.DCG = Art 18 S1 CISG lässt sich diese entnehmen. In der Judikatur wird die Leistung einer Teilzahlung als eine schlüssige Annahmeerklärung gewertet[586]. Andere Verhaltensweisen als die Annahmeerklärung kommen je nach Lage des Falles im Schrifttum in Betracht. Es handelt sich dabei etwa um einen „Auftrag an die Bank, zugunsten des Verkäufers ein Akkreditiv zu eröffnen, oder die Weisung an ein Frachtunternehmen, sich um die Beförderung der Waren zu kümmern, der Versand eines Teils der Ware sowie Versand der Ware nach Bestellung[587], der Annahme oder Verarbeitung der Ware, Zusendung verlangter Dokumente bzw die Mitteilung der Verschiebung des Liefertermins“, Produktionsbeginn sowie die Leistungsvorbereitungen in Form des Abschlusses von Deckungsgeschäften, die Einlösung eines zur vergleichsweisen Abgeltung übersandten Schecks, das Absehen von weiteren Rechtsbehelfsmaßnahmen, Leistungserbringung[588]. Hingegen wird eine konkludente Annahme ausgeschlossen, wenn die Annahmeerklärung aufgrund einer nach Art 96 (lediglich im UN-Kaufrecht) gebotenen Form beachtet wird oder die Parteien die Einhaltung einer Form vereinbart haben. Umstritten soll die Frage über eine Versendung nicht vertragsgemäßer Ware auch in der OHADA sein[589]. Die Rechtsprechung geht von einem Gegenangebot aus, wenn eine Mindermenge Ware abgesandt wird[590]. Ob die Versendung eines aliud infolge Verwechslung dazu gehört, wird in der Literatur bezweifelt. Hingegen ist anders bei bewusster Versendung einer anderen Sache. Für die Feststellung des Bindungswillens bei solcher Konstellation kommen den rein subjektiven Vorbehalten, wie etwaiger Irrtum des Annehmenden nicht in Betracht, wenn sich kein Niederschlag dafür findet, sodass jedenfalls die Versendung qualitativ mangelhafter Ware regelmäßig als nicht abweichende Erklärung angesehen sein wird. Die Partei ist gefordert, deutlich den Charakter seiner Handlung als Gegenangebot zum Ausdruck zu bringen, wenn die Ware mit anderer

[585] *Honsell*, 143.
[586] *Haberl*, 115.
[587] *(Cass. Com.25 juin 1991, Bull.Civ, no 390, Gomez,* 126.
[588] *Honsell*, 146.
[589] Vgl *Honsell*, 146.
[590] OLG Frankfurt/M. CISG-Online Nr185 5 U 209/94(23.5. 1995)

Beschaffenheit dem Anbietenden als stillschweigende Zustimmungsäußerung zum Angebot zugesandt wird[591]. Die Vorbereitung einer Annahmeerklärung ohne weiteres stellt kein annahmegleiches Verhalten dar[592].

Da die Annahme erst wirksam wird, wenn die Annahmeerklärung dem Offerenten zugegangen ist, kann bereits das Betätigen des Telefaxgeräts ohne weiteres nicht zur Annahme führen. Gleiches gilt für die Fertigung eines im Ergebnis nicht zugegangenen Schreibens.

Es wird Sorgfalt bei der Bewertung und Zurückhaltung bei der Bejahung schlüssigen Verhaltens empfohlen[593], wenn es um die Annahme eines Angebots auf Abänderung eines bereits abgeschlossenen Vertrages geht. Stellt sich heraus, dass der Käufer zur Entgegennahme der gelieferten Ware aufgrund des bereits bestehenden Vertrages seinen Pflichten nachkommt, kann man nicht vom Einverständnis mit dem Angebot auf Änderung des Vertrages ausgehen. Auch wenn im Angebot die Lieferung der Ware beinhaltet wird. Gleiche Ansicht wird vertreten, wenn die vorbehaltlose Bezahlung einer Rechnung erfolgt. Eine Zustimmung zu erstmals auf der Rechnung mitgeteilten Vertrags- und insbesondere AGB-Klauseln kommt nicht infrage, denn darüber hinaus sind „die Rechnungen schon nach ihrer kaufmännischen Funktion an sich nicht als Trägermedium für ein Angebot auf Abänderung eines bereits geschlossenen Vertrages gedacht“[594]. Im Ergebnis führt das Gegenanbot oder Schweigen zu keiner Annahme des Vertragsangebots. Es ist darauf hinzuweisen, dass „Adressat einer Annahmeerklärung nur der Anbietende einschließlich oder deren berechtigter Vertreter sein kann und „Publikumsannahme“ ausgeschlossen ist[595].

Weitere Voraussetzung für die einen Vertragsabschluss herbeiführende Annahme ist das Einigsein der Parteien über den Vertragsinhalt. Es wird damit das Entstehen eines Gegenangebots vermieden. Zuvor soll der Frage des Schweigens und der Untätigkeit sowie Schweigen auf kaufmännisches Bestätigungsschreibens nachgegangen werden. Wie im UN-Kaufrecht soll man auch in der OHADA davon ausgehen, dass ein Teilakt einer formulierten Annahmeerklärung, die im Widerspruch mit verhaltensweiser

[591] *Honsell*, 146
[592] idem, 147.
[593] Dazu *Piltz,* 119.
[594] Dazu *Piltz*, 119.
[595] *Honsell*, 143.

Annahmeerklärung steht, zur Ablehnung des Angebots führt. Bedingt der Anbietende den Zugang zu dessen Angebot kann die Absendung der Zustimmungserklärung nicht bereits durch das Betätigen des Telefaxgerätes die Zustimmungsäußerung herbeigeführt werden. Entsprechendes gilt für Fertigung eines Schreibens, das letztendlich nicht dem Offerenten zugeht. Die Tragung der Verantwortung für die Beförderung der Mitteilung bis zum Zeitpunkt des Zugangs und bei weiterem Zustellungsversuch das Zustandekommen des Vertrages zu hindern habe schwierige zugangsbedürftig formulierte Erklärung zum Ziel.

1.2.4 Schweigen und Untätigkeit

Abgesehen von formulierten Erklärungen oder aktivem Handel erhebt sich die Frage über die rechtlichen Konsequenzen des Schweigens oder schlichter Passivität des Empfängers der Offerte. Der neue Art 243 Abs 2 AU.DCG erkennt wie Art 18 Abs 1 Satz 2 UN-Kaufrecht sowie alte Art 212 Abs 2 AU.DCG, dass das Schweigen allein oder das bloße Untätigsein zu keiner Zustimmung des Empfängers zu der Offerte führt[596]. Die Ansicht wurde bereits im Zivilrecht und im Schrifttum in der Rsp. verankert[597]. Im OHADA- oder UN-Kaufrecht wurde der Unterschied zwischen dem Schweigen oder dem bloßen Untätigsein einerseits und demjenigen unter Berücksichtigung weiterer Umstände andererseits als Ausnahme ausdrücklich vorgesehen. Sodass die Zustimmungsäußerung des Adressaten durch Schweigen oder Untätigsein lediglich mit Hinzutreten weiterer Umstände erfolgen kann[598]. Es wird damit verhindert[599], dass der Anbietende einseitig festlegen kann, dass Schweigen als Annahme des Angebots gilt. Ob das Schweigen aufgrund der Umstände zur Annahme einer Zustimmung führt, hängt im Einzelfall von der bereits existierenden Vereinbarung der Parteien (Vertragsschlusswirkung) ab, wobei die Gebräuche oder zwischen den

---

[596] Auch das Schweigen bei Personen, welche zur Besorgung bestimmter Geschäfte öffentlich bestellt worden sind, gilt nicht als Annahme, vielmehr sind die betroffenen Personen verpflichtet zu antworten. Sie haftet für den durch ihre Untätigkeit veranlassten Nachteil. Siehe *Krejci*, 269.

[597] Cass.Civ, 25 mai 1870, D.P. 1870.I. 257; Cass.Civ. 24 novembre 1843, 1944. I.31, *Gomez*, 126.

[598] *Hagg*e, 86, ausnahmsweise Annahme einer Zustimmung bei wiederholten Lieferungen unter regelmäßig unveränderten Vertragsbedingungen ; Siehe *Fénéon/Gomez*, Art. 212, Anm. 2 *; Nsie*, Penant Nr. 829, Anm. 18, beide mit Verweis auf die sog. „silence circonstancié" der frz. Rechtsprechung in Cass. civ., 25 mai 1870, F.P. 1870, I 257 ; Cass. civ. 24 novembre 1943, 1944, I., 31; Art 81 Abs 3 c COCC des senegalesischen Rechts, Dazu vgl *Martin*, Rn.266.

[599] OLG Graz CISG-Online Nr 669(7.3.2002, 2R 23/02y); Cour de Cassation CISG-Online Nr 309(27.1.1998, Pourvoi B 95 – 19.448); Handelsgericht Zürich CISG-Online Nr 227HG 940513 vom 10.7.1996); *Honsell*, 147 ; OHADA in diesem Sinn (Cass.Civ., 25 mai 1870, D.P.1870.I. 257; Cass.Civ.24 novembre 1843,S.1944.I.31), *Gomez*, 126.

Parteien praktizierte Gepflogenheiten berücksichtigt werden sollen[600]. Darüber hinaus hat der erkennende Richter nach erfolgloser Auslegung des Parteiwillens eine gewichtige Position für die schlüssige Annahme der Offerte. „Je nach den Umständen des Einzelfalls muss eine Vertragspartei ihr Schweigen nach Treu und Glauben gegen sich gelten lassen“[601].

Das Schweigen auf kaufmännisches (unternehmerisches) Bestätigungsschreiben[602] bleibt ein Sonderfall. Die deutsch-rechtlichen Grundsätze zum kaufmännischen Bestätigungsschreiben sind im UN-Kaufrecht nicht anwendbar[603]. Gleiches gilt in der OHADA, es sei denn aufgrund des Parteiwillens, dessen Gebräuche sowie Gepflogenheiten die Zustimmung des Empfängers zu der Offerte rechtfertigen. Im Prinzip führt das Schweigen allein oder das bloße Untätigsein zu keiner Zustimmung der Offerte (Art 212 Abs2 AU.DCG; Art 18 Abs 1 Satz 2 UN-Kaufrecht). Allerdings kann die Zustimmung angenommen werden, wenn Indizien der Umstände dafür ausreichend sind. Beispielsweise ließ die mündliche Vereinbarung noch zu regelnde Fragen offen oder ein Formvorbehalt wurde gemacht. Dabei ist eine Unterscheidung zwischen konstitutiven und deklarativen Bestätigungsschreiben zu machen[604].

Schweigen auf kaufmännisches Bestätigungsschreiben als Sonderbehandlung (Art 14 ff UN-Kaufrecht; Art 243 ff. AU.DCG) sieht keine positiv-rechtlichen Normierungen vor. Im Einzelfall kann das Schweigen auf kaufmännische (unternehmerische) Bestätigungsschreiben wie bereits angeführt Bedeutung erlangen, wenn die Voraussetzung für die Beachtlichkeit entweder in Form von Absprachen der Parteien oder aber aufgrund Art 9 UN-Kaufrecht und Art 239 AU.DCG erfüllt ist. Da einem Bestätigungsschreiben unter Geltung des UN- oder OHADA-Kaufrechts grundsätzlich keine materiell-rechtliche Wirkung zukommt, erübrigt sich, zwischen dem kaufmännischen Bestätigungsschreiben und der bloßen Auftragsbestätigung zu unterscheiden.

---

[600] Cour d´appel de Grenoble CISG-Online Nr 574 vom 21.10.1996, *Honsell*, 147; OHADA Art 81, al 3 COCC, *Gomez,* 126); *Hagge*, 86.
[601] Dazu *Honsell*, 148.
[602] Sie sind im Geschäftsverkehr Mitteilungen über den Inhalt bereits mündlich geschlossener Verträge. Dazu gehört auch Telefax (OLG Hamm BB 1994, 1107), siehe *Krejci*, 269 f.
[603] *Honsell*, 146.
[604] *Krejci*, 270.

Es ist überzeugend, dass in der OHADA keine rechtliche Basis über die Bedeutung des kaufmännischen Bestätigungsschreibens geboten wird, wenngleich die OHADA ausschließlich handelsrechtliche bzw unternehmerische Geschäfte zwischen Kaufleuten oder Unternehmern regelt (Art 234 AU.DCG). Darüber hinaus können die wie folgt ambivalenten Einstellungen der Rechtsordnungen nicht dafür plädieren. Man kann nicht allen Geboten aus dem Sinai Berg ohne weiteres Folge leisten.

In Deutschland spielt das kaufmännische Bestätigungsschreiben hinsichtlich des Vertragsabschlusses nicht nur eine rein deklaratorische Rolle, sondern auch eine beweistechnische Funktion[605]. Beispielsweise kann nach mündlichem Abschluss eines Vertrages eine schriftliche Bestätigung erfolgen. Man geht davon aus, dass diese von der anderen Partei unwidersprochen bleibt und dass sie auch ohne vorwerfbare Unredlichkeit vom Resultat der bisherigen mündlichen Vertragsverhandlung abweicht. Stellt sich hingegen heraus, dass der Inhalt des Bestätigungsschreibens von jenem des mündlichen Vertragsabschlusses abweicht, kann das Schweigen des Empfängers dafür einerseits als Zustimmung zu dem abweichenden schriftliche Inhalt interpretiert werden. Andererseits kann die negative Einstellung gegenüber der rechtlichen Erheblichkeit des Schweigens auf kaufmännische Bestätigungsschreiben zum Ausschluss der Zustimmung des Empfängers führen[606].

Es ist auch zu bemerken, dass in der Rechtsprechung insbesondere im UN-Kaufrecht „die Bedeutung des Schweigens auf ein Bestätigungsschreiben sich aus einer zwischen den Parteien bestehenden Gepflogenheit bzw Übung ergeben [kann]“. Aufgrund lokaler oder internationaler Handelsbräuche kommt die Geltung der Grundsätze des kaufmännischen Bestätigungsschreibens jeweils am Sitz aller beteiligten Vertragsparteien in Betracht. Gleiches gilt, wenn die Parteien in den entsprechenden Rechtsordnungen regelmäßig Geschäfte abschließen oder wenn der Absender von der Rechtstradition des Empfängers Kenntnis erlangt, dass die Verwendung derartiger Schreiben konstitutive Wirkung herbeiführen muss und für den Empfänger erkennbar ist, dass der Absender dem Schreiben diese Bedeutung beizulegen beabsichtigt hat[607].

---

[605] Dazu *Piltz*, 120
[606] Dazu *Piltz,* 120
[607] *Honsell*, 147f

Nach alldem verankert der Art 243 AU.DCG den Grundsatz der Konsenstheorie. Diese wurde in ständiger Rechtsprechung anerkannt[608] . Dennoch kann das Schweigen aufgrund der Gepflogenheiten zwischen den Parteien zu einem Annahmeverhalten führen. Diese Vorgehensweise sollte für Schweigen bei kaufmännischen(unternehmerischen) Bestätigungsschreiben gelten, wenn die Absprachen, die Gebräuche oder Gepflogenheiten zwischen den Parteien entsprechend beachtet werden[609].Art 239 AU.DCG weicht von Art 1602, al 2 Cciv ab und bringt den objektiven Charakter des neuen Handelsrechts zum Ausdruck. Nach Art 1602 wird der Kaufvertrag im Zweifel grundsätzlich zu Lasten des Verkäufers interpretiert[610].

1.3 Inhaltliche Abweichungen

Wenn Angebot und Annahme voneinander inhaltlich abweichen (mangels des Gebots der Deckungsgleichheit[611], auch „mirror-image rule“[612] genannt, ist entscheidend für das Prinzip von dessen consensus ad idem, ob diese Abweichungen wesentlich oder unwesentlich sind (Art 19 Abs 1 und Abs 2). Gleiches gilt nunmehr in der OHADA (Art 245 Abs 1 und 2 AU.DCG). Der in Art 19 Abs 3 CISG Beispielkatalog zur Bestimmung der Wesentlichkeitsgrenze ist nicht in den neuen AU.DCG übernommen worden.

1.3.1 Wesentliche Abweichungen

Der Art 245 Abs 2 AU.DCG wie Art 19 Abs 2 CISG erkennt als „wesentliche Abweichungen“, wenn die Antwort auf ein Angebot Ergänzungen oder Einschränkungen beinhaltet, die die Bedingungen des Angebots wesentlich ändern. Fraglich ist, ab wann ein Angebot und Annahme inhaltlich wesentlich oder nicht wesentlich abweichen. Da der neue Art 245 AU.DCG keine Präzision bzw Beispielkatalog wie im UN-Kaufrecht (Art 19 Abs 3) dafür gibt, ist die Gegenstimme in der Literatur sichtbar. Nach einer Auffassung soll dennoch in denselben Fällen und offenbar sogar zwingend von wesentlicher Abweichung auszugehen sein. Eine Gegenauffassung hingegen wollen sich bei der Frage der Wesentlichkeit an dem in altem Art 210 Abs 1 (Jetzt 241 Abs 2) AU.DCG bestimmten Mindestinhalt des

[608] Cass.Civ 25 mai 1870; Cass.Civ. 24 novembre 1843.
[609] *Gomez*, 123; *Hagge*, 86.
[610] Dazu, *Hagge*, 73.
[611] *Hagge*, 162.
[612] Dazu *Audit*, 68.

Angebots orientieren. Der zuständige Richter des CCJA(Auslegungsinstanz) kann jenseits streitiger Rechtsmeinungen flexibel und pragmatisch auf Einzelfälle reagieren. Im Ergebnis kann die Frage des Unterschieds zwischen objektiv wesentlichen und subjektiv wesentlichen Änderung gelöst. Hilfsweise kann wie schon im UN-Kaufrecht (Art 19 Abs 3) bestehen wesentliche Abweichungen von Angebot und Annahme auf Preis, Bezahlung, Qualität und Menge der Ware, Ort und Zeit der Lieferung, sowie Haftungsumfang herangezogen werden.

Nach altem AU.DCG des Fünften Buches leitete aus dem Regelungsgehalt jedoch dieser Frage ab, eine feine aber dennoch durchaus beachtenswerte Unterscheidung zwischen den Ansätzen des UN-kaufrechts (Art 19 Abs 1, 2) einerseits und des AU.DCG (Art 214) andererseits. Art 214 AU.DCG demgegenüber kehrte das Grundsatz/Ausnahme- Verhältnis in dieser Frage um. Zunächst wurde in Abs 1 Bezug genommen auf unwesentliche Abweichungen und erst dann, in Abs 2, auf solche, die wesentlich sein sollte.[613] Da es in der OHADA auf die Normierung der Widerrufsobliegenheit eines wiedersprechenden Offerenten sowie auf eine Klarstellung, was Vertragsinhalt verzichtete werden, musste die Bewertung der Regelung des alten Art 214 AU.DCG gegenüber Art 19 UN-Kaufrecht differenziert ausfallen[614]. Die gewählte Systematik der Neigung des OHADA-Rechts gemäß alten Art 214 AU.DCG, die den Ausdruck verliehen wurde, im Zweifel einem wirksamen Vertragsschluss den Vorzug zu geben sowie das Fehlen einer exemplarischen Darstellung der Wesentlichkeitsgrenze, war zu begrüßen allerdings aus Sicht eines freien Handelsverkehrs[615]. Diese Differenzierung ist nunmehr unbedeutend, da Art 245 AU.DCG nahezu wie Art 19 Abs 1 und 2 CISG ausgestaltet ist. Dennoch wird auch in neuen Art 245 Abs 2 AU.DCG bemängelt, dass inhaltlich nicht präzise genug wie Art 19 Abs 2 S1, Letzter Halbsatz CISG ist. Es besteht eine gewisse Unsicherheit bezüglich der Frist, in der man einer modifizierten Annahme beanstanden kann. Art 245 Abs 2 dritter Halbsatz AU.DCG geht vom unverzüglichen Widerspruch „sans retard indu“ eine Ablehnung der modifizierten Annahme ohne jedoch zum Ausdruck zu bringen, ob die Unverzüglichkeit lediglich eine mündliche Ablehnung betrifft oder für abgesendete Mitteilung entsprechend gilt. Es ist zu begrüßen die Klarheit, dass die Unterlassung des unverzüglichen Wiederspruchs die Bedingungen des Angebots mit

[613] *Hagge*, 86.
[614] *Hagge*, 87.
[615] *Nguebou*, 68; *Hagge*, 87.

den in der Annahme enthaltenen Änderungen den Vertragsinhalt im UN-Kaufrecht (Art 19 Abs 2 letzter Satz CISG) bilden (Art 245 Abs 2 Satz 2 AU.DCG). Diese Punkte sollten aber in der Anwendungspraxis keine großen Probleme darstellen.

Ansonsten führen für die beiden Kaufrechte wesentliche Änderungen zur Ablehnung des Angebots und sind demzufolge als Gegenangebot zu werten (Art 245 Abs 1 iVm 2 AU.DCG; Art 19 Abs 1 iVm 2 UN-Kaufrecht). In diesem Stadium zum Vertragsabschluss können der potentielle Offerent und der Adressat abwechselnde Positionen haben[616] . Nämlich als Anbieter und Gegenanbieter.

1.3.2 Unwesentliche Änderung des Angebots

Die unwesentlichen Änderungen hingegen werden nicht als Dissens gewertet und werden daher als Vertragsbestandteil genehmigt ohne dass eine potentielle abwechselnde Position erscheint[617]. Die Rechtsprechung wendet diese Grundsätze allerdings nicht strikt an[618]. Die Literatur versucht den Umfang der Annahme infolge Zustimmungsäußerung zu klären.

1.3.2.1 Nach Schrifttum besteht kein Gegenangebot

Da die Annahme des Vertragsangebots nicht stets mit einem schlichten „Ja“ bestätigt werden muss und die Wiederholung des Angebotswortlautes nicht erforderlich ist, besteht gemäß Art 245 Abs 2=19 Abs 2 CISG kein Gegenangebot bzw abweichende Annahme, wenn der rechtliche Gehalt des Angebots unverändert akzeptiert wird. Daraufhin wird das Angebot ohne Einschränkungen (ausführlich *Piltz* und *Santos/Toé*) angenommen[619], wenn zB Schreib- oder Übermittlungsfehler, sprachliche Divergenzen sowie unrichtige Ausdrucksweisen dem feststellbaren wahren Sinn der Erklärung nicht schaden[620]. Auch die aufgenommenen Erklärungen des Anbietenden und zusätzlich Ergänzungen der Annehmenden sollen nicht von vornherein als abweichende Annahme qualifiziert werden[621]. Stellt sich heraus, dass die Annahme im Gegensatz zum Angebot lediglich die ausdrückliche Aufzählung ohnehin anwendbarer

---

[616] OLG Koblenz CISG-Online Nr 716 8 U 1909/01vom 4.10.2002, der ursprünglich Anbietende kann das Gegenangebot deshalb durch Absenden einer Auftragsbetätigung annehmen, *Honsell*, 167.
[617] *Gomez*, 127.
[618] *Haberl*, 116.
[619] *Honsell*, 163, bei unterschiedlichen materiellen erklärungsbedeutungssprachlichen Ungenauigkeiten und typographischen Fehlern ist Vorsicht geboten.
[620] Dazu *Piltz*, 132.
[621] *Santos/Toé*, 378.

Bestimmungen der beiden Regelwerke zum Ausdruck geführt hat, liegt keine wesentliche Abweichung vor. Gleiches gilt für die Abweichungen „die zwar nicht vom Wortlaut des Angebots umfasst sind, sich diese aber aufgrund einer Auslegung aufgrund von Verhandlungen, Gepflogenheiten oder einer Rahmenvereinbarung aus dem Angebot ergibt". Mangels tatsächlicher Abweichung unterliegt die Falsa demonstratio nicht den beiden Kaufrechten (Art 19 Abs 2 CISG; 245 Abs 2 AU.DCG)[622]. Da die Beurteilung einer über das Angebot hinausreichenden Annahme (wenn ZB der Annehmende statt der im Angebot genannten Menge eine größere Anzahl Waren nennt) problematisch ist, wird in der Literatur befürwortet, dass anhand einer Auslegung beider Erklärungen zu ermitteln ist, ob eine abweichende Annahme oder eine übereinstimmende Annahme mit zusätzlichem Angebot vorliegt[623].

1.3.3 Umfang der Abweichung

Die in Art 19 Abs 1 und 2 CISG; 245 Abs2 AU.DCG enthaltenen Regelungen der internationalen und regionalen Kaufrechte zu den wesentlichen und unwesentlichen Abweichungen sollen je nach Lage des Falle im Hinblick auf deren Umfang differenziert werden.

1.3.3.1 wesentliche Abweichung im Schrifttum und Rechtsprechung

Das OHADA-Regelwerk (Art 245 Abs 2 AU.DCG) hat nicht wie das UN-Kaufrecht (Art 19 Abs 3) die Aufzählung der wesentlichen Abweichung ausdrücklich vorgesehen. Nach der Literatur wird mangels Beispielkatalog zur Bestimmung der Wesentlichkeitsgrenze im Zweifel einem wirksamen Vertragsschluss den Vorzug geben[624]. Ob der CCJA- Jenseits streitiger Rechtsmeinungen- flexibel und pragmatisch auf Einzelfälle abgesicherte Lösungen anbieten kann, bleibt abzuwarten. Wie bereits angeführt, gehört wie im UN-Kaufrecht zu den wesentlichen Abweichungen Menge oder Qualität sowie der Preis, Modalitäten der Bezahlung, Ort und Zeit der Lieferung sowie Umfang der Haftung einer Partei zur Beilegung von Streitigkeiten. Ob die Aufzählung einen abschließenden Charakter darstellt, wurde in der Literatur

[622] *Honsell*, 163, Vgl *Koziol/Wesel*, I/12a. 134.
[623] Dazu *Honsell*, 164.
[624] *Hagge*, 87, nach *Nguebou*, 68 soll dennoch in denselben Fällen und offenbar sogar zwingend von einer Wesentlichkeit Abweichung auszugehen sein. Santos /Toé , Anm. 601, hingegen wollen sich bei der Frage der Wesentlichkeit an dem in Art. 210 Abs 1 (jetzt 241Abs 2) AU.DCG bestimmten Mindestinhalt des Angebots orientieren.

verneint[625], da die in Art 19 Abs 3 CISG angesprochenen Aufzählungen nicht stets zwingend zu einer wesentlichen Abweichung hinsichtlich der Annahmeerklärung führen. Grundsätzlich geht man davon aus, dass die Aufzählung einerseits die essentialia negotii und andererseits die allgemeinen Modalitäten der Vertragserfüllung umfassen. Diese geteilte Ansicht ist nicht zweifelsfrei[626](ob es sich um unwiderlegbare Vermutung oder um abdingbare Qualifizierung handelt). Denn die rechtlichen Konsequenzen des Art 19 Abs 3 CISG können aufgrund anderweitiger ausdrücklicher oder stillschweigender Absprachen der Parteien, eines Handelsbrauchs oder Gepflogenheiten relativiert und folglich widerlegt werden. Stellt sich heraus, dass der Anbietende dem Annehmenden ausdrücklich oder konkludent das Recht eingeräumt hat, eine Vertragsvereinbarung im Hinblick auf die in Abs 3 CISG angesprochenen Regelungsaspekte einseitig festzulegen, „scheidet [die Wesentlichkeit der Abweisung] auch aus, wenn es sich um eine Änderung oder Ergänzung handelt, die für den Anbietenden ausschließlich günstiger [ist] oder wenn diese rechtlich und wirtschaftlich ganz offensichtlich ohne Belang ist“[627]. Abgesehen davon führt jede nicht offensichtlich geringfügige Modifikation im Hinblick auf die zu liefernde Menge oder Qualität sowie auf den zu zahlenden Preis zu einer wesentlichen Abweichung[628]. Ob die Verschiebung des Lieferdatums unter Verweis auf vermeintlich lange Lieferfrist als geringfügige Abweichung zu qualifizieren ist, ist zweifelhaft. Vorsicht ist angesagt, wenn es um die Feststellung der Bedeutung der Änderung eines Angebots unter Berücksichtigung der Umstände geht(ZB die Forderung einer Vertragsstrafe, nach Sicherheiten oder zusätzlichen Gerichtsstandklauseln[629].

Zu den wesentlichen Abweichungen in der Rechtsprechung wurden folgende eingeordnet: Preisänderung, Zeitpunkt der Zahlung (offen gelassen von OGH CISG-Online Nr. 224 8 10 Ob 518/ 956.2.1996), Bestellung abweichender Stückzahl und weiterer Artikel, Bestellung abweichender Warenqualität bei Duran-Glas, Änderung der Verpackung bei Schweinespeck, Änderung der Lieferzeit, Schiedsklauseln.

Da die Auflistung in Art 19 Abs 3 CISG nicht abschließend ist, wurde in der Rechtsprechung eine wesentliche Abweichung ohne Rücksicht auf die angeführten

[625] *Honsell*, 164.
[626] *Honsell*, 164.
[627] OGH CISG-Online Nr 269 (20.3.1997, 2 Ob 58/97m), dazu *Honsell*, 165.
[628] Dazu *Piltz,*133.
[629] *Honsell*, 165 ff.

Regelungsinhalte angesehen. Allerdings ist für die Feststellung einer wesentlichen Abweichung auf die Abgrenzung nach den konkreten Umständen des Einzelfalls abzustellen, ob das Angebot anhand der Gesamtbewertung der konkreten Vertragsdurchführung aufgrund der Abweichung eine Veränderung erfährt, welche zu einem nennenswerten Mehraufwand führt oder das Risiko merklich vergrößert[630]. Das Gewicht der Veränderung soll aus der Perspektive einer vernünftigen Person beurteilt werden[631], (Art 8 Abs. 2 UN-Kaufrecht= Art 206(Jetzt238 Abs 1) AU.DCG). Daher ist die Voraussetzung der wesentlichen Abweichung erfüllt, wenn der Anbietende ausdrücklich betont hat, dass auf den betreffenden Vertragspunkt besonderes Gewicht gelegt werde. Es kommt hingegen keine wesentliche Änderung in Betracht, wenn der Anbietende eine redliche Beanstandung oder Änderungen zu Gunsten des Anbietenden hinnehmen würde.

1.3.3.2 Annahme mit nicht-wesentlichen Änderungen

Nach 245 Abs 2 AU.DCG oder 19 Abs2 CISG steht die Annahme mit nicht-wesentlichen Änderungen dem Vertragsabschluss nicht entgegen. Beispielsweise werden die Angaben einer abweichenden Bankverbindung oder die geringfügige Änderung der Lieferadresse sowie den Vertragspartner nicht belastende Änderungen technischer Details stets als unwesentliche Abweichungen angesehen. Gleiches gilt bei Änderungen zur Verpackung und Versendung, aber mit Einschränkungen. Die Rechtsprechung geht von unwesentlichen Abweichungen aus, wenn es um AGB-Regelungen zur Reklamationsfrist bzw Preisänderungsklausel zur Anpassung bei Preissteigerung und –verfall geht, auch bzgl Vertraulichkeitsklausel sowie Änderung der Transportkosten oder Lieferzeit[632]:

Wenngleich eine unwesentliche Abweichung der Annahmeerklärung grundsätzlich zum Vertragsabschluss mit dem veränderten Inhalt führt, steht dem Anbietenden lediglich im UN-Kaufrecht nunmehr in der OHADA das Recht zu[633], diese Konsequenz abzuwenden, indem er die fehlende Übereinstimmung der Annahme mit seinem Angebot unverzüglich (nicht sofort zu erklären, wie in Art 21 CISG ; derjenige Art besteht Im OHADA-Recht nicht), mündlich oder durch eine Mitteilung (diese soll

[630] Dazu *Piltz,* 134.
[631] *Honsell*, 166.
[632] *Honsell* , 167.
[633] Dazu *Hagge*, 86, in der OHADA wird auf die Normierung der Widerrufsobliegenheit eines wiedersprenden Offerenten Verzichtet.

ernsthaft und zweifelfrei sein, die in Art 12, 96 CISG vorgesehene Form soll eingehalten werden)[634] beanstandet (Art 19 Abs 2 Satz 1 CISG). Die Art der Abgabe schließt ein konkludentes Verhalten aus. Art 245 Abs 2 AU.DCG sieht auch eine unverzüglich Beanstandung vor. Ein auflösend bedingter Vertrag aufgrund Beanstandungsobliegenheit wurde in der OHADA nicht ausdrücklich vorgesehen. Nach der Literatur muss eine Ablehnung der modifizierten Annahme – wie im UN-Kaufrecht- unverzüglich erfolgen[635]. Dabei ist fraglich ist, ob der Widerspruch mündlich oder durch Mitteilung erfolgt werden soll. Es wird dem potentiellen Anbietenden empfohlen, dass eine Beanstandungsklausel bereits in das Angebot aufgenommen wird[636]. Diese Vorgehensweise ist umstritten (eine vorzeitige oder vorweggenommene Beanstandungsmitteilung ist unwirksam, weil Art 19 Abs 2 CISG eine entsprechende Mitteilung des Anbietenden erst nach Zugang der abweichenden Annahmeerklärung zulässt[637]). Offen ist diese Situation in der OHADA, sodass vernünftigerweise die Heranziehung der Artt 237 sowie 238 und 239 AU.DCG maßgeblich wäre. Eine Rücknahme einer Beanstandungsmitteilung ist unwirksam *(*man wird in der Rücknahmeerklärung jedoch möglicherweise ein neues Angebot auf Abschluss des Vertrages zu den Bedingungen der Annahme sehen können*).* Da das Übermittlungsrisiko für die fehlende Kongruenz beanstandende Erklärung der Annehmende trägt, wenn die Mitteilung ordnungsgemäß (Art 27 CISG) abgesandt wird[638], kann aus diesem Grund eine Unsicherheit entstehen, ob der Vertrag überhaupt abgeschlossen wird[639]. Wenn Art 237 AU.DCG herangezogen werden kann, der der Gutglaubensgrundsatz befürwortet, kann herangezogen, kann man auch in der OHADA wie im UN-Kaufrecht von treuwidrigem Verhalten ausgehen, wenn die Änderungen für den Anbietenden geringfügig und nicht belastend sind, aber wohl für den Annehmenden von entscheidender Bedeutung sind[640].Als Rechtsfolgen einer abweichenden Annahme kommt die Ablehnung des Angebots bzw das Gegenangebot

---

[634] *Honsell*, 169.
[635] Dazu *Ngeubou*, 68; Vgl *Hagge*, 87, es kann dabei eine gewisse Unsicherheit hinsichtlich der Frist, in der man einer Modifizierten Annahme widersprechen entstehen, weil dem OHADA- Kaufrecht einer den klarstellenden Regeln des Art 19 Abs 2 S 1, 1. HS sowie 2 UN-Kaufrecht fehlt. keiner dieser Punkte sollte aber in der Anwendungspraxis zu großen Problemen führen, vgl Fénéon/Gomez, Art 214 Anm. 1; *Gomez*; penant Nr. 827, Anm. 61; *Ngeubou*, 68 , die ohne Angabe von Gründen den Vertrag als mit dem Wortlaut der Annahme für zustande gekommen erklären.
[636] Dazu *Piltz,* 135.
[637] *Honsell*, 170.
[638] *Honsell*, 170 f.
[639] Dazu *Piltz*, 135.
[640] *Honsell*, 171.

in Betracht. Für dieses Gegenangebot gelten die Bestimmungen des Vertragsangebots Art 14 bis 17 UN-Kaufrecht. Gleiches soll für die OHADA Art 241 bis 242 AU.DCG gelten. Anders als im Fall der nicht abweichenden Annahme ist grundsätzlich nach Maßgabe des Art 16 UN-Kaufrecht; 242 Abs 2 AU.DCG ein Widerruf nicht auszuschließen[641]. Die Wirksamkeit des Gegenangebots ist zugangsbedürftig. Dies gilt auch bei der zugangsfreien Annahme, wenn aufgrund des bloßen Vollzugs im Sinne des Art 18. Abs 3 CISG=Art 244 Abs 2AU.DCG eine nicht abweichende Annahmeerklärung wirksam geworden wäre[642].Die Annahme des Gegenangebots durch eine Äußerung oder Verhaltensweise erfolgt unter Berücksichtigung aller Umstände hinsichtlich der Zustimmung. Dabei kommt der Einhaltung vorgeschriebener Fristen Bedeutung zu. Diese Vorgehensweise von Angebot und Gegenangebot kann sich wiederholen, bis schließlich eine wirksame Annahme erfolgt

1.4 Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Obwohl die Geltung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen(AGB) nicht ausdrücklich in den beiden Regelwerken geregelt ist, ergibt sich im Hinblick auf das äußere Zustandekommen des Vertrags, dass die AGB nach Art 14 ff. CISG oder Art 241 ff.AU.DCG Abschließend behandelt werden soll. Die Ansicht wird bereits in der Literatur vertreten[643]. Die Parteien müssen sich auf die Geltung von AGB einigen, damit sie als Bestandteil des Vertrages bzw als Angebot oder Annahme angesehen werden[644]. Ein bloßer Hinweis (des Offerenten beim Vertragsangebot oder des Annehmenden) auf die eigenen AGB ist nicht ausreichend. Die Rechtsprechung geht nur dann von einer wirksamen Einbeziehung der AGB als Teil des Inhalts des Angebots oder der Annahme aus, wenn auf diese spätestens bis zum Abschluss des Vertrages hingewiesen wird. Dabei ist unabdingbar, dass der Text der AGB-Klauseln der anderen Vertragspartei spätestens bis zum Abschluss des Vertrages tatsächlich vorgelegt oder anderweitig zugänglich gemacht wird[645].Ob das Einstellen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen auf der Website des Verwenders der Verschaffungsobliegenheit genügt, ist in der Literatur umstritten[646]. Wenn ZB bei

---

[641] Dazu *Piltz,* 134.
[642] *Piltz* , 122, 134.
[643] *Piltz,* 125; BGH,IHR, 14ff; LG Trier, IHR 2004,115ff.; OGH; IHR 2004 , 148; *Staudinger/Magnus*, Art 14 Rn 40; *Schlechtriem* in *Schlechtriem/Schwenzer* Art 14 Rn 9.
[644] *Haberl*, 16; *Lafili/Geutz/Campell*, Survey oft he international sale of Goods, 127.
[645] *Haberl*,16
[646] *Honsell*, 86.

wiederholtem Vertragsabschluss die AGB bereits in einen früheren Vertrag einbezogen wurden, genügt der bloße Hinweis auf (unveränderte) Bedingungen[647]. Allerdings ist unerheblich, ob die AGB gelesen und gar ihre Geltung gezielt bestätigt wird[648]. Darüber hinaus erfolgt deren Geltung, wenn die geeignete Sprache (Heimatsprache der anderen Partei oder Vertragssprache) berücksichtigt wird[649]. Sodass die Berufung auf die Nichteinbeziehung der AGB ein treuwidriges Verhalten darstellen kann[650]. Zudem ist darauf zu achten, unter welchen Umständen die Kenntnis über die Geltung der AGB angenommen werden soll (bei online geschlossene Verträge mit unmittelbarer Möglichkeit zum Aufruf des Regelwerkstexts wurde der Hinweis auf AGB im Internet bejaht und bei außerhalb des Internet geschlossenen Verträgen verneint[651]. Besondere Sorgfalt soll bei konkludenten Änderungen des bislang bestehenden AGB-freien Vertrages infolge nachträglich eingeführter AGB angebracht werden[652]. Ebenso ist bei bereits bestehenden Verträgen besonders sorgfältig vorzugehen, bei denen erst anschließend der Hinweis auf die Geltung von AGB als Angebot auf eine Abänderung des bereits vorliegenden Vertrages verstanden werden soll. Entsprechendes gilt auch für vorformulierte, namentlich vorgedruckte Regelungen.

Im Hinblick auf die Wirksamkeit der AGB in einem Vertrag stellt deren Inhaltskontrolle eine maßgebliche Rolle für ihre Gültigkeit (einzelne AGB-Klauseln) dar. Die Rechtsfragen der Gültigkeit des Vertrages oder AGB sollen dem nationalen Recht unterliegen[653]. Der Präzision des Gehalts der in den Vertrag gegebenenfalls einbezogenen AGB-Klauseln liegt die Auslegung zugrunde, wobei das Verständnis der AGB-Klauseln im Zweifel nach einem vernünftigen Empfänger entscheidend ist.

Die Reichweite der in das Vertragsangebot einbezogenen AGB in beiden Regelwerken legt den Schluss nahe, dass die Beurteilung der AGB mangels besonderer Bestimmungen zu deren Einbeziehung unter Anwendung der Art 14 ff UN-Kaufrecht oder 241 ff. AU.DCG erfolgt. Da die Art 14 ff oder 241 ff. keine Vorschrift vorsehen, in der etwa bloße Hinweise auf die AGB zu einer verbindlichen Einbeziehung derselben führen, ohne deren Übergabe oder sonst den herkömmlichen Vertragsabschluss

[647] *Honsell* , 87.
[648] Dazu *Piltz*,125
[649] OLG Stuttgart IPRax 1988, 293, 294 2 U 291/86 vom 16.6.1987
[650] VGLOGH CISG-Online Nr 838 7 Ob 275/ 03 x(17.12.2003.)*, Honsell*, 88.
[651] *Honsell*, 87.
[652] Dazu *Piltz,* 125.
[653] *Piltz*, 131.

verkürzende Techniken, liegt lediglich dann eine verbindliche AGB vor, wenn diese durch Absprachen der Parteien oder durch beachtliche Gebräuche oder zwischen den Parteien praktizierten Gepflogenheiten gerechtfertigt werden. Es ist durchaus nicht auszuschließen, dass die Geltung der AGB ohne deren Übergabe bestehen kann. Der Verwender hat darauf zB hinzuweisen und die andere Seite diesen Geltungsverweis auf Einbeziehung der ABG ausreichend (durch ausdrückliche Klarstellung oder zumindest hinreichend unmissverständliche Umstände) zu akzeptieren. Hierbei kommt die Erkundigungsobliegenheit der anderen Vertragspartei im Fall eines bloßen Hinweises auf die AGB, wie nach unvereinheitlichtem deutschen Recht für den Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen entlehnt werden, nicht in Betracht. Aber nicht die Kenntnisverschaffungspflicht des Verwenders, welche vorbehaltlich ausgeschlossen werden kann[654].

Die Frage, ob und wann kollidierende AGB („battle of forms“ oder „bataille des formulaires“) Vertragsangebotsinhalt geworden sind, ist – da eine Sonderregel hierfür bei der Ausarbeitung des UN-Kaufrechts abgelehnt wurde – über Art 19 UN-Kaufrecht oder Art 245 AU.DCG zum abweichenden Vertragsinhalt zu lösen. Die „Restgültigkeitheorie“ des Österreichischen Rechts verfolgt das UN-Kaufrecht nicht[655].

2 Wirksamkeit der Annahme

Die Vorschriften des nunmehrigen Achten Buches (Art 244ff.AU.DCG) umfasst das Wirksamwerden der Annahme, die innerhalb zulässige Frist zu erfolgen hat. Anders als im UN-Kaufrecht wurde die Widerrufsrechtserklärung des Angebotsempfängers normiert(Art 247AU.DCG). Das UN-Kaufrecht (Art 18 ff.CISG) ist auch hier eine Inspirationsquelle. Allerdings die mit Artt 21, 24 CISG vergleichbaren Bestimmungen fanden keinen Eingang im OHADA-Handelskaufrecht.

2.1 Wirksamwerden

Die beiden Regelwerke (Art 18 Abs 2 Satz 1 iVm 24 UN-Kaufrecht; 244 Abs1 AU.DCG) setzen die Wirksamkeit einer Annahme grundsätzlich mit Zugang bei dem Offerenten voraus. Nach alten Art 213 ivm Art 218 AU.DCG war der Moment des Zugangs der Annahmeerklärung beim Anbietenden persönlich, seiner Niederlassung oder seiner Postanschrift entscheidend. Die Konkretisierung der Annahme, die sich auch aus Art

[654] Dazu *Piltz,* 126 f.
[655] *Haberl*, 16;Vgl Krejci, 267f

18 Abs 2 iVm 24 CISG weitgehend abzeichnet, ist nunmehr im neuen AU.DCG der Zugang exemplarisch nicht mehr ersichtlich. Dennoch schafft die Regelung zum Wirksamwerden der Annahme nach dem Zugangsprinzip in der OHADA eine Klarstellung gegenüber der bisher unübersichtlichen Rechtslage in den OHADA-Vertragsstaaten, da es gemäß einer Entscheidung des französischen Kassationshofs aus dem Jahre 1981 mit Absenden der Annahmeerklärung zum wirksamen Vertragsschluss kommt, wenn die Parteien nichts anderes vereinbart haben. Auch in der Literatur wird weiterhin vielfach nach Ausnahmen von diesem Grundsatz gesucht[656]. Da der Zeitpunkt des Zugangs nach dem OHADA-Recht für alle Handelskäufe relevant ist, ist von einer unvorteilhaften Bestimmung auszugehen. Aufgrund zwingenden Charakters des AU.DCG ist die Vorschrift eine Hemmschwelle für die Flexibilität im freien Handelsverkehr.

Ein Verzicht auf Zugangserfordernis war lediglich im UN-Kaufrecht möglich, sofern bestimmte Handlungen unter die Voraussetzungen der Art 18 Abs 3 iVm Abs 2 CISG fallen[657]. Unklar war- zu Lasten größerer Flexibilität-, warum eine Regelung zur „Zugangsfreien Annahmehandlungen“ nicht vorgesehen wurde. Der neue Art 244 Abs 2 AU.DCG sieht unter bestimmten Voraussetzungen ein konkludentes Verhalten eine wirksame Annahmevollzug iSd Art 18 Abs 3 darstellt[658]. Wie auch in alltem Art 213 Abs 3 wurde in Art 243 letzter Satz AU.DCG die Annahme verbal unterbreiteten Angebots. Die Annahme muss wie Art 18 Abs 2 letzter Satz CISG sofort erfolgen, wenn sich aus den Umständen nichts anderes ergibt.

Für zugangsbedürftige Annahme muss die Annahmeerklärung dem Anbietenden zugehen, um wirksam zu werden und demzufolge zu einem verbindlichen Vertragsabschluss zu führen. Im Hinblick auf Art244 Abs 1(früher 213 al 1 iVm 218) AU.DCG ist davon auszugehen, dass die verankerte Empfangstheorie dem Art 18 Abs 2 Satz 1 iVm 24 UN-Kaufrecht entspricht, sodass ein Vertragsschluss ohne Wirksamwerden der Annahme im Sinne der beiden Regelwerke (Zugang der Annahme durch mündliche Erklärung oder persönliche Übergabe sowie Einsatz eines Mediums für die Zustellungen an die Niederlassung oder Postanschrift, subsidiär der

[656] *Hagg*e, 87 f.; Vgl *Chabas*, Rev. Trim.dr.civ. 1981, 849 f. ;*Capitant/Terré/Lequette*, Fälle Nr. 144 und Nr. 145; *Terré/Simler/Lequette*, Rn. 164; Rn. 157- 164.
[657] *Hagge*, 88; Vgl *Audit,* Anm. 69; Bianca/Bonell/Farnsworth, Art 18 Anm. 2.8. *Piltz,* § 3 Rn. 64; Soergel/Lüderitz/Fenge, Art 18, Rn. 11 ; *Staudinger/Magnus*, Art 18, Rn. 25 ff
[658] Vgl hiezu *Audit*, Anm 69; *Bianca/Bonell/Farnsworth*, Art 18, Anm 2.8; *Piltz*; 122; *Hagg*e, 88.

gewöhnliche Aufenthalt, der Letztere ausdrücklich im UN-Kaufrecht) ausgeschlossen ist[659].

Der Grundsatz der Zugangsbedürftigkeit gilt für annahmegleiches Verhalten. Nämlich jedes Verhalten, das eine Zustimmung der anderen Seite zu dem angebotenen Vertragsschluss zum Ausdruck bringt. Art 244 Abs 1 AU.DCG umfasst auch derzeitige annahmerelevanter Weise Äußerung. Derartige Zustimmung braucht keine Kenntnisnahme des Anbietenden durch förmliche Mitteilung des Empfängers. Es ist ausreichend, wenn eine unmittelbare Vornahme einer Handlung oder ein Spürbarwerden der Auswirkungen im Machtbereich des Anbietenden besteht[660]. Es genügt, wenn beispielsweise eine formulierte Erklärung über dritte Personen übermittelt wird oder eine Bank oder beauftragtes Speditionsunternehmen den Anbietenden von der Annahme des Vertragsangebotes in Kenntnis setzen kann. Zum Beispiel geht ein schlüssiges Annahmeverhalten dem Anbietenden zu, wenn er auftragsgemäß über die Bank die Nachricht erhält, dass die andere Seite zu seinem Gunsten ein Akkreditiv eröffnet hat, den Frachtführer auf Veranlassung der anderen Vertragspartei das Eintreffen der bestellten Ware ankündigt oder wegen der Abholung angebotener Produkte Abstimmung mit dem Offerenten sucht[661].

Aus Art 18. Abs 2 iVm 24 CISG; Art 244 Abs 1(früher213 al 1 und 218)AU.DCG lassen ableiten, dass der Zugang der Annahme zu verbindlichem Vertragsabschluss führt. Folglich kann auch die Annahmeerklärung bis zu ihrem Eintreffen beim Empfänger zurückgenommen werden. Gleiches gilt für annahmegleiches Verhalten[662] oder insbesondere im UN-Kaufrecht für verspätet abgegebene Annahmeerklärung. Die Dispositionsfreiheit zur Rücknahme der Annahme kann vorteilhaft für den Empfänger des Angebots erscheinen, wenn der Kaufpreis der Waren unter Kursschwankungen steht[663]. Die Erreichung dieses Zieles hängt von dem ausgewählten Kommunikationsmittel ab. Je eher für die Rücknahme der Annahme die schnellsten Kommunikationsmittel wie mündliche Erklärung oder „elektronischer Briefkasten“

[659] *Honsell*, 149, Zugangsbedürftige Annahme liegt vor, wenn beispielsweise der Anbietende auf andere Weise Kenntnis von der Annahme erlangt.
[660] *Honsell*, 149.
[661] Dazu *Piltz*, 121.
[662] *Piltz*, 118.
[663] Dazu *Audit*, 68.

eingesetzt werden, desto erfolgreicher sind diese im Vergleich zur klassischen Zustellung durch das Postamt.

Zur Vermeidung von bösen Überraschungen ist der Anbietende einerseits gefordert die spezielle Abgabe der Annahmeerklärung des Empfängers des Angebots zu gestalten[664]. Andererseits ist der Empfänger des Angebots zur Sorgfalt bei der Absendung der Annahme angehalten. Denn er trägt das Risiko einer unrichtigen Übermittlung[665]. Ob eine Annahme angefochten werden kann, hängt (insbesondere im UN-Kaufrecht) von dem international-privatrechtlich berufenen nationalen Recht ab[666]. Art 237 AU.DG kommt diesbezüglich im Betracht.

Wird bereits ausführlich für die Rücknahme das Angebots dargelegt wurde, ist für die Rücknahme der Annahme der zeitliche Ablauf maßgeblich. Dabei soll eine Differenzierung gemacht werden, ob weitere verkörperte Erklärungen als Rücknahme zu werten sind oder ob lediglich eine Modifizierung der Annahmeerklärung im Sinne des Art 19 UN-Kaufrecht; Art 245 (früher214) AU.DCG vorliegt[667]. Hinsichtlich der zugangsfreien Annahmehandlungen kommt die Aussage über die Rücknahmeerklärung des Art 22 UN-Kaufrecht; Art 247 AU.DCG spricht nunmehr von Widerruf im Gegensatz zum alten Art 216 AU.DCG, der die Rücknahme ausdruckt), nicht in Betracht.

2.1.2 Zugangsfreie Annahmehandlungen

Die schlüssigen Annahmeverhalten gehen aus Art 18 Abs 3 UN-Kaufrecht hervor. Die nicht zugangsbedürftige Annahme gilt wie bereits angeführt im Art 244 Ab 2 AU.DCG - aber ohne exemplarische Angabe der Verhaltensweise Annahme. Demnach kann der Vertragsabschluss unter Verzicht auf jedes Zugangserfordernis erfolgen, wenn eine Befugnis des Annehmenden aufgrund des Angebots selbst, eines internationalen Handelsbrauches sowie eine Gepflogenheit zwischen den Parteien dies gestatten[668]. Es handelt sich um Klauseln wie „ship immediately“, „procure for me

[664] Aufgrund der Treuwidrigkeit und das Gebot des guten Glaubens im internationalen Handel ist nicht auszuschließen, dass sich der Rechtsanwender oder Schiedsrichter auf die Anwendung dieser Prinzipien beruft (Art 7.1 UN-Kaufrecht), *Audit*, 64.
[665] *Honsell*, 149; Umfang des Zugangs, Verwendung von Fremdsprache und elektronischen Mitteilungen, *Piltz*, 121.
[666] *Honsell*, 150.
[667] Dazu *Piltz*, 121.
[668] *Honsell*, 150; Dazu *Audit*, 68; *Piltz*, 122; *Schlechtriem in Schlechtriem/Schwenzer* Art 18 Rn. 20, 21.

without delay", „rush shipment" oder „erbitte unverzüglich Absendung" sowie Übersendung eines Schecks verbunden mit dem Vermerk, dass die Einlösung des Schecks als Zustimmung aufgefasst werde[669]. Die Feststellung einer entsprechenden Befugnis erfolgt anhand von Erkenntnissen eines objektiven Dritten unter Beachtung aller Umstände des Einzelfalls (Art 8 UN-Kaufrecht; 238 AU.DCG)

Diese ist entbehrlich, wenn die Parteien für die ständige Geschäftsbeziehung vereinbaren, dass das Unterbleiben einer Rückäußerung Einverständnis signalisiert, sodass das Schweigen - Unterbleiben der Handlung - in diesem Zusammenhang als Annahme der Offerte angesehen werden kann[670].

Jedenfalls sollen alle Angebotsformulierungen, die von vornherein einen Verzicht auf den Zugang der Zustimmungsäußerung zum Ausdruck bringen, den Vollzug der Annahme innerhalb zulässiger Frist gemäß Art 18. Abs 2, 21 UN-Kaufrecht; Art 243 Abs 1 iVm Art 246 AU.DCG voraussetzen[671]. Ob solche Befugnisse uneingeschränkt bleiben („der Anbietende kann bei Einräumung dieser Befugnis für einige Zeit nicht anderweitig kontrahieren"), oder eher das Verlangen zur schnellen Vertragserfüllung ausgedrückt werden soll, ist umstritten[672]. Derartigen Situationen kann nur durch entsprechende Auslegung mehr Klarheit verschafft werden. Deren Klarheit betrifft auch eine zugangsfreie Annahmehandlung, die aus einem annahmegleichen Verhalten oder auch aus einer Annahmeerklärung besteht[673].

2.1.2.1 Begriff der Handlung

Wenngleich eine gesetzliche Pflicht zur Benachrichtigung des Anbietenden über den erfolgten Vertragsschluss aufgrund zugangsfreier Annahmehandlungen nicht erforderlich ist, ist es nicht überflüssig, diese zu machen. Es kann sein, dass deren Benachrichtigung als Nebenpflicht angesehen wird, sodass deren Verstoß zum Schadenersatz führen kann[674]. Anzumerken ist, dass ein Interesse an Information über

---

669 Dazu *Piltz*, 122; *Honsell*, 150.
670 Idem *Piltz*, 122.
671 Dazu *Audit*, 68; Verweis auf Fristgerechten *Zugang und Hinfälligkeit des Angebot; Piltz,* 122- 124*; Honsell,* 152*,* verweist auf Zeitrahmen bei sofortiger Annahme*; Nguebou, 68*, die Frist soll zwar von den Umständen des Einzelfalls abhängen, in jedem Fall aber" relativ kurz" sein wird, zitiert von *Hagge*, 88.
672 *Honsell*, 150.
673 *Honsell* , 150 f.
674 Dazu *Piltz*, 122; *Honsell*, 151.

den Zeitpunkt der Annahme bestehen kann (aufgrund langer Transportzeiten oder verderblicher Ware)[675].

2.1.3 Annahmefrist

Der Annahme hat grundsätzlich innerhalb zulässiger Frist zu erfolgen(Art 243 Abs 1 AU.DCG entspricht Art 18 Abs2, S2 CISG). Zunächst ist zu betonen, dass für die Annahme eines auf Abschluss eines Vertrages gerichteten Angebotes der Hinweis auf die Geltung von AGB sowie die Übermittlung des Textes der AGB-Klauseln vorbehaltlich besonderer Absprachen, Gebräuche oder Gepflogenheiten bis zum Zeitpunkt der Abgabe der Annahmeerklärung getätigt werden muss. Auch können mit besonderer Sorgfalt die nachträglich übersandten AGB ein Angebot auf Abschluss eines Änderungsvertrages darstellen, wenn dieses konkludent angenommen wird.

Es steht dem Anbietenden frei, eine Frist für die Annahme des Angebots zu setzen und dieses soll nicht unbegrenzt an seine Offerte gebunden sein. Das Angebot mit gesetzter Frist verliert grundsätzlich seine Wirkung, wenn die Annahme des Angebots außerhalb dessen zulässiger Frist erfolgt[676]. Die Frist kann kalendermäßig bestimmt werden oder bestimmbar sein. Ab wann eine Frist läuft, kann anhand anderer Umstände festgestellt werden. Während im UN-Kaufrecht das Anlaufen der Frist wie folgt differenziert wurde (Art 20 UN-Kaufrecht), kommt dieses in der OHADA nicht überall in Betracht.

Der Fristbeginn ist Art 246 AU.DCG geregelt. Danach beginnt die Frist zu laufen, im Zeitpunkt zu dem das Angebot zum Ausdruck gebracht wird. Im Zweifel gilt das im Angebot festgelegt Datum, wenn es aus den Umständen nichts anderes ergibt. Der alte Art 215 Abs 1 AU.DCG war exemplarisch sah der Fristbeginn bei Angeboten durch Telegramm oder Brief am Tag der ihrer Aufgabe vor, wobei das Datum des Poststempels maßgeblich war.

---

[675] *Honsell*, 151.

[676] Siehe *Hagge*, 89, für den Fall nach Ablauf der Frist abgegebenen Annahme kann in der OHADA Ergänzend über Art 205 des Fünften Buches bzw 237 AU.DCG des Achten Buches natioanale Bestimmungen hinzu gezogen werden, da eine Art 21 CISG entsprechende Regelung das Fünfte bzw Achte Buch nicht enthält. Aus dem Gesamtzusammenhang der Bestimmungen zum Vertragsschluss ergibt sich jedoch, dass diesbezüglich eine abschließende Regelung getroffen werden sollte, eine Ergänzung durch nationale Bestimmungen insofern wegen des zwingenden Charakters des OHADA-Rechts ausscheiden muss. Somit müssen die gesetzten Fristen respektiert werden. eine verspätete Annahme kommt nicht in Betracht. Daher ist ein neues Angebot und dessen Annahme nach den Regeln des Fünften bzw Achten Buches erforderlich.
Hingegen ist im UN-Kaufrecht eine verspätete Annahme möglich.

Art 243 letzter Satz AU.DCG spricht zwar über sofortige Übermittlungsarten ohne nähere Angaben wie alter Art 215 Abs 2 AU.DCG. Der Zugang des Angebots bei dem Empfänger löst bei den sofortigen Übermittlungsarten das Anlaufen der Frist aus, wenn sich aus den Umständen nichts anderes ergibt(Art 243 Abs 2 AU.DCG). In Bezug auf den alten Art 215 kann man davon ausgehen, dass Art 243 Abs 1 offenes Konzept wie Art 20 Abs 1 CISG vorschreibt. Hierbei handelt es sich um den Einsatz der Kommunikationsmittel wie Telefon und Fernschreiben handelt. Gleichzustellen sind über Telefax, E-Mail[677], Edis oder Funk übermittelte Nachrichten. Dazu kommen Kommunikationsformen in Echtzeit über Internet. Da auf einer Webseite möglicherweise Abgabe und Zugang der Erklärung auf ein Angebot erheblich auseinanderfallen, kann die Frist nicht stets mit erstmaliger Kenntnisnahme durch den Empfänger zu laufen beginnen. In diesem Fall kann eine Angabe zum erstmaligen Freischalten oder der letzten Aktualisierung beachtet werden. Die Frist beginnt mit erstmaliger Kenntnisnahme zu laufen, wenn das Angebot im Internet oder per Video-Konferenz sowie Übermittlung durch Zwischenpersonen (Vertreter und Erklärungsboten) angenommen werden kann[678]. Da die genannte Kommunikationstechnik ohne nennenswerten Zeitverzug für die Beurteilung der Frist erfolgt, ist hingegen eine Zeitspanne zwischen der Entäußerung einerseits und dem Eingang bei dem Destinatär andererseits anzunehmen, wenn eine Offerte mittels Schriftstück oder in Form eines elektronischen Datenträgers (wie etwa ein Brief, eine CD-ROM oder Diskette) körperlich in den Empfangsbereich des Destinatärs abgesendet oder befördert wird. Das Ausmaß der Zeitspanne kann nicht immer beherrscht werden, sodass die Beurteilung des Anlaufens ab dem Zeitpunkt der Entäußerung der Erklärung stattfinden soll[679].

Der Grund für die Auswahl der sofortigen Übermittlungsarten liegt darin, dass die Absendung und Zugang aufgrund der Kommunikationstechnik ohne nennenswerten Zeitverzug praktisch in einem Akt erfolgen[680]. Einzelheiten für die Berechnung der Frist, anders als in Art 20 Abs 2 CISCG, ist nicht vorgesehen. Anzumerken ist, dass

---

[677] *Honsell*, 182, *eine E-Mail-Nachricht gehört nicht zu den „sofortigen ÜbermittlungsArten" Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter, Art 20 Rn 3a; a.A Ferrari/Kieninger/Mankowski, Art Rn 9. Da die Abgabe der Erklärung und ihr Zugang infolge technischer Probleme erheblich auseinanderfallen können, ist das Anlaufen der Frist auf das Absenden (das Datum im Header der E-Mail- Nachricht ist maßgeblich) abzustellen*)

[678] Idem, 183.

[679] Dazu *Piltz*, 123.

[680] *Piltz*, 123.

deren Bestimmungen insofern dem nach Art 237 AU.DCG anzuwendenden nationalen Recht vorbehalten bleibt.[681]

Im UN-Kaufrecht wie in der OHADA (zumindest nach Art 215 AU.DCG des Fünften Buches) beginnt das Anlaufen mit dem im Telegramm festgehaltenen Aufgabedatum oder es wird auf die Absendung des Telegramms abgestellt, wenn das Aufgabedatum nicht vorhanden ist[682]. Bei Briefen anders als im Fünften Buch(Art 215 AU.DCG) läuft die Frist mit dem im Brief angegebenen Datum; mangels Datum mit dem auf dem Briefumschlag angegeben Datum. In der Regel beginnt die Frist (anders als im UN-Kaufrecht bei Fehlen des Datums des Schreibens) mit Datum des Poststempels[683] im Zuge des Postdiensts oder privaten Dienstleisters (abzustellen ist stets auf die Datierung durch den Transportdienstleister). Dabei ist das Datum des tatsächlichen Absendens nicht maßgeblich. Stellt sich eine Diskrepanz zwischen dem Datum des Briefes bzw Datenträgers und dem Tag des Poststempels heraus, ist davon zugehen, dass allein Ersteres maßgeblich ist. Entscheidend ist auch das Datum des Zugangs der Erklärung, allerdings wenn das Datum weder des Briefes noch des Poststempels festlegbar ist[684]

Hinsichtlich der Vorgaben zur Berechnung von Fristen in Verbindung mit gesetzlichen Feiertagen oder arbeitsfreien Tagen gehen OHADA und UN-Kaufrecht nicht gleichermaßen vor. Während in der OHADA die Berechnung von Fristen unter Heranziehung des allgemeinen Zivilrechts erfolgt(Art 237 AU.DCG)[685], ist die Frist im UN-Kaufrecht nach Art 20 Abs 2 geregelt. Demnach lassen die in den Fristenlauf fallende gesetzliche Feiertage oder arbeitsfreie Tage die Dauer der Frist nicht ändern (Art 20 Abs 2 CISG), wenn am Tag des Fristablaufs der Zugang der

---

[681] *Hagge*, 88; *Santos/Toé,* Anm.607.
[682] *Honsell*, 182
[683] Das Datum des Poststempels ist in der OHADA maßgeblich, dazu *Hagge,* 88, Anm. 391, Art 215 AU. DCG Einzelheiten für die Berechnung der Frist werden, Anders als in Art. 20 Abs.2 UN-Kaufrecht nicht vorgegeben. deren Bestimmung bleibt insofern dem nach Art 205 AU.DCG anzuwendenden nationalen Recht vorbehalten.
[684] Dazu *Piltz,* Internationales Kaufrecht, 123; *Honsell*, Kommentar zum UN-Kaufrecht, 182. Bei mehreren Daten auf dem Schreiben oder Briefumschlag ist auf das früheste Datum abzustellen Honsell 182 In sonstigen Fällen der Mehrdeutigkeit ist dem Empfänger eine Nachfrage zu empfehlen, um Klarheit zu schaffen und ungünstigere Lösungen zu vermeide*n.*
[685]Dazu *Hagge*, 88, Einzelheiten für die Berechnung der Frist werden anders als in Art. 20 Abs.2 UN-Kaufrecht nicht vorgegeben, Vgl *Santos*, in OHADA- Kommentar, Anm. zu Art 215. Deren Bestimmung bleibt insofern dem nach Art 205 AU.DCG anzuwendenden nationalen Recht vorbehalten; Siehe Santos/Toé, Anm. 607:

Annahmeerklärung aufgrund eines am Ort des Offerenten geltenden Feiertages oder arbeitsfreien Tages nicht herbeigeführt werden kann. Die Behandlung der Feiertage verliert nicht an Bedeutung, selbst wenn der Anbietende an Feiertagen arbeitet oder tatsächlich anwesend ist und die Möglichkeit zur Kenntnisnahme hat oder tatsächlich Kenntnis erlangt[686]. Entscheidend ist das Fehlen allgemeiner Werktätigkeit. Für die Übermittlung mit Telefax, Telex oder E-Mail-Nachricht kann keine feiertagsbedingte Zustellungsverhinderung angenommen werden, es sei denn aufgrund der fehlenden allgemeinen Werktätigkeit wird auch die Möglichkeit zur Herstellung einer direkten Kommunikationsverbindung unterbunden. Daher kommen spezielle Umstände des Betriebsschlusses etwa aufgrund von Betriebsausflug, Betriebsfeiern oder Streik sowie Brandübung nicht in Betracht. Auch der Zusammenbruch einer Sortieranlage ist als Rechtfertigungsgrund irrelevant[687]. Grundsätzlich läuft die Frist mit dem letzten Tag ihrer Dauer ab und soll sich feiertagsbedingt bis zum ersten darauffolgenden Arbeitstag erstrecken. „Nach zutreffender Ansicht kann die Frist auch am Feiertag ablaufen, sofern jedenfalls eine Zustellung am Feiertag möglich ist“[688]. Der Grund dieser Vorschrift über Fristverlängerung liegt darin, dass die Erkundung des Annehmenden am Ort der Niederlassung des Anbietenden über die gesetzlichen Feiertage oder arbeitsfreien Tage mit Aufwand verbunden ist. Eine Erkundungspflicht wurde im UN-Kaufrecht nicht auferlegt.

Die Laufzeit der Annahmefrist in Zusammenhang mit gesetzlichen Feiertagen und arbeitsfreien Tagen ist beim mündlichen Angebot nicht irrelevant. Wenngleich die Entstehungsgeschichte der Vorschrift (Art 20 Abs 2 Satz 2 CISG) keinen entsprechenden Rückschluss zulässt[689]. Gibt es keine sachlich oder systematisch gerechtfertigten Anhaltspunkte, ist eine mündliche Zustimmungsäußerung von der Regelung über Fristerstreckung auszuschließen[690].

---

[686] *Schlechtriem/ Schwenzer/Schlechtreim/Schroeter*; Art 20 Rn 6:
[687] *Honsell*, 184 f:
[688] MünchKommBGB/*Gruber*, Art 20 Rn 11, zitiert von *Honsell*, 185.
[689] Die Sofort-Annahmefrist muss während des Gesprächs erfolgen, ohne dass ein gesetzlicher Feiertag oder arbeitsfreier Tag dem Vollzug der Annahme entgegensteht *Honsell*, 153; *Piltz*, 123.
[690] *Honsell*, 155, im Hinblick auf die Vorschrift des Art 20 Abs 2 Satz 2 soll die Fristverlängerung zugelassen werden. Wenn der Lieferdienst aber an einem bestimmten Tag (zB Samstag) nicht ausgeführt wird, soll die Frist für briefliche Erklärungen dann am darauf folgenden Montag enden (*Soergel/Lüderitz/Fenge* ,Art 20 Rn7)

2.1.4 Annahme

Die wesentliche Auswirkung der Annahme liegt darin, den Vertrag zustande zu bringen. Es ist jedoch wichtig den Zeitpunkt zu bestimmen, zu dem die Annahme wirksam wird. Vor Zugang kann die Annahmeerklärung zurückgenommen werden.

Die Zustimmung ist nicht formpflichtig. Eine Zustimmung liegt zum Beispiel vor, wenn der Empfänger des Angebots dieses mündlich akzeptiert oder von dem Anbietenden erhalten („confirmation of order") unterzeichnet und an diesen zurücksendet. Die Indizien zur Annahme einer Zustimmung der Offerte liegen weiter vor, wenn der Verkäufer die Waren ausliefert oder der Destinatär des Angebots dem Offerenten zum Beispiel mitteilt: „Einverstanden mit Ihrem Fax vom …" oder „Erwarte Lieferung gemäß Ihrem Angebot vom …". Vieldeutigkeit des Verhaltens schließt daher die Annahme des Angebots aus. Auch ein „vorbehalten" oder „bedingt" führt im Prinzip keinesfalls zur Annahme des Angebots. Wird beispielsweise lediglich der Eingang des Angebots bestätigt, kommt hingegen keine bindende Zustimmungserklärung in Frage. Gleichermaßen wird keine Zustimmung der Offerte vorhanden sein, wenn der Empfänger des Angebots zwar Interesse an der Offerte bekundet, zugleich jedoch erkennen lässt, dass vor einer definitiven Entscheidung zunächst noch weiterte Aspekte abzuklären sind. Eine Annahmeerklärung der Offerte kann schließlich ausgeschlossen werden, wenn der Adressat des Angebots seiner Erklärung den Zusatz „Brief folgt" beifügt. Man geht im Zweifel in einem solchen Fall nicht von einer verbindlichen Annahme aus, vielmehr ist der angekündigte Brief als vorbehaltene Annahme anzusehen. Abgesehen von der sprachlichen Verständlichkeit und elektronischen Mitteilungen spielt das Einigsein der Parteien über den Vertragsinhalt eine besondere Rolle. Der Rechtsanwender ist in der OHADA an die Regel gebunden. Demnach soll grundsätzlich eine Zustimmung des Angebots nicht ohne weiteres in Frage kommen, wenn das Verhalten bzw die Rückäußerung des Annehmenden nicht in jeder Hinsicht mit den Vorgaben des Angebots deckungsgleich ist. Bedeutungslos ist, ob die Abweichungen von den Vorgaben des Angebots ausdrücklich formuliert oder aus den Allgemeinen Geschäftsbedingungen hervorgegangen sind[691].

Die Abweichungen liegen nicht vor, wenn die Erklärung oder ein sonstiges Verhalten des Empfängers eine Annahme der Offerte zum Ausdruck bringt. Die Reaktionen auf

[691] Dazu *Piltz*, 132.

das Angebot wie die erfolgende Versendung der bestellten Ware, die Zahlung des Kaufpreises sowie Widersprüche, Entgegennahme der Lieferung können schlechthin die Annahme des Angebots herbeiführen und somit zum Vertragsabschluss führen. Die aus einer Reaktion abgeleitete Annahme des Angebots kann nicht bei Übernahme der Ware durch einen Dritten im Vorhinein als Verhaltensweise Annahme betrachtet werden. Bei dieser Lage ist herauszufinden, ob die Reaktion des Dritten überhaupt eine Annahme herbeiführen kann und für welches Angebot hiermit eine Annahmeerklärung indiziert. Da keine abschließende Liste besteht, die das Verhalten als Annahmeerklärung darstellt, fallen in der Praxis unter jenen Begriff auch der Auftrag an die Bank, zugunsten des Verkäufers ein Akkreditiv zu eröffnen sowie die Weisung an ein Frachtunternehmen, sich um Beförderung zu kümmern. Weiter kommen die Zusendung verlangter Dokumente bzw die Mitteilung der Verschiebung des Liefertermins hinzu. Außerdem kann die Einlösung eines zur vergleichsweisen Abgeltung übersandten Schecks oder das Absehen von weiteren Rechtsmaßnahmen die Zustimmung aufweisen, wenn im gegenständlichen Vertragsangebot ein Vorschlag zur Regelung aufgetretener Leistungsstörungen beinhaltet wird. Durch hinreichende Deutlichkeit eines der Leistungserbringung vorgelagerten Verhaltens lässt sich ein schlüssiger Ausdruck zur Annahmeerklärung zu dem angebotenen Vertragsabschluss erkennen[692].

Da in der OHADA kein Vorbehalt im Sinne des Art 96, 12 vorgesehen ist, soll die konkludente Annahmeerklärung unter Beachtung der formpflichtig nationalen Vorschriften lediglich im UN-Kaufrecht vorgenommen werden. Hatten die Parteien hingegen die Einhaltung bestimmter Formen vereinbart oder ergeben sich diese aus praktizierten Gepflogenheiten oder beachtlichen Gebräuchen, gelten der Ausschluss der schlüssigen Annahmeerklärung in beiden Kaufrechten im gleichen Ausmaß. Die Vorgehensweise mit schlüssiger Annahmeerklärung bei Abänderung eines bereits abgeschlossenen Vertrages wurde in der Lehre besonders behandelt. Demnach soll ein schlüssiges Verhalten vorsichtig bewertet werden und die Bejahung einer schlüssigen Annahme eines Angebots zurückhaltend erfolgen. Die Entgegennahme der gelieferten Ware, die gleichzeitig ein Angebot auf Änderung des Vertrages miteinbezieht, bedeutet in der Regel noch nicht die Zustimmung zu einem Angebot auf Änderung des bestehenden Vertrages. Der Käufer kommt daher mit der Annahme

[692] *Piltz*, 121

lediglich seinen Pflichten auf bereits vorhandenen Vertrag nach. Gleiche Ansicht wird vertreten, wenn eine Rechnung vorbehaltlos bezahlt wird. Damit geht man nicht davon aus, dass die Zustimmung zu erstmals auf der Rechnung mitgeteilten Vertrags- und insbesondere AGB-Klauseln vorliegt. Aufgrund der kaufmännischen Funktion von Rechnungen können diese nicht zweifelsfrei als Trägermedium für ein Angebot auf Änderung des bereits abgeschlossenen Vertrages dienen[693].

2.1.4.1 Zeitpunkt der Annahme unter Berücksichtigung des Kommunikationsmittels und deren Abgabeart und Frist

Die Annahme der Offerte bereitet keine Schwierigkeiten, wenn diese rechtzeitig erfolgt, nämlich ohne Zeitspanne. Die Schwierigkeiten zur Annahme können dagegen aufgrund geographischer Entfernung der potentiellen Parteien entstehen, da mittels Brief, Telegramm, Telefon, Teletex oder Fax sowie E-Mail etc. kommuniziert wird. UN-Kaufrecht und OHADA stellen als Lösungsansatz die Empfangstheorie in den Vordergrund. Dabei werden die Modalitäten zu deren Umsetzung zum Ausdruck gebracht.

2.1.4.2 Implementierung der Empfangstheorie

Aufgrund der Empfangstheorie wird die Annahmeerklärung wirksam und führt damit zu einem verbindlichen Vertragsabschluss, sobald diese dem Anbietenden des Vertragsangebots zugegangen ist[694]. Ausgehend davon kommt hingegen kein Vertrag zustande, wenn der Zugang der Annahme des Vertragsangebots bei dem Offerenten nicht vorliegt. Der Angebotsempfänger hat ZB bis zum Zeitpunkt des Zugangs der Annahme eine Rücknahmeerklärung des Angebots erstellt. Die Rücknahme der Annahme wird Wirksam, wenn sie diese überholt, also vor der Annahme dem Anbietenden zugeht- anders als im UN-Kaufrecht(Art 22 CISG) wird ein gleichzeitiger Zugang beim Empfänger in der OHADA (Art 247 AU.DCG) nicht erwähnt[695]. Hinsichtlich der Annahmeerklärung des Angebotsempfängers ist nicht erforderlich, dass gerade dieser den Anbietenden darüber informiert, dass er sich in annahmerelevanter Weise geäußert hat. Wenn dritte Personen (beispielsweise eine

[693] *Piltz*, 121

[694] *Santos/Toé*, 379; (verweis (Art 18 Abs 2 Satz 1 UN-Kaufrecht)

[695] Dazu *Hagge*, 81, der Grund liegt darin, dass das Wirksamwerden der ursprüchglichen Annahme tatsächlich bei gleichzeitigem Zugang bewusst nicht verhindert werden soll. Gleiches muss bei der Rücknahme eines Angebots gelten; Siehe *Ngeubou*, 67

von dem Angebotsempfänger eingeschaltete Bank oder ein beauftragtes Speditionsunternehmen) die formulierte Erklärung zur Annahme des Vertragsangebots übermitteln können, soll der Anbietende diesbezüglich in Kenntnis gesetzt werden. Somit geht beispielsweise dem Anbietenden die schlüssige Annahmeerklärung des Angebotsempfängers zu, wenn der Offerent auftragsgemäß von der Bank benachrichtigt wird, wonach ein Akkreditiv seitens des Angebotsempfängers zu seinen Gunsten eröffnet wird oder wenn das Eintreffen der bestellten Ware angekündigt wird (bzw wenn der Frachtführer auf Veranlassung der anderen Vertragspartei die Benachrichtigung vornimmt). Eine Abstimmung mit dem Offerenten über die Abholung angebotener Produkte kann vorgenommen werden[696].

Das Zugangserfordernis gilt für ausdrücklich formulierte Annahmeerklärungen und darüber hinaus im Prinzip auch für Verhaltensweise Zustimmung der Annahme. Dabei soll die Voraussetzung für die Annahmeerklärung durch Dritte beachtet werden.

Aufgrund des schlüssigen Annahmeverhaltens können Schwierigkeiten bei Vollzug der Annahme entstehen. Es wird die Frage erhoben, ob im OHADA- und UN-Kaufrecht im vorliegenden Fall vertreten wird, dass eine Differenzierung zum Ausdruck gebracht werden soll, ob der Vertragsabschluss bereits auf Grund des bloßen Vorzuges der annahmerelevanten Handlung (ZB widerspruchslose Entgegennahme der Lieferung) zustande kommen kann oder unter Verzicht auf jedes Zugangserfordernis erfolgt[697]. Diese Regel oder Auffassung, die für annahmetypische Verhaltensweisen gilt oder vertreten wird, soll nicht uneingeschränkt in jedem Fall angewendet werden. Wenn sich der Zugang der Annahmeerklärung des Angebotsempfängers aufgrund der zwischen den Parteien getroffenen Absprachen, praktizierten Gepflogenheiten sowie beachtlichen Gebräuchen (bereits ausführlich oben ZB Angebotsformulierungen wie „ship immediately“ oder „Procure for me without delay“ sowie die Übersendung eines Schecks verbunden mit dem Vermerk, dass die Einlösung des Schecks als Zustimmung aufgefasst werde; die Parteien haben typischerweise für ihre ständige Geschäftsbeziehung das Unterbleiben einer Rückäußerung als Zustimmung vereinbart) erübrigt, sodass der Vertrag ohne Rücksicht auf Zugangserfordernis zustande kommt. Hierbei muss jedoch je nach Lage des Falles der bloße Vollzug der

[696] Dazu *Piltz*, 121.
[697] *Piltz* , 122.

Annahmehandlung unter Berücksichtigung der vertraglichen Nebenpflicht erfolgen[698]. Stellt sich heraus, dass die Benachrichtigung über den erfolgten Vertragsabschluss nicht überflüssig war, kann die Annahmehandlung unter Missachtung der Benachrichtigungspflicht zu Schadenersatz führen[699].

Weiteres wurden im OHADA und UN-Kaufrecht andere Modalitäten zum Vollzug der Annahme eingeräumt. Es handelt sich um Zugang der Annahmeerklärung bzw Annahmevollzug innerhalb der gebotenen Frist und Rücknahmeerklärung.

2.1.4.3 Annahme unter Berücksichtigung angemessener Frist

Bei angemessener Frist geht man davon aus, dass keine Frist für die Annahme der Offerte weder in dem Angebot selbst noch in einer begleitenden Erklärung vorliegt und sich auch aus anderen Umständen nicht ergibt. Das Anlaufen der Frist beginnt mit Vollzug der Annahme, wobei die Umstände des Geschäfts und Übermittlungszeit für die Annahme zu beachten sind und die Schnelligkeit der gewählten Übermittlungsart des Anbietenden zu berücksichtigen ist (Art 18 Abs 2 Satz 2 CISG; 243 Abs 1 AU.DCG).

Maßstab für die Feststellung der Angemessenheit ist grundsätzlich gemäß Art 8 CISG; 238 AU.DCG der Erkenntnishorizont eines objektiven Dritten. Vollzug der Annahme innerhalb angemessener Frist bei mündlichen Angeboten bedeutet regelmäßig (vorbehaltlich anderer Absprachen oder Umstände) im UN-Kaufrecht(Art 18 Abs 2 CISG) oder in der OHADA(Art 243 AU.DCG) die sofortige Annahme der mündlichen Angebote oder der mündlich gleichzustellenden Angebote (per Telefon oder Funk oder die im Rahmen einer Videokonferenz formulierte Äußerungen).

Für andere als mündliche Erklärungen kommt die angemessene Frist mit Rücksicht auf alle Umstände des Geschäfts infrage(Art 243 Abs 1 letzter Satz=Art 18 Abs 2 S2 CISG). Es handelt sich etwa um die Übermittlungszeit für das Angebot, eine Überlegungsfrist. Diese ist aufgrund des Umfangs, des Gegenstands und der Eigenart des vorgeschlagenen Geschäfts, aufgrund der Stabilität der Marktpreise, der Verderblichkeit der Ware, des Termins einer erforderlichen Vertragsabwicklung wie Fixgeschäfte sowie aufgrund der Notwendigkeit, mit Vorlieferanten oder Kreditgebern

[698] Dazu *Audit*, 68.
[699] Dazu *Piltz,* 122.

zu verhandeln, zu ermitteln. Dazu gehört die Möglichkeit, Vergleichsangebote einzuholen. Der Annehmende muss die Möglichkeit zu einer informierten und überlegten Entscheidung erhalten. Die vom Anbietenden gewählte Übermittlungsart kann ein Indiz für die Dringlichkeit des Geschäfts sein und damit eine erforderliche schnelle Einigung darstellen[700]. Die Beförderungszeiten sind für die angemessene Annahme zu berücksichtigen. Dabei geht man von der üblichen Übermittlungsdauer eines benutzten Kommunikationsmittels oder des gleichen Kommunikationsmittels, welches für das Angebot benutzt wird, aus. Weitere Faktoren zur Überlegungsdauer sind im Vorschlag enthaltene Hinweisen, Anweisungen oder Bedingungen, mit denen der Anbietende eine besondere Vorgehensweise des Annehmenden fordert. „Daraus kann sich ergeben, dass ein kompliziertes Geschäft aufgrund der vom Anbietenden geforderten Dringlichkeit auch ohne lange Überlegungsfrist angenommen werden muss“[701]. Die Absprachen der Vertragspartei spielen eine besondere Rolle.

Die Rechtsprechung hält eine Frist von mehr als sechs Wochen ohne weiteres - nämlich Rücksicht auf Einzelfallumstände – nicht mehr als angemessen[702]

3 Rücknahme der Annahme

Unter Rücknahme versteht man, dass der Angebotsempfänger bis spätestens zu dem Zeitpunkt des Zugangs der Annahmeerklärung dem Offerenten eine Rücknahme seiner Zustimmung zur Offerte erklären kann (Art 22 UN-Kaufrecht). Kurioserweise spricht Art 247 AU.DCG ausdrücklich nunmehr vom Widerruf. Obwohl gemäß alten Art. 216 AU.DCG eine Annahme wie im UN-Kaufrecht zurückgenommen werden konnte, wenn die Rücknahmeerklärung die Annahme überholt. Anders als im UN-Kaufrecht reichte der gleichzeitige Zugang von Rücknahmeerklärung und Annahme nicht aus, um das Wirksamwerden der Annahme zu verhindern[703].Das Widerrufsrecht stellt gemäß des Art 247 AU.DCG ein Recht jedes Angebotsempfänger dar, sich von einem bereits geschlossenen, aber noch schwebend wirksamen Vertrag durch Erklärung des Widerrufs zu lösen. Daher findet der Vertragsschluss bei gleichzeitige Zugang von

[700] *Honsell*, 155.
[701] *Honsell* , 155.
[702] OLG Koblenz RIW 1989 384 385 2 U809/87 vom 23.12.1988. Zum EAG: Frist von 6 Wochen bei Kauf von Feindracht internet schauen noch angemessen; LG Bielefeld IPRax 1988, Jeanshosen nicht mehr angemessen; LG Bielefeld CISG-Online Nr 174 15 O 201/90(18.1.1991, Frist von 2 Wochen bei Speck noch angemessen); *Ngeubou* geht von relativ kurz Frist aus. Dazu *Hagge,* 88.
[703] *Hagge*, 89.

Widerrufserklärung und Annahme nicht mehr statt. Damit wird eine Ausnahme von dem Grundsatz *pacta sunt servanda*, wonach Verträge normalerweise für beide Seiten verbindlich sind, dargestellt. Ob der Widerruf keiner Begründung bedarf, ist offen. Zur Wirksamkeit muss aus der Handlung des Angebotsempfängers lediglich der Wille erkennbar werden, dass er nicht mehr an seine Willenserklärung zur Annahme gebunden sein möchte. Fraglich ist, ob bei Warenlieferungen auch durch Rücksendung der Ware der Widerruf erfolgen kann. Im Falle von automatisch geschlossenen Verträgen ist eine eindeutige Einschätzung nicht zweifelsfrei. Der Widerruf der Annahme iSd Art 247 AU.DCG und deren Rücknahme gem Art 22 letzter Halbsatz CISG haben gleicher Wirkung(verbindlicher Vertragsschluss zu bekämpfen). Erheblicher Unterschied ist, dass es in der OHADA ein zwingend eingeräumtes Recht handelt.

Daher ist nicht Gleichgültig im OHADA- und UN-Kaufrecht, ob auch für zugangsbedürftiges Annahmeverhalten die Annahmeerklärung bis zu ihrem Eintreffen bei dem Empfänger zurückgenommen werden kann. Gleiches gilt im OHADA-Recht und im UN-Kaufrecht für verspätet abgegebene Annahmeerklärungen[704]. Während im UN-Kaufrecht (Art 21 Abs 1) eine verspätete Annahme wirksam ist, ist diese hingegen in der OHADA grundsätzlich als Erlöschen der Offerte zu werten[705]. Das ABGB bewertet darüber hinaus eine verspätete Annahme als Anbot[706]. Somit kommt die Rücknahmeerklärung bei verspäteter Annahme lediglich im UN-Kaufrecht in Betracht. Für nicht zugangsbedürftigen Annahmevollzug (der Vertragsabschluss erfolgt aufgrund der zwischen den Parteien getroffenen Absprachen, praktizierten Gepflogenheiten sowie beachtlichen Gebräuche) ist die Rücknahme ins besondere im UN-Kaufrecht entbehrlich[707].Da eine Rücknahme als Willenserklärung keinen actus contractus zur Willensbestätigung darstellt, soll die Vorgehensweise zur Aufhebung einer

[704] Siehe *Hagge*, 89, für den Fall nach Ablauf der Frist abgegebenen Annahme kann in der OHADA Ergänzend über Art 205(jetzt 237) AU.DCG nationale Bestimmungen hinzu gezogen werden, da eine Art 21 CISG entsprechende Regelung das Fünftebzw Achte Buch nicht enthält. Aus dem Gesamtzusammenhang der Bestimmungen zum Vertragsschluss ergibt sich jedoch, dass diesbezüglich eine abschließende Regelung getroffen werden sollte, eine Ergänzung durch nationale Bestimmungen insofern wegen des zwingenden Charakters des OHADA-Rechts ausscheiden muss. Somit müssen die gesetzten Fristen respektiert werden. eine verspätete Annahme kommt nicht in Betracht. Daher ist ein neues Angebot und dessen Annahme nach den Regeln des Fünften Buches erforderlich.
Hingegen ist im UN-Kaufrecht eine verspätete Annahme möglich.
[705] *Santos/Toé,* 380; *Hagge*, 89.
[706] Vgl *Koziol- Wesel*, I/12a. 172.
[707] *Honsell*, 157.

Annahmeerklärung beim Zugangsverzicht im Sinne des Art 18 Abs 3 nicht infrage kommen. Insofern wird die Annahme nach Beendigung der Handlung mit bereits vorgenommener einaktiger Zustimmungshandlung wirksam. Auch bei der Rücknahme soll die Verwendung von Fremdsprachen oder elektronischen Mitteilungen in beiden Regelwerken gleichermaßen behandelt werden. Hinsichtlich der Form ist die Rücknahme stets formfrei, sodass der Vorbehalt zB nach Art 12, 96 oder die Vereinbarung der Parteien zur Einhaltung bestimmter Formen wie bei der Annahmeerklärung keine Rolle spielen[708] . Entscheidend ist auch wie bei der Rücknahme des Angebots allein der zeitlicher Ablauf, wobei allerdings bei weiterer Erklärung des Annehmenden bei Bedarf in jedem Einzelfall sorgfältig abzuwägen ist. Nämlich, ob dessen Erklärung als Zustimmung oder Abweichung zu dem Vertragsangebot zu werten ist (im Sinne zB Art 22 oder Art 19). Als Rechtsfolge führt die Rücknahmeerklärung mit Wirkung ex tunc vollständig zur Aufhebung der Annahmeerklärung. „Auch eine zugangsbedürftige Annahmebestätigung nach Abs 1 des Art 22 kann durch überholende Rücknahme untergehen“[709]. Mit Zugang der Annahmeerklärung ist der Vertrag verbindlich abgeschlossen. Auch ein Widerruf wie beim Zugang des Vertragsangebots kommt nicht infrage. Praktisch entspricht dies einem Aufhebungsrecht[710].

III Zusammenfassend

Bei Vertragsabschluss ist lediglich der äußere Konsens nach den Regelwerken beachtlich, der durch Angebot und Annahme hergestellt wird, und dieser gilt auch für Vertragsabschlüsse im E-commerce[711]. Die Regelungen der Art 14 ff und 241 ff gelten für den endgültigen Vertragsabschluss zwischen den Parteien oder den Abschluss eines Vorvertrages, als auch für Vertragsformen wie Vereinbarung einer Kaufoption sowie Rahmenvereinbarung (mit getrennter Beurteilung für Alleinvertriebs- und Kaufvertrag). Dazu kommen insbesondere im UN-Kaufrecht die Vertragsaufhebung, -ergänzung und -änderung sowie Vergleichsverträge[712]. Die vorvertragliche Phase bleibt insbesondere im UN-Kaufrecht ungeregelt. Lediglich wird teilweise die Haftung aus culpa in contrahendo in Art 249 AU.DCG gestattet.

---

[708] Dazu *Piltz*, 121.
[709] *Honsell*, 156.
[710] *Honsell*, 157.
[711] *Piltz*, 101.
[712] *Honsell*, 82,

Der Vertrag wie bereits ausführlich dargelegt, kommt im Sinne der Regelkörper zustande, wenn die Annahme der Offerte wirksam geworden ist. Folglich gestaltet sich das weitere Schicksal des einmal abgeschlossenen Kaufvertrags. Da mit Zugang der nicht zurückgenommenen Annahmeerklärung der Vertrag wirksam abgeschlossen ist[713], können sich die Parteien nicht beliebig ihren Verpflichtungen ohne negativ rechtliche Konsequenzen entziehen. Auch eine Widerruflichkeit der einmal zugegangenen Annahmeerklärung wie beim Vertragsangebot ist ausgeschlossen und ist lediglich in der OHADA (Art 247 AU.DCG) bedingte gestatten. Hinsichtlich einer zugangsfreien Annahmehandlung kommt der Vertrag zum Zeitpunkt der Vornahme der Handlung zustande. Anders als in der OHADA kommt kein Vertrag aufgrund einer Geltungsmitteilung im Sinne Art 21 Abs 1 UN-Kaufrecht des Anbietenden zustande. Eine Lückenfüllung ist in dieser Situation anhand des Zivilrechts oder Absprachen, Handelsbräuche oder Gepflogenheiten möglich (Art 237 AU.DCG). Ansonsten kommt der Vertrag in der OHADA (Art 243 Abs 1 AU.DCG) wie im UN-Kaufrecht (Art 21 Abs 2) vorbehaltlich Auflösung infolge Erlöschensanzeige des Anbietenden bei einer erkennbaren Beförderungsstörung zustande.

Soll außerdem ein Marktpreis angenommen werden, muss dieser im Zusammenhang mit dem Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bestimmt werden. Bei vom Angebot abweichendem Erklärungsinhalt der Annahme hängt das Zustandekommen des Vertrags von unwesentlichen Abweichungen ab und unter Vorbehalt der Auslösung aufgrund einer Beanstandungsmitteilung des Anbietenden[714]. Die Einbeziehung von AGB-Klauseln kann beachtet werden, sofern spätestens bis zum Abschluss des Vertrages auf diese hingewiesen wird. Dabei ist grundsätzlich unabdingbar, dass der Text der AGB-Klauseln der anderen Vertragspartei spätestens bis zum Abschluss des Vertrages tatsächlich vorgelegt wird. Allerdings ist unerheblich, ob die AGB gelesen und gar ihre Geltung gezielt bestätigt wird. Darüber hinaus erfolgt deren Geltung, wenn die geeignete Sprache (Heimatsprache der anderen Partei oder Vertragssprache) berücksichtigt wird. Zudem ist darauf zu achten, unter welchen Umständen die

[713] Ob Rechts- und Geschäftsunfähigkeit, Ableben und Insolvenz einen Einfluss auf die Annahmeerklärung oder –Bestätigung nach deren Abgabe oder Vornahme ausüben können, hängt von dem durch international-privatrechtlich zur Anwendung berufene Recht ab, aber abweichende Vereinbarungen (Art 6) können diesbezüglich teilweise oder vollständig Einfluss darauf haben*, (Honsell*, 157*);* Diese Rechtsfragen sind in der OHADA nachvollziehbar und können vordergründig anhand des Allgemeinen Zivilrechts und Parteivereinbarungen beantwortet werden. Das Kollisionsrecht (internationales Privatrecht) ist bei Bedarf heranzuziehen.

[714] *Honsell*, 156; *Ngeubou*, 68, Siehe *Hagge*, S 87, Anm. 382.

Kenntnis über die Geltung der AGB angenommen werden soll. Besondere Sorgfalt soll bei konkludenten Änderungen des bislang bestehenden AGB-freien Vertrages infolge nachträglich eingeführter AGB angebracht werden. Entsprechendes gilt auch für vorformulierte, namentlich vordruckte Regelungen. Im Hinblick auf die Wirksamkeit der AGB in einem Vertrag stellt deren Inhaltskontrolle eine maßgebliche Rolle für ihre Gültigkeit (einzelne AGB-Klauseln) dar. Die Rechtsfragen der Gültigkeit des Vertrages oder AGB sollen umsichtig nach dem nationalen Recht ermittelt werden[715]. Bei der Auslegung der AGB ist im Zweifel die Sicht eines vernünftigen Empfängers entscheidend.

Die Beweislast für die wirksame Annahme bzw Vertragsabschluss trifft diejenige Partei, die sich auf die Wirksamkeit des Vertrages beruft[716].Ob dieser Rechtsprechung auch in der OHADA Folge geleistet wird, ist nicht auszuschließen, zumal der Grundsatz der Beweislast wie im UN-Kaufrecht auch im Zivilrecht der OHADA-Vertragsstaaten bekannt ist und das UN-Kaufrecht besondere Vorbildwirkung für die Anwendung der OHADA-Regelungen darstellt[717].

Auch bei Verspätungseinwand soll diejenige Partei, die sich auf die Verspätung beruft, die wirksame Fristsetzung, die Verspätung oder den Zugangszeitpunkt beweisen. Diese Ansatzlösung zur Beweislast sollte wie im UN-Kaufrecht ohne weiteres für zugangsfreie Annahmenhandlung nach Art 18 Abs 3 in der OHADA gelten, aber auch für eine etwaige Verspätung des annahmengleichen Verhaltens. Zu erwähnen ist, dass diese Vorgehensweise ja im UN-Kaufrecht umstritten ist. Nach Gegenansicht sollte stets der Annehmende die Beweislast für nicht-zugangsbedürftiges Annahmeverhalten treffen, weil diese Handlung dessen Sphäre zuzurechnen sei und andernfalls für den Anbieter unüberwindliche Beweisschwierigkeiten entstünden[718]. Ausführlich: „Die Rechtsprechung hat zu dieser Frage teilweise vom Anbietenden den Vortrag von Tatsachen gefordert, aus denen sich nach objektivem Ermessen der Rückschluss auf die Vornahme der Handlung ergibt. Dem Annehmenden wurde dann auferlegt, diesen Rückschluss zu entkräften[719]. Dem ist im Ergebnis zuzustimmen. Da die zu

[715] Dazu *Piltz*, 131; *Hagge*, 47:
[716] Kantonsgericht Freiburg CISG.Online Nr 964 (11. 10.2004, Al 2003- 70)
Baumgärtel/Laumen/Hepting, Art 18 Rn 1 und 5; Vgl. *Honsell*, 158.
[717] *Santos/Toé*, 359, 361; *Hagge,* 44 ff.
[718] *Honsell*, 158.
[719] Kantonsgericht Frieburg CISG-Online Nr 964 A1 2003-70(11.10.2004).

beweisende Tatsache in der Sphäre des Annehmenden angesiedelt ist, wird man dem Anbietenden - sofern er nach allgemeinen Grundsätzen mit dem Beweis belastet ist - den Nachweis insofern erleichtern, als der Annehmende zur erweiterten Substantiierung eines Bestreitens verpflichtet wird“ wie im UN-Kaufrecht[720]. In der OHADA kann auch das Schreiben wie kaufmännisches(Unternehmerisches) Bestätigungsschreiben eine praktische Bedeutung erlangen. Der Ort zum Vertragsschluss wurde in beiden Kaufrechten nicht geregelt. Ob der Locus regit actum in Betracht kommen soll, hängt von dem – durch das Internationale Privatrecht zu ermittelnde – anwendbares nationalen Recht ab[721]. Das Zivilrecht „Droit commun“ steht für die Lückenfüllung in der OHADA im Vordergrund. Anzumerken ist, dass bei Anwendung kraft kollisionsrechtlicher Verweisung bis dato die Mitgliedstaaten der OHADA nicht über einheitliches Kollisionsrecht verfügen. Die jeweiligen nationalen Regelungen sind. Schwer überschaubar.

Somit ergibt sich, dass Verkäufer oder Käufer im Hinblick auf die Vertragsbildung im Wesentlichen entweder nach UN-Kaufrecht oder OHADA-Regelung gleichermaßen zu behandeln sind. Allerdings reicht in der OHADA der gleichzeitige Zugang von Rücknahmeerklärung und Annahme nicht aus um das Wirksamwerden der Annahme zu unterbinden. Der Vertragsschluss hat dann bereits stattgefunden[722], sofern ein Widerruf in diesem Zusammenhang nicht vorliegt.

Wie im UN-Kaufrecht wurden im OHADA-Recht die Rechts- und Geschäftsfähigkeit der Parteien, die Störungen in der Willensbildung(Täuschung, Drohung, Irrtum usw ausgenommen Eigenschaftsirrtum)[723]. Der Eigenschaftsirrtum ist nach Vertragsverletzungsrecht – CISG - zu beurteilen[724]. Die wirksame Stellvertretung, die Vertretungs- oder Botenmacht[725] (es wird zum Teil die wirksame Stellvertretung, die Vertretungsmacht in der OHADA geregelt), die Auswirkung von Ableben oder Insolvenz auf die Gültigkeit von Erklärungen, die Sittenwidrigkeit sowie die Unwirksamkeit des Vertrages infolge Missachtung anderweitig beachtlicher

[720] OLG Köln CISG-Online Nr 127 22 U 202/93(22.2.1994); Vgl *Honsell*, 159
[721] Dazu *Audit*, 65, denkbar auch das Übereinkommen über das anzuwendende Recht auf Verträge über den internationalen Warenkauf, Den Haag 1986. Allerdings, wenn dieses Übereinkommen in Kraft tritt.
[722] *Hagge*, 89; *Santos/Toé*, Anm. 608.
[723] *Honsell,* , 83
[724] OGH IHR2001, 1170= IPRax 2001, 149; *Schlechtriem/Schwenzer/Ferrari,* Art 4Rn24; *Lurger* IHR 2005, 177, 179.
[725] Du titre I du Livre IV Art 139 al 1 le courtage, Art 160 commision, Art 180 Agent commercial, 172 ff. 1 AU.DCG; http://www.juriscope.org/actu_juridiques/doctrine/OHADA/ohada_5.pdf.

gesetzlicher Vorschriften (culpa in contrahende bei Vertragsanbahnung) grundsätzlich nicht geregelt[726]. Da die angeführten Themen zu den Gültigkeitsfragen zählen und demzufolge vom Anwendungsbereich der beiden Kaufrechte ausgeschlossen sind (Art 4 Satz 2 UN-Kaufrecht), gelten ansonsten bei Rechtsfragen der Gültigkeit des Kaufvertrages die über das Internationale Privatrecht jeweils maßgeblichen Vorschriften[727]. Eine ergänzende IPR-Norm ist dem „Droit commun“ nicht vorrangig. Art 237 AU.DCG ordnet für im AU.DCG nicht geregelte Fragen die Geltung des "Droit commun" an[728]. Zur Lückenfüllung bei internen Kaufverträgen, soweit internationale Verträge betroffen sind, muss mangels einer einheitlichen Kollisionsnorm weiterhin auf das nationale (unvereinheitlichte) IPR zurückgegriffen werden“. Also sowohl in der OHADA als auch im UN-Kaufrecht kann für die Beurteilung einer Rechtsfrage auf nationales Recht nur soweit zurückgegriffen werden (inwieweit bei einem Dissens zurückgegriffen werden kann, ist zweifelhaft)[729], als die beiden Kaufrechte für die zu beurteilende Rechtsfrage keine Geltung beanspruchen[730]. Stellt sich heraus, dass die Bestimmungen der beiden Kaufrechte für einen Rückgriff auf national-rechtliche Bausteine des Vertragsabschlusses im Wege stehen oder dass die offen gelassenen Rechtsfragen anhand Rückgriff auf Handelsbräuche und Gepflogenheiten sowie durch Analogiebildung oder die Heranziehung des Art 7 zur Abs 2 zur Lückenfüllung dienen, so erübrigt sich eine Beurteilung einer Rechtsfrage unter Berufung auf nationales Recht bzw international-privatrechtlich zur Anwendung berufene Recht. Beispielsweise die Frage des Schweigens auf kaufmännisches(unternehmerisches) Bestätigungsschreiben[731]. Für die Widerrufsvorbehalte bzw die Ausübung von Widerrufsrechten zum Schutz bestimmter Gruppen (das Verweisen in diesem Zusammenhang meist auf Verbraucherwiderrufsrechte) ist die Geltung der OHADA-Regelungen nicht mehr relevanter (Art 235 a AU.DCG)[732]als das UN-Kaufrecht (aufgrund Art 2 lit a.: der Verweis auf die meisten Verbraucherwiderrufrechte[733]., aber nicht die vereinbarten Widerruf- oder Genehmigungsrechte. Die beiden Regelwerke sagen nicht, inwieweit bei einem Dissens auf nationale Vorschriften zurückgegriffen

[726] *Santos/Toé*, 371; *Piltz*, 101; *Posch*, 198.
[727] *Piltz*, 80; *Gomez*, 122.
[728] *Gomez*, 371.
[729] *Honsell,* 83,
[730] *Piltz,* 101; *Santos/Toé*, 371.
[731] *Piltz*, 120
[732] *Santos/ Toé*, 34, die Verbräuchergeschäfte sind vom Anwendungsbereich der OHADA ausgeschlossen.
[733] Nach *Witz/Salger/Lorenz/Witz*, vor Art 14 - 24 Rn7 aufgrund Art 2 lita häufig nicht relevant

werden kann. Die Lehre geht insbesondere im UN-Kaufrecht davon aus, dass „bei einem offenen Dissens die Wirksamkeit des Vertrages davon abhängt, ob die Parteien den offen gelassenen Vertragspunkt im Hinblick auf die Anforderungen an den Mindestinhalt eines Angebot offen lassen wollten und konnten“. Bei Erklärungsdifferenzen wird auf Art 19 UN-Kaufrecht, Art 245 AU.DCG zurückzugreifen sein. Wie im UN-Kaufrecht sollte in der OHADA bei einseitigen Irrtümern grundsätzlich auf Grundlage nationalen Rechts beurteilt werden. Lediglich bei nicht durch Divergenzen zwischen Angebot und Annahme entstandenem Dissens muss nach Art 7 Abs 2 eine einheitliche Lösung erzielt werden[734].Deren Lösungsansatz kommt in der OHADA in Betracht(Art 248 AU.DCG), sofern die Geltung des „Droit commun“ ausgeschlossen ist und mangels einheitlicher Kollisionsnorm vorliegt.

Hinsichtlich der Vorschriften zum äußeren Vertragskonsens wurde den Vertragsstaaten, aber lediglich im UN-Kaufrecht das Recht (Art 92) eingeräumt, die Regeln zum Vertragsabschluss nach Art 14 bis 24 nicht zu übernehmen. Daraufhin haben einige Staaten diesbezüglich einen Vorbehalt gemäß Art 92 UN-Kaufrecht erklärt. ZB Dänemark, Finnland, Norwegen und Schweden haben von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht. Folglich gilt zB: Verweist das IPR eines Staates auf das Recht eines solchen Vorbehaltsstaates, dann sind die Art 14 bis 24 UN-Kaufrecht auf den Sachverhalt nicht anzuwenden. Sofern die Vertragsparteien aus deren Staaten nicht gezielt die Anwendung des UN-Kaufrechts vereinbart haben, sind die Vertragsabschlussbestimmungen des UN-Kaufrechts im Verhältnis zu diesen Staaten nicht anwendbar. Aufgrund Art 6 UN-Kaufrecht steht es den Parteien jedoch frei, das maßgebliche Vertragsrecht auf herkömmliche Art und Weise über das Internationale Privatrecht zu erarbeiten[735]. Obwohl die Geltung des AU.DCG nicht pauschal ausgeschlossen werden kann, ähneln die Vertragsschlussregeln der Art 241 bis 248 AU.DCG im Ergebnis sehr weitgehend den entsprechenden Bestimmungen in Art 14 bis 24, weil „in zahlreichen Einzelvorschriften klargestellt wird, dass die Parteien von den AU.DCG-Regelungen Abweichendes vereinbaren können“[736].

[734] *Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter*, zitiert von *Honsell*, 83*,*
[735] *Piltz*, 102.
[736] *Schroeter*, cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblioschroeter.htm/#2(12.13.2012).

Ausschließlich im UN-Kaufrecht können die Parteien bzw Staaten einen Vorbehalt der förmlichen Erfordernisse (Art 96 iVm Art 12) des Kaufvertrages erklären[737]. Die Vertragsschlussregeln der Art 14 bis 24 sind in diesem Zusammenhang nicht betroffen. Bezüglich des förmlichen Erfordernisses (Art 12 iVm Art 96) ist umstritten, ob eine der Parteien, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt oder Sitz in einem Vorbehaltsstaat haben, die etwaigen Formvorschriften nach dem einschlägigen IPR ermitteltem anwendbarem nationalen Recht beachten muss oder das nach nationalem Recht anwendbare Recht[738].

Kapitel D Pflichten der Parteien aus abgeschlossen Kaufvertrag

Der dritte Teil des Übereinkommens stellt „die allgemeinen Bestimmungen" dar, dann präzisiert er gleichzeitig „die Pflichten des Verkäufers", „die Verpflichtungen des Käufers", „der Gefahrübergang" und „die Bestimmungen, die den Verpflichtungen des Verkäufers und des Käufers gemeinsam sind". Die Verpflichtungen des Verkäufers sind in den Kapiteln I, II und V des dritten Teiles des Abkommens definiert. Allerdings werden auch die Art 5 und 6 in Bezug auf den Anwendungsbereich des Übereinkommens berücksichtigt. Art 30 bestimmt: „Der Verkäufer verpflichtet sich unter den Bedingungen, die am Vertrag und im vorliegenden Übereinkommen vorgesehen sind, die Waren zu liefern, davon das Eigentum zu übertragen und, gegebenenfalls die sich darauf beziehenden Dokumente zu übergeben." Die Art 25 bis 88 enthalten Regelungen für die Pflichtprogramme des Käufers.

Die OHADA versteht den Kaufvertrag als synallagmatischen Vertrag. Neben den Bestimmungen zum Zustandekommen von Kaufverträgen nähert sich auch das materielle Kaufvertragsrecht denjenigen des UN-Kaufrechts. Strukturell finden im dritten Titel Kapitel 1 und 2 Pflichten der Kaufvertragsparteien sowie im Titel 4 Kapitel 1 und 2 Eigentumsübergang und Gefahrübergang. Der Titel 5 befasst sich insbesondere in den Kapiteln I Kapitel 2und 3 mit den Folgen von

[737] *Piltz*, 102, 2008 (Die in Art 14 ff erzielten Lösungen sind das Ergebnis eines Kompromisses, der in gewissem Umfang alle Theorien (kontinental-europäischen und angloamerikanischen Rechte) reflektiert und miteinander zu koordinieren versucht. Trotz seiner Spezifizität kann man davon ausgehen, dass sich das UN-Kaufrecht als moderne "Rechtsfamilie" durchsetzen will).
[738] *Haberl,* 12 f.

Pflichtverletzungen und sonstigen Störungen sowie die Beendigung des Kaufvertrages und machen wie im UN-Kaufrecht den Schwerpunkt des achten Buch aus (Art 250 – 302 (früher Art 219 bis 288) AU.DCG). Wie im UN-Kaufrecht kann auf nationales Recht nur zurückgegriffen werden, soweit das OHADA-Kaufrecht für die zu beurteilende Rechtsfrage keine Geltung beansprucht. Die beiden Kaufrechte kennen nicht die Unterscheidung wie im ABGB zwischen ursprünglicher, nachträglicher, absoluter, subjektiver und objektiver Unmöglichkeit, subjektivem und objektivem Verzug, Gewährleistung und positiver Verletzung[739].

Erhebliche Änderungen und Neurungen gegenüber dem UN-Kaufrecht betreffen Augenmerk die Verkäuferhaftung für versteckte Sachmängel und die Rügefrist des Käufers sowie die Ausgestaltung des Rechts zur Vertragsaufhebung. Inwiefern die Verfasser des achten Buches des AU.DCG von dem Vorbild des UN-Kaufrechts abgewichen sind, soll d im Folgenden darstellen. Daraufhin wird untersucht werden, welche Rückwirkungen sich durch diese Form der regionalen Rechtsvereinheitlichung auf das UN-Kaufrecht selbst und auf den potentiellen Verkäufer und Käufer ergeben.

Anzumerken ist, dass fast keiner *(*ausgenommen Guinea[740]*)*der Mitglieder der OHADA-Vertragsstaaten zurzeit der Gründung der OHADA das Wiener Übereinkommen vom 11. April 1980 unterzeichnet hat. Es gab auch in den innerstaatlichen Rechtsvorschriften keine Codierung auf dem kommerziellen Verkauf, und nur Verweise auf die Bestimmungen des „Code Civil“, oder auf bestimmte Texte, die für die Regulierung der Exklusivverträge für den Kauf oder Verkauf im legislativen Bereich die einzige Referenz waren. (Beschluss des 7. Dezember 1970 in Senegal). Da das Wiener Übereinkommen seit seiner Unterzeichnung zum weltweit bedeutendsten einheitsrechtlichen Regelwerk für internationale Kaufverträge gehört und auch in großen Wirtschaftsländern Gültigkeit besitzt, schien es notwendig, in das materielle Recht der OHADA die möglichst nahen umfassende Bestimmungen des UN-Kaufrechts, die nun in den meisten Staaten gelten, zu übernehmen. Obwohl viele Vorschriften des UN-Kaufrechts wörtlich in den Text des AU.DCG übernommen wurden, enthält jener jedoch, wie noch zu zeigen sein wird, auch signifikante

[739] Vgl *Koziol- Wesel*, I/12a, 172.
[740] Dazu *Piltz*, 22.

Abweichungen vom UN-Kaufrecht[741]. Daher erweitert die OHADA das Kaufrechtserscheinungsbild um eigene Versionen und birgt gleichsam ein flüchtiges Potenzial des Widerstands in einer globalisierten Welt. .

I Pflichten des Verkäufers

Der Art 30 UN-Kaufrecht stellt die drei wesentlichen Verpflichtungen dar: Die Lieferung der Waren, der betreffenden Dokumente und dem Käufer Eigentum zu verschaffen. Art 31 CISG regelt den Erfüllungsort, Art 33 CISG die Erfüllungszeit. Wenn sich aus dem Vertrag weder ein Zeitpunkt noch ein Zeitraum für die Lieferung ergibt, dann hat sie der Verkäufer innerhalb angemessener Frist nach Vertragsabschluss zu leisten. Es bedarf keiner Mahnung wie die Bestimmungen des ABGB voraussetzen[742]. Sonstige Pflichten sollen nach Lage des Falles berücksichtigt werden.

Wie schon im UN-Kaufrecht (Art 30, 31 CISG) sind in den Artt 250, 251 ff. (früher219, 220 ff.) AU.DCG die grundlegenden Pflichten des Verkäufers zusammengefasst und näher ausgeführt. Zu dessen Pflichten zählen die Lieferung der verkauften Ware am Erfüllungsort- und Zeit (Art 252 ff AU.DCG), die Übergabe von Warendokumenten und ausdrücklich anders als im UN-Kaufrecht von sonstigen Dokumenten erforderlich bzw für die Inemfangnahme der Ware sowie für Beweismittel von Kauf und Lieferung und die Gewährleistung der Ware von Sach- und Rechtsmängeln sowie sonstige Störungen nach Maßgabe des Kaufvertrags und der Regelungen des Regelwerks. Verletzt der Verkäufer eine der genannten Pflichten, so stehen dem Käufer im Prinzip die in Art 282 ff AU.DCG normierten Rechtsbehelfe zu. Bereits der Wortlaut des Art 250 AU.DCG wie schon 30 UN-Kaufrecht verdeutlichen den Vorrang der Parteienautonomie[743]. Zur Beurteilung des Inhalts der Verkäuferpflichten ist primär der Vertrag entscheidend. Das dispositive Gesetzesrecht kommt sekundär in Betracht. Die Handelsbräuche haben eine besondere Bedeutung bei der Festlegung der Pflichten der Parteien aus dem Kaufvertrag sowie der Trade Terms (Lieferklauseln)[744] (Artt 238, 239 AU.DCG; 8, 9 CISG). Bemerkenswert ist, dass sich die vorrangige zwingende

[741] *Hagge*, 89, der Aufbau lässt- trotz einer erneut starken Anlehnung- deutliche redaktionelle Unterschiede gegenüber dem Teil III. („Warenkauf") des CISG erkennen. Diese betreffen den Rechtsbehelfen, die Gefahrtragungsregeln und Eigentumsübergang.
[742] *Koziol-Welsel*, II/12 a, 173.; *Perner/Spitzer/Kodek*, 633
[743] Dazu *Hagge*, 91.
[744] *Honsell*, 323, Siehe *Hagge*, 91, Art 219 iVm 205ff.

Anwendbarkeit des OHADA-Rechts iSd Art 10 OHADA-Vertrag nur subsidiär diesbezüglich bereithält[745].

Die Verkäuferpflichten zur Lieferung vertraglich gemäßer Ware und zur Gewährleistung sollen so verstehen, dass sich das OHADA-Recht deutlich vom bisherigen Recht der OHADA-Mitgliedstaaten unterscheidet. Dort erschöpft die Lieferpflicht in der bloßen Lieferungshandlung und die Gewährleistung im nationalen Recht umfasst eines von Rechten von Dritter ungestörten Besitzes.

Im Gegensatz zum UN-Kaufrecht wird die Pflicht zur Übertragung des Eigentums an der Kaufsache nicht ausdrücklich normiert. In Art 275 AU.DCG erfolgt vorbehaltlich abweichender Parteivereinbarungen der Eigentumsübergangs im Zeitpunkt der Lieferung. Hingegen fehlt im UN-Kaufrecht Klarheit über die zugehörigen Dokumenten, die dem Käufer zukommen zu lassen sind.

1Lieferung der Ware

Wie schon im Art 31 CISG beinhaltet Artt 51 iVm 52 AU.DCG nur unterschiedliche Art von Lieferhandlungen. Aus der Lieferungspflicht in beiden Kaufrechten wird keine allgemein gültige Definition der Lieferung hervorgegangen[746].Da der Verkäufer vertragsgemäße Ware liefern muss[747], ist davon auszugehen, dass die Lieferpflicht jene tatsächlichen Handlungen umfasst, die der Verkäufer vornehmen muss, um die Ware an den Käufer zu übergeben [748] und die zugehörigen Dokumenten diesem dem zukommen zu lassen. Die zu erbrachte Leistung ist am vertraglichen oder gesetzlichen vorgesehener Ort und Zeit der Lieferung zu erfolgen. Die zugehörigen Dokumenten, die dem Käufer zukommen zu lassen sind, weisen in der OHADA besondere Regelungen auf.

[745] Das beim Anwendungsbereich und hinsichtlich des Vertragsschluss vorrangige und zwingende Anwendbarkeit reklamierende OHADA-Kaufrecht hält sich vielfach nur subsidiär bereit, damit die Flexibilität im Wirtschaftsverkehr ermöglicht wird. Die Grenze zum Gestaltungsspielraum findet dort, wo der Kein einer Haupflicht betroffen ist , so *Hagge*, 91
[746] Siehe Art 19 Haager EKG; *Piltz,* 151.
[747] *Koziol-Welsel*, II/12a , 173
[748] *Honsell*, 324

1.1 Lieferhandlung

Im Allgemeinen wird bei der Lieferhandlung eine Holschuld des Käufers vermutet[749], da derartige Lieferhandlung mit wenig Aufwand und Risiko und ohne Mitwirkungsnotwendigkeiten des Käufers erfolgt werden kann. Während der Verkäufer die Lieferplicht mit der Bereitstellung der Ware privilegiert, favorisiert der Käufer hingegen die Lieferpflicht mit Übergabe der Ware. Da die Überleitung faktische Kontrollmöglichkeit auf den ihn erfolgt. Vorbehaltlich anderer Vereinbarung der Parteien entscheidet das OHADA-Recht in den Art 251 bis 252 AU.DCG differenzierbar die zentrale Lieferungsverpflichtung des Verkäufers folgendermaßen: sie besteht entweder in der Verfügungsstellung(Bereitstellung)der Ware an einem vereinbarten Ort(Art 251 AU.DCG) oder in der Übergabe der Ware an den Transportunternehmer zur Lieferung an den Käufer(Art 252 Abs 1 AU.DCG). Diese Definition ist a priori überraschend, klingt wie die Vorbildregelung des Art 31 CISG und unterscheidet sich jedoch von der Aushändigung(„délivrance"), die einer Bereitstellung der Ware entspricht und vom Konzept, das die Übergabe der Ware an die Verfügung des Käufers durch verschiedene Verfahrensweisen bestimmt[750]. Die Lieferung entspricht nach obiger Definition einer der möglichen Formen der Aushändigung („Délivrance"). In Wirklichkeit ist das, was der Gesetzgeber unter Lieferung der Ware versteht, dem traditionellen Konzept der Aushändigung ähnlich[751]. Daher wird nunmehr unter „Livraison" („Lieferung") nicht lediglich ein bloßes, weitgehend passives Zurverfügungstellen der Ware als Lieferhandlung gemeint[752].

Wenn die vorzunehmende Lieferhandlung in dem Zurverfügungstellen der Ware besteht, kommt vorbehaltlich abweichender getroffener Absprachen oder besonderer Gebräuche oder Gepflogenheiten zweifelsfrei der Art 251 AU.DCG(entspricht Art 31 b und c CISG) zur Anwendung. In dieser Variante ist eine Übergabe bzw eine Gewahrsamserlangung durch den Käufer oder durch eine von diesem befugte Empfangsperson nicht erforderlich. Das Aufladen – oder bei Fernkäufen – der Ware zählt nach der Lieferhandlung des Verkäufers bzw nach Zurverfügungstellung im

[749] *Hagge,* 92; *Enderlein/Maskow/Strochbach*, Art 31, Anm 10 ;*Karollus*, 108; *Schlechtriem/Huber*, Art 31

[750] Dazu *Hagge,* 92; *Santos /Gomez*, 389; *Barbiere*, 60; Alter, thèse de Grenoble, 1972; *Houin/Pedamon*

[751] *Fénéon/Gomez*, 138, *Hagge,* 92; *Collard /Delebecque*, 186

[752] *Hagge*, 92; *Santos/ Toé*, 389; *Vgl Fénéon/Gomez*, Art 219, Anm. 2; *Gomez,* Penant N. 827, Anm. 83; Vgl *Bianca/Bonell/Lando*, Art 30 CISG, das EKG verknüpte in Art 19 Abs 1 die Lieferung noch mit der Vertragsmäßigkeit der Ware; vCaemmerer/Schlechtriem/Huber, Art 31, Rn. 16; Heuzé, Anm. 240; *Hagge,*Anm. 405

Zweifel bereits zum Pflichtenkreis des Käufers, wenn es ersichtlich ist, dass der Verkäufer alles getan hat, damit der Käufer die Ware in Besitz nehmen kann[753]. Wenn der Art 251 AU.DCG oder Art 31 b CISG nicht ausdrücklich erwähnt, wird der Käufer in der Lage sein, die Ware in Besitz zu nehmen, wenn die Absonderung oder gegebenenfalls die Kennzeichnung der verkauften Ware erfolgt wird. Anders ist, wenn die Zuordnung mit Übernahme durch den Käufer bzgl. Füll-oder Schüttgütern oder Lagerware möglich ist. Jedenfalls ist jedoch erforderlich, dass der Käufer von der Bereitstellung informiert wird[754], es sei denn der Abholungstermin wird vereinbart oder die Ware aufgrund Begleitumstände bereits zu seiner Verfügung anzusehen ist[755]. Befindet sich die Ware im Gewahrsam eines Dritten, erfüllt der Verkäufer seine Pflicht zur Lieferung (Art 31 lit b und c CISG), indem er den Dritten verbindlich anweist, dass dieser den Besitz nunmehr für den Käufer ausübt. Eine Abtretung des Anspruchs des Verkäufers auf Herausgabe der Ware an den Käufer ist auch vorstellbar. Es wird jedoch vorausgesetzt, dass die Erfüllung dieses Anspruchs durch den Dritten keine weiteren Schwierigkeiten bereitet[756]. Dem Art 251 AU.DCG lässt sich nicht anders entnehmen.

Auch im OHADA-Recht kann der Verkäufer kann zum Zweck der Lieferung die zum Zeitpunkt des Vertragsabschusses auf dem Transport befindliche (rollende, fliegende oder schwimmende) Ware dem Beförderer entsprechend anweisen (diese am Bestimmungsort für den Käufer zu übernehmenden Ware) oder dem Käufer zur Herausgabe legitimierender Papiere übergeben[757]. Jedenfalls der Verkäufer muss den Käufer in die Lage versetzen, die Ware am Bestimmungsort des Transports übernehmen zu können[758].

Anzumerken ist, dass die Lieferverpflichtung des Verkäufers bedeutungslos ist, „wenn der Käufer mit Zustimmung des Verkäufers (ZB die Ware war bereits dem Käufer zuvor

---

[753] *Piltz,* 156, *Mankowski in Ferrari/Kieninger/Mankowski/Otte/Saenger/Staudinger* Art 31 ; Rn 14; *Huber/Widmer* in *Schlechtriem/Schwenzer* Art 31, Rn 54; Sekretariatskomm.zum UN-Kaufrecht Art, 29 Anm 16.
[754] *Piltz*, 156.
[755] Vgl *Saenge*r in *Bamberger/Roth* Art 31 Rn 14; Huber/Widmer in *Schlechtriem/Schwenzer* Art 31 Rn 52; *Piltz,* 156.
[756] Sekratariatkomm. Art 29 Anm 17; *Huber/Widmer in Schlechtriem/Schwenzer* Art 31 Rn 58 f; *Piltz*, 156
[757] *Honsell*, 335 ; *Piltz,* 156.
[758] Vgl *Huber/Widmer* in *Schlechtreim/Schwenzer* Art 31, Rn 79; *Staudinger/Magnus* Art 31, Rn 28.*; Piltz,* 156.

zur Nutzung, in Konsignation oder in Kommission überlassen worden oder von dem Verkäufer bis dahin auf dem Gelände des Käufers gelagert worden) bis zu dem vorgesehenen Lieferzeitpunkt den tatsächlichen Gewahrsam an der gekauften Ware erlangt hat“[759]. Die Lieferhandlung erübrigt sich auch, wenn aufgrund einer Vereinbarung der Parteien (etwa sale-and-lease-back, Verwahrungs- und Mietverhältnisse) die Ware körperlich bei dem Verkäufer verbleibt.

Mit der Variante des Art 252 Abs 1 AU.DCG schafft die Wahl des Wortes „Lieferung“ der Ware durch einen Transporteur an den Käufer eine gewisse Unsicherheit. Nach Art 252 Abs 1 beschränkt sich anders als Art 31 a CISG(er spricht klar für die Übergabe der gesendete Ware an den ersten Beförderer zur “Übermittlung“ („transmission“) an den Käufer. Dabei ist der Transporteur nicht geschuldet[760]) die Lieferhandlung des Verkäufers auf die Übergabe der Ware an einen Beförderer zur Lieferung an den Käufer. Ob der Verkäufer Teil der von dem Transporteur geforderten Bringschuld ist, ist nicht völlig zweifelsfrei. Zumal unklar ist, ob der Verkäufer seiner Pflicht nachkommt, wenn er die die Ware an den ersten Transporteur oder an den Beförderer (z B Die Ware wird durch eigene Leute transportiert) übergibt. In Anlehnung an die Literatur zum UN-Kaufrecht unter Berücksichtigung des Gesamtzusammenhangs des Achten Buches ist davon auszugehen, dass Art 252 Abs 1 AU.DCG zur Anwendung kommt, wenn es sich um Beförderungsverkauf handelt und der Verkäufer dabei ein Schickschuld treffen soll. Art 278 AU.DCG spricht dafür. Demnach soll die Gefahr im Fall eines Beförderungsverkaufs im Zeitpunkt der Übergabe an den ersten Beförderer auf den Käufer übergehen.

Gemäß Art 252 Abs 1 AU.DCG kann man auch in concreto angesichts Wort „Lieferung“ verstehen, dass diese Variante sich für die Fälle beschränkt, in denen der Verkäufer sich um den Transport kümmert. Aus Art 52 Abs 1 AU.DCG) lässt keine eindeutige Antwort ableiten, dass der Verkäufer die Beförderung organisieren muss. Dagegen ist er Gemäß Art 252 Abs2 AU.DCG lediglich verpflichtet, die zum Transport erforderlichen Verträge -ausgenommen Transportversicherung (Art 252 Abs 3 AU.DCG)- abzuschließen. Gegenstimme ist auch gegenüber Art 31 a CISG sichtbar. Einerseits wird eine begrenzte Anwendung angenommen. Andererseits vertritt eine

[759] *Piltz,* 151.
[760] *Pilz ,* § 4, Rn 16; *Hagge*, 93; *Schlechtriem/Huber*, Art 31, Rn 3; *Soergel/Lüderitz/Schüßler-Langeheine*, Art 31

Ansicht, wonach die Vorschrift keinerlei Aussage über die Verantwortlichkeit für die Beförderung beinhaltet[761]. Aufgrund einer unbeabsichtigten redaktionelle Ungenauigkeit des Art 252 Abs 1 AU.DCG ist davon auszugehen, dass dem Verkäufer die Plicht und die Verantwortung für die Beförderung bis zu dem (ersten) Transporteur sowie die Übergabe einschließlich der fachgerechten Verladung der Ware in oder auf das von dem Beförderer gestellte Transportmittel bleibt[762] und soweit die Auswahl des Beförderers immer im Belieben des Verkäufers liegt. Letztendlich bleibt die Beantwortung dieser Frage dem CCJA vorbehalten[763]. Aus Art 252 Abs 1 iVm 278 Abs 1 ergeben sich, dass es sich um ersten Beförderer handelt. Es wird ein Selbständiger, vom Verkäufer rechtlich unabhängige Transportunternehmen verstanden. Denn die Gefahr soll im Zeitpunkt der Übergabe an den ersten Beförderer auf den Käufer übergehen. Dabei ist unerheblich, ob ein Spediteur oder etwa Frachtführer, Post Bahn, Paketdienste, Verfrachter usw. infrage kommt. Entscheidend ist die Art der übernommenen Aufgabe. Durch die Versendung an den Abnahmeort hat er die Ware an den Abnahmeort in die Wege geleitet. Eine Versendungsanzeige ist nicht ausdrücklich erwähnt. Für eine eindeutige Zuordnung der übergebenden Ware wäre die Pflicht zur Gewährleistung der Anzeige wie in Art 32 Abs 1CISG vorzusehen. Nach der Literatur zum UN-Kaufrecht treffen die Kosten der Beförderung den Käufer. Unerheblich ist, wer den Transport organisiert hat. Die Gefahr geht bereits auf den Käufer mit der Übergabe der Ware an den ersten Beförderer über(Art 31 a CISG iVm 67 CISG). Eine Holdschuld und Bringschuld ist ausgeschlossen. Die obliegende Lieferhandlung des Verkäufers ist durch die Aushändigung an den ersten Transporteur erfüllt.

Die Lieferpflicht nach Art 31 lit a oder Art 252 Abs 1 AU.DCG erfasst auch das Streckengeschäft (ausgenommen Selbsttransport durch den Vorlieferanten) aber "nicht den vorgelagerten Transportvorgang, den der Verkäufer veranlassen oder durchführen muss, um überhaupt erst die Ware von einem Zulieferer zu beschaffen"[764].

Bei internationalen Liefergeschäften ist der örtlichen Distanz zwischen der Niederlassung des Verkäufers und dem Sitz des Käufers einen Nachweis, dass die

[761] Vgl *Staudinger/Magnus* über die Dartellung des Meinungsstands zum Art 31, Rn 14 ff*; Hagge*, 93.
[762] *Piltz*, 155; LG Bamberg, IHR 2007, 113 ff., 116; *Hennecke*, 268; *Witz in Witz/Salger/Lorenz* Art 31 RdNr 24; *Hagge*, 93.
[763] *Hagge*, 94
[764] *Honsell*, 335.

Liefer- und Abnahmeort im Zweifel nicht identisch sind. Während der Liefergeschäfte iSd UN-Kaufrechts im Zweifel grundsätzlich als Beförderungsverkäufe zu werten ist(Art 31 lit a CISG) [765], ist dagegen nach dem OHADA-Recht (Art 252 Abs 1AU.DCG) der Frage nachzugehen, ob ein internes- oder internationales Geschäft vorliegt. Anders ist vorzugehen, wenn die Liefer- und Abnahmeort der Ware am gleichen Ort zusammenfallen. Das ist der Fall bei Vereinbarung der INCOTERMS(EXW-ab Werk. Der Lieferakt für den Kaufvertrag (Art 31 lit a; Art 252 Abs AU.DCG) ist dann erfüllt, wenn die Ware nach Vertragsabschluss zum Transport gebracht und an den Beförderer ausgehändigt wird. Beim Verkauf bereits reisender Ware hat hingegen der Übergabeakt bereits früher stattgefunden, und er kann nicht nachträglich zum Lieferakt gemacht werden. Eine Rückbeziehung aufgrund der Gefahrtragung kann vorgenommen werden (Art 68 CISG; 279 AU.DCG). Nach Erfüllung der Lieferhandlung ist der Verkäufer für Fehler oder rechtswidrige Verhaltensweisen des Beförderers nicht mehr verantwortlich[766].

Wird die Ware nach dem Gefahrübergang beschädigt oder zerstört, muss der Käufer den Kaufpreis zahlen, es sei denn, die Beschädigung oder der Untergang ist auf ein Verhalten des Verkäufers zurückzuführen (Art 66 CISG; 277Abs 2 AU.DCG). Im Einzelnen enthalten die Art 67 bis 69 CISG; 278 bis 280 AU.DCG genauere Regelungen über den Zeitpunkt des Gefahrüberganges, die im Wesentlichen dem österreichischen Recht entsprechen[767].

Nach Art 276 AU.DCG ist die Lieferverpflichtung unabhängig von der Eigentumsverschaffung zu sehen. Daher ist für die Lieferung iSd Art 251f. AU.DCG unbedeutet, ob der Verkäufer sich das Eigentum an der Ware zurückbehält(Art 276 AU.DCG).

In der Praxis können die Parteien eine Absprache zur Lieferhandlung treffen, die die Übergabeverpflichtung des Verkäufers oder Übernahmepflicht des Käufers bei bloßer Abgabebereitschaft des Verkäufers oder eine Mischformen der Lieferart beinhaltet sind. Die Art der Lieferungshandlung kann bereits in der Geltung einer INCOTERM

[765] *Piltz*, 154, LG Bamberg, IHR 2007, 113 ff., 116; LG Flensburg, IHR 2001, 202; Saenger in *Bamberger/Roth* Art 31 Rn 38; *Huber/Widmer* in *Schlechtriem/Schwenzer* Art 31, Rn 18*; Staudinger/Magnus* Art 31, Rn 29. Anders ist vorzugehen, wenn der
[766] *Piltz*, 155.
[767] *Koziol-Welser*, II/1a2, 174.

festgelegt werden. Werden beispielsweise die Klauseln EXW, FAS, FCA verabredet, erfolgt die Lieferhandlung am Sitz des Verkäufers. Beim Einsatz von D-Klauseln hat der Verkäufer die Ware lediglich abholbereit zur Verfügung zu stellen. Die Lieferhandlung kann aufgrund Bräuche oder Gepflogenheiten bestimmt werden.

Der Verkäufer kann zum Zweck der Lieferung die zum Zeitpunkt des Vertragsabschusses auf dem Transport befindliche (rollende, fliegende oder schwimmende) Ware dem Beförderer entsprechend anweisen (diese am Bestimmungsort für den Käufer übernehmen) oder dem Käufer zur Herausgabe legitimierender Papiere übergeben[768].

Dazu gehört auch, dass die Ware hinsichtlich Verpackung und Behältnis den Anforderung des Vertrages entspricht. Nach Art 35 Abs 3 haftet der Verkäufer aber nicht, wenn der Käufer bei Vertragsabschluss die Vertragswidrigkeit kannte oder darüber nicht in Unkenntnis sein konnte[769] (zur vergleichbaren Bestimmung des § 928 ABGB). Die vertragsgemäße Beschaffenheit der Ware ist gemäß Art 36 Abs 1 für den Zeitpunkt des Gefahrüberganges zu beurteilen[770]. Der Verkäufer hat auch dafür einzustehen, dass die Ware von Rechten Dritter frei ist. Die Lieferung der Ware und die Übergabe von Dokumenten an den Käufer macht die zentrale des Verkäufers in der OHADA (250 Abs 1 AU.DCG). Die OHADA kennt auch die Freiheit der Ware von Sach- und Rechtsmängeln(Art 250 Abs 2 AU.DCG). Ob der gewerbliche Mangel ausgeschlossen ist, ist umstritten[771] *(dafür Gomez, dagegen Santos/Toé).* Daher wird dargestellt, dass der Käufer grundsätzlich nach Lieferung über die Ware uneingeschränkt verfügen darf. Es sei denn, besondere Umstände wie Embargo, gesetzliche Beschränkungen oder branchenbekannte Begrenzungen müssen berücksichtigt werden[772]. Im Folgenden sollen die Lieferpflicht bzw der Lieferort und die Lieferzeit untersucht werden. Anzumerken ist, dass der Verkäufer im Fünften Buch der OHADA die Pflicht sonstige versteckte Mängel zu gewährleisten hatte. Im Achten Buch beschränkt sich die Gewährleistung auf die Rechtsmängel und den ungestörten Besitz Die Gewährleistungspflicht neben der Lieferpflicht wurde im UN-Kaufrecht nicht explizit

[768] *Honsell*, 335 ; *Piltz*, 156.
[769] Zur Auslegung des Art 35 Abs3: *Welser* in Doralt;UNICITRAL-Kaufrecht,109.
[770] *Koziol –Wesel*, II/12a, 173.
[771] *Gomez*, 134; *Santos/Toé*, 398.
[772] *Posch*, 201.

genannt[773]. Es ist zu bemerken, dass eine Nichtlieferung vorliegt, wenn auch nur eine Warenlieferung dem konkreten Vertrag nicht mehr zugeordnet werden kann[774]. Die Lieferung wörtlich „livraison“ wie im UN-Kaufrecht zeigt damit schon begrifflich einen Unterschied gegenüber dem zuvor in der OHADA – Mitgliedstaaten geltenden Konzept des französischen Rechts auf. „danach war vom Verkäufer eine „délivrance „ gefordert – die Lieferung von vertragsgemäßer Ware. Nach neuen OHADA-Recht ist aber die Pflicht zur Lieferung vertragsgemäßer Ware als eigene, aufgespaltene Haupflicht(“obligation de conformité; „garantie“) ausgestaltet, so dass mit der „livraison“ nunmehr lediglich eine einfache Lieferhandlung verdrängt wird“[775].

1. 2 Lieferort

Vorbehaltlich abweichender Absprachen der Parteien, beachtlicher besonderer Gebräuche oder Gepflogenheiten (wonach die Waren grundsätzlich am vereinbarten Lieferort zu liefern sind[776]) ist der Erfüllungsort in den Artt 251 und 252 AU.DCG ausführliche vorgesehen. Gleiches gilt im Alten Art 220 AU.DCG wie schon im UN-Kaufrecht (Holschuld nach Art 31 lit a b c CISG). Auch im neuen OHADA-Recht ist Wahlfreiheit allerdings aufgrund des zwingenden Charakters der Vorschriften zum Gefahrübergang sehr beeinträchtigt. Insbesondere kann die Verwendung von Incoterms nicht beliebig erfolgen, da zwar der Lieferort frei durch Parteiabrede getroffen werden kann, nicht aber der Moment des Gefahrübergangs[777].

Die Varianten der Artt 251 und 252 AU.DCG machen unterschiedliche Angaben zum Lieferort, wodurch detailgetreuer das OHADA-Recht als das herkömmliche Recht dargestellt wird[778]. Wenn im Gegensatz zur Bringschuld die Lieferungshandlung des Verkäufers im Zurverfügungstellen der Ware besteht, befindet sich die verkaufte Ware (Spezies- oder Gattungsschuld) an einem bestimmten Ort (Lager- oder Produktionsort) und muss dort aus einem Bestand ausgesondert werden bzw muss sie an einem bestimmten Ort hergestellt oder erzeugt werden, so hat der Verkäufer dem Käufer die

[773] Dazu *Hagge*, 90, damit soll deutlich gemacht werden, dass sich – anders als nach dem bisherigen Recht der OHADA-Staaten- die Lieferpflicht in der bloßen Lieferungshandlung erschöpft.
[774] *Honsell*, 324.
[775] *Hagge*, 92; Vgl *Bianca/bonnell/Lando*, Art. 30, Anm. 1.2; *Honnold,* Forum Internationale 1983, Nr. 2 5(6) ; *Ghestin/Desché*, Anm. 666; Vgl *Fénéon/Gomez*, Art. 219, Anm. 2, *Gomez* Penant Nr. 827, Anm. 83; *Santos/Toé*, Anm.626; *Heuzé,* Anm. 240; *Staudinger/Maguns* , Art. 31 , Rn. 5.
[776] *Haberl,* UN-Kaufrecht, 19; Dazu *Piltz*, 152.
[777] *Hagge*, 94; *Gomez* in Penant Nr 827, Anm 76; *Fénéon/Gomez*; Art 220, Anm 1.
[778] *Gomez,* 129; Art 276 COCC.

Ware an diesem Ort abholbereit zur Verfügung zu stellen. Der Käufer hat eine Holschuld[779]. Wie schon Art 31 c CISG umfasst Art 251 AU.DCG auch den Lieferort, in dem der Abholort am Ort der Verkäuferniederlassung zu erfolgen ist. Dabei wird wie bereits Alter Art 220 b AU.DCG auch nicht erwähnt, auf welchen Zeitpunkt abzustellen ist. Wird im UN-Kaufrecht diesbezüglich zB keine Vereinbarung getroffen, so hat der Verkäufer anders als im OHADA-Recht die Ware dem Käufer an dem Ort zu Verfügung zu stellen, an dem der Verkäufer bei Vertragsabschluss seine Niederlassung hat (Art 31 c CISG). Die Auswahl der bestehenden Niederlassung des Verkäufers beim Vertragsabschluss als zeitlicher Moment des Lieferorts soll eine Belastung des Käufers bei nachträglicher Verlegung der Verkäuferniederlassung verhindert werden[780]. Möglicherweise umfasst die Vorschrift des Art 251 AU.DCG auch die Fälle, in denen es dem Verkäufer nicht mehr möglich ist, die Ware am Ort seines vormaligen Sitzes bereit zu halten. Eine bloße Unaufmerksamkeit des OHADA-Verfassers im Hinblick auf das Fehlen dieses zeitlichen Moments in Art 251 AU.DCG ist jedoch nicht auszuschließen[781]. Im Sinne des Art 31 lit b ab einem besonderen Abholort und lit c ab Verkäuferniederlassung muss der Käufer auch iSd Art 251 AU.DCG sich selbst um den Transport der Ware kümmern, wenn eine Durchführung des Transports infrage kommt sollte[782], da bei dieser Konstellation keine Übergabe der Ware an den Beförderer zur Lieferung bzw zur Übermittlung an den Käufer erforderlich ist.

Für den Beförderungsverkauf bzw vereinbarte Versendung der Ware kann der Verkäufer die Sorge für die Beförderung mit angemessenen Beförderungsmitteln und zu den üblichen Bedingungen (etwa erforderliche Transportverträge abzuschließen) tragen(Art 252 Abs 1 und 2 AU.DCG = 31 a IVm 32 Abs 2 CISG). Die Kosten der Beförderung treffen den Käufer und die Gefahr geht bereits mit Übergabe der Ware auf den Käufer über (Art 67 Abs 1 CISG[783]; Art 278 Abs 1 AU.DCG) und unerheblich, wer bei Beförderungsverkauf den Transport organisiert hat. Entscheidend ist allerdings, dass der Liefer- und Abnahmeort nicht identisch sind, wenngleich die getroffen Absprachen, beachtliche Gebräuche oder Gepflogenheiten berücksichtigt werden

[779] Dazu *Hagge*, 92, der Verkäufer genügt seiner Lieferpflicht mit Bereitstellung der Ware; Siehe *Enderlein/Maskom/Strohbach*, Art 31, Anm. 10; *Karollus*; 108; *Rweinhart*; Art. 31, Rn. 9; *Schlechtriem*, Internationales UN-Kaufrecht, Rn. 125; *Schlechtriem/Huber*, Art. 31, Rn. 4.
[780] *Karollus*, 110; *Hagge*, 95.
[781] Siehe *Hagge* mit Bezug auf Art 220 b, 95.
[782] *Piltz*, 152.
[783] Vgl *Honsell*, 336; *Piltz*, 153.

sollen. Der Verkäufer hat die Ware dem ersten Beförderer (der ein Dritter ist) zur Übermittlung an den Käufer zu übergeben (Schickschuld, Art 31 lita =Art 252 Abs1 iVm Art 278 Abs 1 AU.DCG). Die Frage der rechtzeitigen Lieferung des Verkäufers kommt auf die Übergabe an den ersten Beförderer an, aber nicht auf den Zeitpunkt des Eintreffens der Ware beim Käufer[784].Wenn der Verkäufer bei Lieferung den bestehenden Handlungspflichten nachkommt, liegt eine Lieferung vor[785]. Der Ort der Übergabe an den ersten Beförderer ist der Lieferort. Art 31 a CISG wie auch Art 252 Abs 1 AU.DCG bestimmt selbst der Lieferort nicht. Oft liegt diesen beim Verkäufer[786].

Im Vorfeld dem Verkäufer treffen die Pflicht und die Verantwortung vor der Übergabe der Ware an den ersten Beförderer. Solange die Ware sich noch im Besitz des Beförderers befindet und bis zu dem ersten Beförderer transportiert wird, ist die Übergabe noch nicht erfolgt, auch wenn die Ware durch eigene Leute (Verkäufer) transportiert werden soll. Die Übergabe erfolgt jedoch, wenn der Transport bis zu dem ersten Beförderer bzw die fachgerechte Verladung der Ware in oder auf das von dem Beförderer gestellte Transportmittel stattgefunden hat und die Maßnahmen(Abschließen der erforderlichen Verträge, Anzeigen der Versendung)[787] zur Übermittlung der Ware an den Käufer gesetzt werden. Liegt beispielsweise ein Seetransportsvereinbarung vor, so umfasst die Lieferpflicht des Verkäufers durchaus einen Transport bis zum oder auf das Schiff[788] .Bestimmungsort der Übermittlung der Ware an den Käufer ist im Zweifel dessen Niederlassung. Der Ort, an dem der Verkäufer seine letzte, abschließende Leistungshandlung vornehmen muss, bestimmt zugleich den Inhalt der Lieferpflicht[789] und der Lieferort. Allerdings werden damit alle möglichen Gestaltungen wie „Reine“ Bringschulden und Kombinationsformen (Ankunftsverträge) nicht umfasst. Für den Verkauf rollender, fliegender oder schwimmender Ware ist der Lieferort das jeweilige Transportmittel (Schiff, der Waggon, das Flugzeug usw. zu verstehen, auf bzw in dem sich die Ladung-ohne Rücksicht auf die Position des Beförderungsmittels auf der Wegstrecke- befindet[790].

---

[784]Handelsgericht des Kantons Zürich, 10.2.199, CISG-Online No. 488).
[785] Cour d´appel de Orléans, 29.3. 2001, CISG-Online No.611
[786] *Santos/Toé*, Anm 629; *Hagge* 94; zumUN-Kaufrecht *Staudinger/Magnus,* Art 31, Rn 24 ;*Witz/Salger/Lorenz*, Art 31, Rn 11.
[787] *Piltz*, 173; *Honsell*, 337.
[788] *Hagge,* 94; *Audit* , Anm 81; *Witz/Salger/Lorenz*, Art 31, Rn 11.
[789] *Honsell*, 324.
[790] *Piltz*, 161; Vgl Sekretariat komm. Art 29 Anm 12.

Die Regelung der Mehr-)Kostenfrage in beiden Regelwerken ist anhand ergänzende Vorschrift zur Bräuchen und Gepflogenheiten (Art 9 CISG; Art 239 AU.DCG) zu erfolgen. Insbesondere im OHADA-Recht ist gemäß Art 237 AU.DCG subsidiär das nationale Recht heranzuziehen.

Da der Lieferort den räumlichen Endpunkt für die Pflichten des Verkäufers bzw die Abgrenzung der Verantwortungsbereichen des Verkäufers und des Käufers markiert , wird- abgesehen von Vereinbarungen und beachtlichen Gebräuchen sowie Gepflogenheiten in der Praxis- der Bestimmung des Lieferorts die Trade Terms und sonstige Handelsklauseln als alternativ zu den Art 31 CISG wie in den Artt 251 und 252 AU.DCG Bedeutung zukommt. Dazu gehören Lieferklauseln wie (E-Klausel (EXW), wonach der Lieferort die Niederlassung des Verkäufers ist, F-Klauseln FCA, FAS und FOB ist der Lieferort, der Ort der Übergabe an den ersten Frachtführer bei Verschiffung C-Klauseln (CFR, CIF, CPT und CIP ; Liefertort ist der Verschiffungshaffen bzw der Ort der Übergabe an den ersten Frachtführer; FOB, CFR und CIF (Lieferung an Bord des Schiffes). Bei den D-Klauseln bzw Ankunftsklauseln wie DAF, DES, DEQ, DDU und DDP ist der Lieferort die Bestimmungsort (INCOTERMS 2000). Sodass Art 31 CISG oder Art 251 und 252 AU.DCG nur eine Funktion der Lückenfüllung hat oder Anhaltspunkte für die Auslegung undeutlicher Vereinbarungen liefert[791]. Die Rechtsprechung versteht Klauseln wie „frei“ oder „franko“ nicht als Lieferort[792].

Die Bedeutung der genauen Bestimmung des Erfüllungsorts nicht nur im räumlichen Endpunkt für Pflichten des Verkäufers liegt, sondern auch in der Markierung einer Schnittstelle, an der in einem umfassenderen Sinn die Verantwortung für die Ware von dem Verkäufer auf den Käufer übergeht. Damit ist gemeint: einerseits für den Eigentums-und Gefahrübergang (Artt 66ff CISG; Artt 277 ff. AU.DCG). Wer trägt die Kosten für die Durchführung des Vertrages, welche Partei trägt die Rechnung für erforderliche Export- bzw Importlizenzen oder für Genehmigungen sowie für anfallende Steuern und Zölle usw (Art 221 AU.DCG). Dazu kommt ggf der markenrechtliche Schutz(Art 13 der VO (EG) 40 /94 über die Gemeinschaftsmarke) und die Umsatzsteuer[793]. Im OHADA-Recht wird am Lieferort anhand Heranziehung des Art

[791] *Honsell*, 332, 336; *Piltz*, 154.
[792] *Piltz*, 160.
[793] *Piltz,* 162, 179 f

237 AU.DCG auch eine gerichtliche Zuständigkeit begründet[794]. Auch Art 5 Nr 1 EuGVO; Art 5 Nr 1 EuGVÜ, Art 54 Nr 1 LuganoÜ sowie §88 Abs 1 JN[795] sehen den Gerichtsstand des Erfüllungsorts bzw Lieferort vor.

1.3 Lieferzeit

Die Erfüllungszeit ist in Art 253 AU.DCG praktisch nahezu wortgleich mit Art 33 CISG geregelt. Der Verkäufer hat die Ware zu dem vereinbarten oder bestimmbaren Lieferzeitpunkt (Art 253 Abs 1=Art 33 lit a iVm Art 6) bzw Zeitraum (Art 253 Abs 2 ist fast 33 lit b) zu liefern[796]. Nach Vereinbarung kann der Verkäufer die Lieferung der Ware entweder zu einem präzisen Datum ZB 8. Jänner 2013, nach Ablauf einer gewissen Zeit oder zwischen zwei Daten bzw zwei Ereignissen tätigen[797]. Entscheidend ist das rechtzeitige Zurverfügungstellen oder die rechtzeitige Übergabe der Ware. Unerheblich ist, ob die gelieferte Ware vertragsgemäß und frei von Rechtsmängeln ist. Auch irrelevant ist der Zeitpunkt des Eintreffens der Ware an einem von dem Lieferort unterschiedlichen Bestimmungs- oder Übernahmeort[798].

Die Lieferung in angemessener Frist erfolgt unter Berücksichtigung der Beschaffenheit der Ware und der kommerziellen Gebräuche sowie der Verderblichkeit (kurze Frist) der Waren[799] Bei der Auslegung spielt der Wille der Vertragsparteien eine bedeutende Rolle. Daher muss der Richter bei Rechtsstreitigkeiten primär auf den Willen der Parteien Rücksicht nehmen. (Art 238(früher 206)AU.DCG). Eine Nachfristangebot des Verkäufers zur Lieferung wird in der OHADA anders als im alten Recht (Art 279 COCC letzter al) nicht verboten[800]. Somit führt im Gegenzug zum alten Recht nunmehr die Nichteinhaltung der Lieferzeit auch ohne Mahnung und ohne Verschulden der

[794] So ist die Lösung des alten französischen Code Procédure Civile von 1806, der in den meisten OHADA-Vertragsstaaten mangels eigener Regelwerke weiterhin Gültigkeit beansprucht, *Hagge,* 95; *Soergel/Lüderitz/Schüßler-Langeheine*, Art 31, Fn 30.
[795] *Piltz*, 162; *Deixler-Hübner/Klicka*, 37.
[796]Die Lieferzeitraumvereinbarungen können im Einzelfall mehrdeutig sein, zB „Lieferzeitraum Juli, August, September" bedeutet entweder, dass ein einheitlicher Lieferzeitraum von drei Monaten zur Verfügung steht (also auch alles erst am Ende des letzten Monats geliefert werden kann), oder aber, dass in jedem Monat (als jeweils selbständigem Lieferzeitraum) je ein Drittel zu liefern ist. Das AG Oldenburg (i.H., 24.4.1990, CISG-online No 20) hat hier im Prinzip die erstere Lösung vertreten, zugunsten des Käufers aber auch die andere Deutung unterstellt (Kirsitsch zur Auslegungsmethode Enderlein) IPRax 1991, 314), *Vgl Honsell,* Kommentar zum UN-Kaufrecht, 336.
[797] *Santos/Toé* ,OHADA Droit commercial general, 391
[798] Vgl *Witz* in *Witz/Salger/Lorenz* Art 33 Rn 2.
[799] *Gomez,* 130.
[800] Idem, 130.

Verkäufers (vorbehaltlich Art 294 (früher 267)AU.DCG) Rechte des Käufers wegen Vertragsverletzung des Verkäufers (nach Art 283f[801]) begründet[802].

Bei Festlegung eines Zeitraums steht der Verkäufer frei innerhalb dieser zeitlichen Spanne zu Liefern(Art 253 Abs 2)[803]. Das Bestimmungsrecht bzgl. Terminwahl beim Lieferzeitraum hat im Zweifel der Verkäufer (auch der Käufer bei Lieferung „auf Abruf" inkl. Organisation der Transportmittel (Art 33 b CISG))[804]. Im Art 253 Abs 2 AU.DCG wird allerdings nicht erwähnt, unter welchen Umständen der Käufer den Zeitpunkt der Lieferung bestimmt werden kann. Daher weist derartige Vorschrift bei Lieferung „auf Abruf" samt Organisation der Transportmittel flächendeckend auf, wer im Zweifel das Bestimmungsrecht hat.

Bei Fehlen einer Vereinbarung bzw Bestimmung hinsichtlich der Lieferzeit ist die Lieferung innerhalb angemessener Frist nach Vertragsabschluss (Art 253 Abs 3 AU.DCG=Art 33 lit c CISG) zu erfüllen, allerdings unter Berücksichtigung der Umstände, die auch der Gegenpartei bei Vertragsabschluss bekannt oder für sie erkennbar waren[805].Dazu kommt die Beschaffenheit der Ware sowie die Verderblichkeit (kurze Frist) der Waren[806]. Rohstoffe und Lebensmittel sind tendenziell aufgrund besonderer Preisschwankungen kurzfristig zu Liefern[807].Bei der Auslegung spielt der Wille der Vertragsparteien eine bedeutende Rolle. Daher muss der Richter bei Rechtsstreitigkeiten primär auf den Willen der Parteien Rücksicht nehmen. Hilfsweise sind Handelsbräuchen heranzuziehen, um angemessene Zeit für die Vornahme der Lieferung zu bestimmen[808]. Danach kann der Verkäufer kann zu sofortiger Lieferung berechtigt bzw verpflichtet sein, wenn der Kaufvertrag vorrätige

---

[801] Vgl 249 AU.DCG des Fünften Buches.
[802] Dazu *Hagg*e, 96.
[803] Vgl Art 33 b CSG; *Huber/Widmer* in *Schlechtrim/Schwenzer* Art 33 Rn 9; *Pilz*, 164.
[804] *Honsell*, 366 f.
[805] Vgl *OLG Rostock,* CISG-online No. 92015.9.2003*; Schelechtriem/Schwenzer/Widmer, Art 33 Rn 16 f; Witz/Salger/Lorenz CISG Art33 Rn 7*): nachträgliche Verständigungen zwischen den Parteien können den Zeitraum noch beeinflussen (Rechtbank van Koophandel , *Kortrijk, , CISG-ONLINE* No 757/3.10.2001*;* aus vier Wochen wurde – verlängernd - „so bald wie möglich"; OLG Naumburg, 27.4.1990, CISG-online No 512, will auch auf vorvertragliche, nicht Vertragsinhalt gewordene Erklärungen abstellen; Kantonsgericht Appenzell, CISG-online No 852/10.3.2003, schließt aus der Erklärung des Verkäufers, die Kaufsache noch ca. 1 Monat zu gebrauchen, dass eine Lieferung in dem verdoppelten Zeitraum noch angemessen sei*; Vgl Honsell,* 368.
[806] *Gomez,*130
[807] Vgl *Piltz,* 164; *Garro/Zuppi*, 152 ; Turku Court of Appeals (Finnland), Urteil vom 18.2.1197 CISG-Pace Rn 1-42
[808] Vgl *Santos/Toé* Anm 630; *Hagge*, 95.

Ware zum Gegenstand hat und die Bedarfsdringlichkeit des Käufers sowie die Versandabfertigung unproblematisch ist.

Diese Bestimmung der OHADA zur Lieferung zur rechten Zeit ist innovativ und unterscheidet sich vom vormals weiterhin geltenden französischen Recht in der Mehrheit der afrikanischen Staaten, da nunmehr die Versäumung der Lieferzeit auch ohne Mahnung und ohne Verschulden des Verkäufers(vorbehaltlich Art 294 AU.DCG) eine Vertragsverletzung des Verkäufers(nach Art 281 ff. AU.DCG) darstellt und Rechtsbehelfe des Käufers (nach Artt 81, auch 284 AU.DCG)begründet[809]. Im UN-Kaufrecht kann ein Anspruch wegen Verletzung der Lieferfrist iSd Art 45 ff, auch 49 Abs 1 lit b geltend gemacht werden[810].

Zur Anwendung der lit a CISG wie Abs 1 AU.DCG ist erforderlich, dass der Verkäufer sich dem vertraglich vereinbarten Liefertermin mit Rechtsbindungswillen verpflichtet, also seine Leistungspflicht in zeitlicher Hinsicht im Vertrag konkretisiert[811]. Für die Fristberechnung kommt für die Sonn-und Feiertagsproblematik in Ermangelung einer Vertragsabsprache die Regelung des Art 20 Abs 1 Satz 2 zur Anwendung. Nämlich verlängert sich die Lieferfrist auf den ersten darauffolgenden Liefertag, wenn der Liefertermin auf eine Tag fällt, der am Lieferort einen gesetzlichen oder arbeitsfreien Tag ist. Bzgl Kalenderdaten gilt für das Anlaufen der Frist nach Ortsprinzip entweder das Anfangsdatum des Abschlussorts oder das Datum des Lieferorts. Auch das europäische Übereinkommen über die Berechnung von Fristen des Europarats kann im europäischen Rechtsraum als ius commune aufgrund Art 7 Abs 1, Art 8 UN-Kaufrecht herangezogen werden[812]. Außerdem „werden Regeln wie Bringschulden stets nur während der üblichen Geschäftszeiten erfüllt werden können, aus Handelsbräuchen oder dem Gebot von Treu und Glauben zu gewinnen sein“[813]. Die Regelung zur Fristberechnung im OHAD-Recht bleibt zunächst den ergänzend anzuwendenden Bräuchen und Gepflogenheiten gemäß Art 239 AU.DCG vorbehalten Vorbehaltlich des nach Art 237 AU.DCG heranzuziehenden nationalen Rechts erfolgt die Fristberechung anhand Art 238 AU.DCG.

[809] Vgl *Crosio*, 140 f.; *Hagge,* 96.
[810] Handelsgericht Zürich, 25.6.2007; Vgl *Honsell*, 371.
[811] *Honsell*, 365.
[812] Idem, 370.
[813] *Honsell*,. 370

Der Verkäufer kann auch die Lieferung der Ware vorweggnehmen, aber der Käufer hat ein Wahlrecht. Es steht dem Käufer frei, eine sogenannte „vorzeitige“ Lieferung iSd Art 37 CISG anzunehmen oder abzulehnen (Art 52 Abs 1 CISG). Lehnt der Käufer die vorzeitige Annahme ab, muss der Verkäufer die Lieferung in ordnungsgemäßem Umfang wiederholen. Nimmt er die vorzeitige Lieferung an, kann er Schadenersatz für Kosten verlangen, die ihm durch die vorzeitige Annahme entstehen (ZB Verwahrungskosten)[814]. Die frustrierte Aufwendung des Käufers ist bei Verletzung der Mitwirkungspflicht (bei nicht Einhaltung der Ankündigung der Lieferung) dem Käufer zu ersetzen[815]. Art 257(früher 226) AU.DCG sieht auch die Lieferung vor dem maßgeblichen Termin vor, aber der Käufer kann entweder ablehnen oder akzeptieren(früher Art 262) jetzt 290 Abs 1 AU.DCG). gleiches gilt bei Teil-Lieferungen(Art 290 Abs 2 AU.DCG).Bei einer Ablehnung kommt es nicht darauf an, ob er einen Grund hat(Art 290 AU.DCG). Der Verkäufer hat einen Vorteil bei antizipierter Lieferung. Falls diese eine Vertragsverletzung dargestellt wäre, könnte er seine Lieferverpflichtung zeitgerecht erfüllen. Der Verkäufer kann die Mängel durch Nachlieferung, Nachbesserung oder Austausch beheben. Wie Art 257 letzter Satz AU.DCG sind die Befugnisse wie im UN-kaufrecht(Art37 CISG) eingeschränkt, da die unzumutbaren Unannehmlichkeiten und unverhältnismäßigen Kosten dem Recht zur Behebung bei Vorfristen Lieferung entgegenstehen. Unter Kosten fällt gemäß Art 257 AU.DCG auch eine geringfügige Kostenlast Gleiches gilt für Art 37 CISG[816].

1.4 Übergabe der Warendokumente

Nebenpflichten kann der Verkäufer dem Käufer zur Übergabe von warenbezüglichen Dokumenten sowie Warenzubehören verpflichtet sein (Art 250 AU.DCG). Für Ort, Zeit und Form dieser Übergabe verweist Art 254 AU.DCG auf die Bestimmung des Vertrages oder auf maßgebliche Gebräuchen. Der Inhalt des Art 34 CISG wurde soweit mit Ergänzung der Zubehöre übernommen, aber eine Nacherfüllung dieser Pflicht wurde verzichtet. Denkbar ist, dass Art 257 AU.DCG, der die Befugnisse zur Nacherfüllung der Ware regelt, entsprechend auf Dokumente sowie Zubehöre anzuwenden ist. Nunmehr wird im neuen AU.DCG die Verpflichtung zur Lieferung von Zubehören verankert. Daher muss der Verkäufer ebenfalls das Zubehör liefern Dieses

[814] *Haberl*, , 20; *Posch*, 201.
[815] *Honsell*, 366.
[816] *Hagge*, 98; *Bianca/Bonnell/Bianca*, Art 37, Anm. 2.5.; *Enderlein/Maskow/Strohbach*, Art. 37 , Anm.6 ; *Herber/Czerwenka*, Art 37, Rn. 9 ; *Staudinger/Magnus*, Art. 37, Rn. 17.

wird durch all das gebildet wird, was mit den Waren verbunden ist, wobei die Waren als Hauptelement angesehen werden, welches sich aber vom Zubehör unterscheidet. Das erforderliche Zubehör hängt von der Art der Ware ab, weil es sie entweder vervollständigt oder nur durch sie besteht[817]. Obwohl alte Artikel 219 und 223 AU.DCG nur die Dokumente anvisieren[818], bleibt es so, dass das Zubehörkonzept weitgehend gehört werden muss[819]. Da Art 254 AU.DCG nunmehr das Zubehör ausdrücklich vorsieht, umfasst gemäß Art 250 iVm Art 254 AU.DCG das Zubehör die materiellen Elemente wie das Hilfsrad für ein Fahrzeug, die Kabel für die Verzweigung eines Computers, die Verpackung, die mit der darin enthaltenen Ware verkauft wurde.

Ob und wie der Käufer Eigentum an den Dokumenten oder an den Zubehören erwirbt, wurde nicht normiert; zumal Art 276 AU.DCG sich nur auf den Eigentumsübergang der Ware selbst bezieht. Ob die Anwendung dieser Vorschrift auch auf die zur Ware zugehörigen Dokumente möglich ist, wird in der Literatur bejaht[820].Meines Erachtens sollte diese Vorschrift auch auf die Ware zugehörigen Zubehöre gelten.

Wenn Art 267 AU.DCG bei Beförderungsverkauf dem Verkäufer das Recht einräumt, die abzusendenden bzw zu übergebenden Dokumente gegen Bezahlung vorauszusetzen, stellt die Frage der Bedeutung des dispositiven Recht(Art 254 AU.DCG) gegenüber zwingendem Recht(Art 267 AU.DCG). Daher besteht eine gewisse Unsicherheit bezgl. Zeitlichen Moment zur Absendung oder Übergabe von Dokumenten.

Unter Dokumenten sind alle Arten von Dokumenten zu verstehen, die bei Abwicklung grenzüberschreitender Geschäfte erforderlich bzw für die Inemfangnahme der Ware benötigt werden[821], nämlich Wertpapiere und erforderliche Urkunden, sonstige Schriftstücke wie Frachtbriefe, Ladeschein, Konnossement, Lagerschein, Kartellschein, Lieferschein, Versicherungsnachweise, Ursprungszeugnisse, Einfuhr- und Ausfuhrgenehmigungen, Konsulatsfakturen, technische Prüfzeugnisse,

---

[817] *Cornu (*G.), vocabulaire juridique,op.cit.,.8
[818] Der OHADA- Gesetzgeber verzichtete darauf , eine Nacherfüllung dieser Pflicht zu normieren, Dazu *Hagge,* 96, Art 226 , der die Nacherfüllung hinsichtlich der Ware selbst regel soll dennoch der Nacherfüllung auf Dokumente entsprechend anwenden.
[819] *Santos/Toé*, 390.
[820] *Hagge, 96.*
[821] *Posch*, 201 ; Dazu *Honsell*, 314.

Kraftfahrzeugbriefe bzw Kfz-Typenscheine usw. (Art 34) [822]. Hingegen sind technische Unterlagen der Kaufsache, Schaltpläne, Einbauanleitungen, Gebrauchsanweisungen und Betriebshandbücher Teil der von dem Verkäufer zu liefernden Ware und unterliegen anders als die Warendokumente den Untersuchungs- und Rügeobliegenheiten des Art 38 CISG oder 270 AU.DCG. Denkbar ist, die betreffenden Dokumenten durch Zurverfügungstellung oder ganz oder teilweise durch eine Mitteilung im elektronischen Datenaustausch(EDI Message) erfolgt wird. Auch kann vom Verkäufer verlangen die Dokumente in der Aufmachung, Sprache und Anzahl zu verschaffen[823].

Der Zeitpunkt für die Übergabe der Dokumente ist im Prinzip nach den Umständen des Geschäfts und nach der Art der in Frage kommenden Dokumente zu bestimmen (zB Dokumente rechtzeitig vor Verfall des Akkreditivs vorzulegen, erforderliche Dokumente zeitgerecht für die Einfuhr oder zur Geltendmachung von Ansprüchen zur Verfügung zu stellen sowie für technische Prüfzeugnisse). Bei Verwendung der Klausel „Kasse gegen Dokumente“ ist die Übergabe der Dokumente mit Zahlung des Kaufpreises verknüpft. Zwingende Regeln sind die große Ausnahme (Art 12, 96 CISG). Die Ausnahme zur Formbedürftigkeit von Änderungs- und Aufhebungsvereinbarungen kann zur Beschränkung der Erfüllungsklage nach Art 28 führen. Art 34 Satz 2 und 3 CISG gewähren dem Verkäufer ein dem Art 37 CISG vergleichbares Recht zur zweiten Andienung. Erfüllt der Verkäufer die zu übergehenden Dokumente obliegenden Pflichten nicht, kann dem Käufer die Rechtshelfe nach Art 45 ff.CISG oder 81 ff. AU.DCG erwachsen. Eine Schadenminderung bleibt dem Käufer verpflichten (Art 77 CISG). Art 293 AU.DCG sieht nunmehr eine Pflicht zur Schadenminderung.

2 Vertragsmäßigkeit der Ware

Die Verpflichtung des Verkäufers gemäß Art 250 AU.DCG zur Lieferung von Ware vertragsgemäßer Beschaffenheit wird in Artt 255-257 AU.DCG konkretisiert. Zusätzlich werden im denselben Abschnitt in den Artt 258-259 AU.DCG mit der Untersuchungs- und Rügeobliegenheit Verhaltensanforderungen an den Käufer gestellt, die zur Wahrung der Rechtsbehelfe wegen Lieferung vertragswidriger Ware erforderlich sind. Der Inhalt des Art 35 CISG wurde zusammengefasst und die Systematik des UN-Kaufrechts soweit übernommen. Die Gewährleistung rechtsmängelfreier Waren findet

[822] *Honsell*, 371.
[823] *Piltz,* 171.

hingegen in anderen Abschnitt Eingang. Neuerungen sind die Gewährleistung gegen persönlichbezögene Störung des Verkäufers und die Anzeigepflicht. Die Behandlung versteckter Sachmängel ist nunmehr nicht mehr unklar[824]. Die gesonderte Gewährleistungshaftung und die Erweiterung des Kreises der Haftungsgläubiger wurden im neuen AU.DCG des Achten Buches ausgehebelt. Sie kam lediglich bei versteckten Mängeln - alter Art 231 Abs 1 AU.DCG sprach von "defauts cachés" - in Frage[825]. Diese gesonderte Verkäuferhaftung für *„vices cachés“* (also versteckte Mängel) – die inhaltlich an Art 1641 des französischen Code civil angelehnt ist - stellte eine erhebliche Abweichung von der Rechtslage nach UN-Kaufrecht dar. Direktansprüche, die zu einer Verlagerung des Kreises der Haftungsgläubiger führen - die funktionell einer Abtretung der Ansprüche entsprechen - waren von den versteckten Mängeln des UN-Kaufrechts zu unterscheiden[826].

2.1 Qualitäts-und Quantitätsmängel der verkauften Ware

Der Verkäufer hat die Waren in Quantität, Qualität, Spezifizierung entsprechend den Anforderungen des Vertrages zu liefern(Art 255 AU.DCG). Als Abweichungen von der vertragsgemäßen Beschaffenheit gilt gemäß Art 255 Abs 1 AU.DCG zunächst Qualitätsmängel (Eigenschaften wie die Leistung, Zusammensetzung, Alter usw.)[827] und Quantitätsmängel (Zuviel- und Zuweniglieferung, das Fehlen von Teilen). Dazu gehört auch, dass die Ware hinsichtlich des Behältnisses den Anforderungen des Vertrages entspricht. Entscheidend für die Qualitäts-und Quantitätsmängel sind zunächst die Festlegungen und Beschreibungen des Vertrags. Maßgeblich ist daher der subjektive Standard[828]. Dasselbe gilt für Spezifizierung der Ware und deren Behältnis. In Summe erfasst der Art 255 Abs 1 AU.DCG alle Fälle, in denen es um die vertraglichen Anforderungen an die Beschaffenheit der Ware geht. Dabei ist unerheblich die Unterscheidung zwischen Schlechtlieferung(peius) und Falschlieferung(aliud). Wenn gewisse Eigenschaften weder ausdrücklich noch stillschweigend bezeichnet sind, ist Art 255 Abs 2 AU.DCG objektiver Hilfsstandard

---

[824] Früher wurde einerseits gesondert als Garantieverpflichtung normiert, andererseits durchaus von den Sachmängelbestimmungen dieses Abschnitts erfasst; vgl *Hagge,* 96 siehe auch Kapitel 3 D.I.3.b.zur Anm.425, *Hagge*, 96.
[825] *Gomez*, 135
[826] *Schroeter*, §6 Rn 282-284
[827] *OLG Köln 21.5.1996, Clout Nr168,* Ein Kfz, das zwei Jahre älter ist als im Vertrag und in den Papieren ausgewiesen, stellt daher eine Vertragswidrigkeit dar;Vgl *Honsell*, 386
[828] *Hagge,* 96, maßgblich für die Qualitäts- und Quantitätsmangel ist der subjektive Standard.

bezüglich Eignung der Ware für einen gewöhnlichen und bestimmten Gebrauchszwecks und ihrer Entsprechung mit einer zuvor überreichten Probe oder einem Muster anzusehen. Nach diesem Artikel sind ein(e) angemessene(s) Verpackung (originalverpacktes Markenprodukt aber nicht gefälschte Verpackung oder Verpackungsfehler) und Behältnis gefordert[829].

Art 35 CISG findet insoweit wiederum Eingang in den Art 255 AU.DCG. Allerdings wurde auf Art 35 Abs 2 b nunmehr verzichtet. Die Regelung des Art 35 CISG, die bei Anwendung die Vertragswidrigkeit der Ware festgestellt wird, war dem alten Art 224 AU.DCG nahezu entsprechend. Die Mangelhaft der Ware im Sinne des UN-Kaufrechts sollte gleichermaßen nach dem alten OHADA-Recht angesehen werden. Daher wurde angeregt, dass für die Anfangszeit des neuen Einheitsrechts eine Orientierung an der entsprechenden Rechtsprechung zum CISG vorgenommen wird[830]. Vergleichsweise mit dem bisher in Mitgliedstaaten geltenden Recht ist nicht von einem graduellen Unterschied bezüglich des „ bestimmten Gebrauchszwecks“ der Ware auszugehen. Während Art 1641 Code civil wie Art 255 AU.DCG Abs 2 dafür immer eine ausdrückliche vertragliche Vereinbarung fordert, ist nach altem Art 224 Abs 2 Nr 2 AU.DCG wie schon Art 35 Abs 2 b CISG genügen, dass die vom Käufer erwartete besondere Tauglichkeit der Güter dem Verkäufer bei Vertragsabschluss“ zur Kenntnis gebracht wurde „insbesondere im UN-Kaufrecht, sofern sich nicht aus den Umständen ergibt, dass der Käufer auf die Sachkenntnis und das Urteilsvermögen des Verkäufers nicht vertraute oder vernünftigerweise nicht vertrauen konnte. Bestimmter Gebrauchszweck ist nunmehr nach Art 255 Abs 1 AU.DCG zu behandeln. Dieser sollte vertraglich fixiert werden. Somit ist diesbezüglich von einer verkäuferfreundlichen Vorschrift auszugehen. Denn der Verkäufer kann anders als nach 35 Abs 2 b CISG nicht verpflichten sein, gerade in dem beabsichtigten und dem Verkäufer zur Kenntnis gebrachten Verwendungsland geltender Produktrechtlicher Vorschriften(öffentlich-rechtliche Art) zum Schutz der Gesundheit, zur Zulassung der Ware zum Handelsverkehr sowie spezifische Eigenschaften der Ware , ihre Kennzeichnung, besondere Registrierungserfordernisse oder sonstige einzuhalten. Dem Verkäufer ist nach UN-Kaufrecht(Art 35 Abs 2 b) lediglich eine übergehen Sachkundschaft

[829] *Hagge,* 97
[830] *Hagge* ,97; vgl *Ferrari*, R.D.A.I. 2001, 599(603), der für die Anfangszeit des neuen Einheitsrechts eine Orientierung an der entsprechenden Rechtsprechung zum CISG anregt.

erspart[831]. Anders ist vorzugehen, wenn es sich um regelungssensiblen Waren wie etwa gentechnisch veränderten Landwirtschaftlichen Produkten handelt oder einer Kontrolle unterliegenden Lebensmitteln[832]. Zu den Sacheigenschaften der Ware zählt die Beachtung der öffentlich-rechtlichen Vorgaben sowie die erforderliche Gebrauchs- oder Montageanleitung. Eine Gebrauchs- oder Montageanleitung in der vereinbarten oder einer dem Käufer verständlichen Sprache ist beizufügen[833]. Mengenfehler aus den Dokumenten stellt weiter Vertragswidrigkeit dar und sollen beim Kauf mit vertretbaren Dokumenten Rügeobliegenheit wie im UN-Kaufrecht auslösen[834].

Obwohl ein Ausschluss von Mängelhaftung wie in Art 35 Abs 3 nicht im OHADA-Kaufrecht nicht ausdrücklich vorgesehen ist, wird die in der Literatur anhand der Auslegungsregel des Art 239 Abs 2 AU.DCG bejaht. Daher wird der Verkäufer von seiner Haftung für Warenmängel iSd Art 255 Abs 2 AU.DCG frei, wenn der Käufer diese kannte oder darüber nicht in Unkenntnis sein konnte[835].

Zusammenfassend sollen in concreto unbedeutende Abweichungen der Ware vom geschuldeten Standard bei der Beurteilung der vertragsgemäßen Ware ohne weiteres einbezogen werden, aber nicht die Rechte. Obwohl die Definition des Begriffes der Konformität sich vom traditionellen Recht unterscheidet[836], ist sie identisch mit (Art 35 Abs 1) jener des UN-Kaufrechts. Die Lehre unterscheidet zwischen materiellem und funktionellem Mangel[837], dh der Verkäufer muss die vertragsgemäße Ware liefern (materieller Mangel). Er muss auch die gebräuchliche Ware oder spezielle vertragsgemäße Ware liefern[838](funktioneller Mangel). Es gibt hier ein Finalitätsprinzip: Wozu wurde die Ware gekauft? Man geht von objektivem Mindeststandard aus, wenn die subjektiven Festlegungen nicht in Erwägung gezogen werden. Daher wird die

---

831 *Piltz*, 253
832 *Schlechtriem,* Rn 139, *Piltz,* 254.
833 Vgl *Honsell*, 386
834 OLG Rostock IHR 2003, 19 MünchKommBGB/Gruber Art 35 Rn 7; Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer Art 35 Rn 8); Vgl *Honsell*, 386. Allerdings wird hier auch oft Art 40 eingreifen, aber lediglich im UN-Kaufrecht oder aufgrund Kollisionsrechts. Siehe *Hagge,* die Systematik des UN-Kaufrecht s wurde insoweit übernommen. Hingen wurde die Gewährleistung rechtsmängelfreier Güter aus diesem Abschnitt ausgeklammert. Auch die Behandlung versteckter Sachmängel ist unklar; Gomez, Penant Nr. 827, Anm. 109; vgl Ferrari, R.D.A.I. 2001, 599(603), der für die Anfangszeit des neuen Einheitrechts eine Orientierung an der entsprechenden Rechtsprechung zum CISG anregt.
835 Dazu *Hagge*, 97; vgl *Staudinger/Magnus*, Art 35,Rn 50; *Archilles* in *Ensthaler*, Art 35 Rn 17, *Piltz,* 257.
836 Voy.neanmoins les Art282à 284 C.O.C.C. Dazu *Santos/Toé*, 392
837 *Santos/Toé*, 392
838 Idem

Eignung für gewöhnlichen Gebrauch genügen. Nämlich muss die Ware alle diejenigen Zwecke geeignet sein, für die ein durchschnittlicher Nutzer sie üblicherweise verwendet. Beispielsweise darf der Käufer auch Ware durchschnittlicher Art und Güte erwarten[839]. Unerheblich ist, ob es sich um geringste Qualität handelt[840]. Hingegen kommt die Vertragswidrigkeit, wenn die Ware die Gefahren – auch für Leib und Leben – schafft. Die Sicherheits-, Kennzeichnungs- und Zusammensetzungsvorschriften des Importlands sowie besondere klimatische oder geographische Gegebenheiten kommen nicht ohne weiteres für die Eignung für gewöhnlichen Gebrauch in Betracht[841].

Anders, wenn es um eine durchschnittliche Haltbarkeit geht. Ware gleicher Art soll im Normalfall die gewöhnliche Eignung aufweisen (LG München I IHR 203, 233; *Bianca/Bonnell/Bianca* Art 35 Rn 14, bei Blühfaulheit bei Blumenpflanzen liegt eine Vertragsverletzung vor (OLG Innsbruck 1. 7. 1994, CLOUT Nr 107, Zucker oder Wasser, gepanschter Wein, sowie Mehl mit krebserregenden Brot Verbesserten und selbstklebende Schutzfolie, die sich nicht ohne Rückstände abziehen lässt, führen nach der Rechtsprechung zur Vertragsverletzung[842].

Im praktischen Gesichtspunkt ist die Beurteilung des materiellen und funktionellen Mangels wichtig. Die Beurteilung hängt vor allem von der Vereinbarung der Vertragsparteien über die zu liefernde Ware ab, wenn es einen Konflikt über vertragsgemäße Ware gibt. Der Art 255 ist nur subsidiär. Er wird nur angewendet, wenn eine ausdrückliche Vereinbarung fehlt. Bezüglich der Quantität wird subsidiärerweise der Art 265 AU.DCG angewendet. Die Verpflichtung des Verkäufers wird erfüllt, wenn er die Quantität nach Nettogewicht liefert. Wenn die gelieferte Menge entweder geringer oder mehr als die ausdrückliche Vereinbarung ist, wird der materielle Mangel nach Umständen oder Gebräuchen beurteilt. Wegen geringen Mangels der Quantität wäre es unvorstellbar, dass der Käufer die Lieferung der Ware

[839] *Honsell,* 388; LG Berlin 15.9.1994, CISG-online Nr 399; AUE 74 f; *Bianca/Bonnell/Bianca* Art 35 Anm. 2.5.1; Schiedsspruch Nr 2319 vom 15.10.2002 des Netherlands Arbitration institute, IHR 2003;283 [reasonable quality sei geschuldet])
[840] *Honsell,* 388.
[841] *Honsell*, 389.
[842] *Honsell*, 390.

ablehnt. Der Verkäufer kann zu wenig oder Zuviel liefern, wenn die kommerziellen Gebräuche dies erlauben[843].

OHADA- und UN-Kaufrecht halten die Beschaffenheit der Ware für ein wichtiges Element des Kaufvertrages. Der Verkäufer muss nach ausdrücklicher Vereinbarung über die Beschaffenheit die Waren liefern. Die Lieferung wird nicht erfüllt, wenn es an Beschaffenheit der Ware fehlt (ZB die gelieferten Schuhe, die Risse haben oder die Farbe entspricht nicht der Bestellung[844]). Im UN-Kaufrecht stehen dem Käufer keine Rechtsbehelfe zu, wenn der Verkäufer zB Stoffe in etwas anderen Farben als bestellt liefert, der Käufer sie jedoch ohne jede Einschränkung ebenso gut verwenden kann; denn es fehlt ein Minderwert, der zur Minderung, und ein Schaden, der zu Schadenersatz berechtigt, es liegt keine wesentliche Vertragsverletzung vor[845].

Die Qualität betrifft auch eine ausdrückliche Vereinbarung über technische Spezifizierungen (bakteriologische Spezifizierungen), Zeichen oder Label[846]. Jedenfalls ist die gelieferte Ware sowohl nach materiellen als auch nach funktionellen Mängeln zu beurteilen. Der Art 255 Abs 1 AU.DCG ist auch subsidiärerweise anwendbar.

Der spezielle funktionelle Mangel wird berücksichtigt, wenn der Käufer nachweist, dass er dem Verkäufer während des Abschlusses des Vertrages bekannt war. Hinreichend deutliche Hinweise können sich bereits teilweise aus die Angabe des Verwendungsortes der Ware ergeben – beispielsweise Frosttauglichkeit von Pumpen, die in Sibirien verwendet werden sollen. Besondere Sachkunde oder Erfahrung des Verkäufers für dieses Geschäft können für die Einstandspflicht maßgeblich sein und darüber hinaus dazu führt, gegenüber dem unkundigeren Käufer seiner Warnpflicht auf Verwendungsrisiken nachkommen zu können[847].

Auch das Muster wird berücksichtigt, auch die Eigenschaften beim Kauf nach Probe sind verbindlich. Obwohl die Qualität erfüllt wird, wird die Verpflichtung der Lieferung

---

[843] En cas de feinte de route ,C.A., 8 novembre 1992, G.P., 1992,II, 22, cité par *Bout* /*Prieto* (C.) et Cas (G.), Lamy Droit éconamique 1998, n0 4554, 1668

[844] Voy O.l.G. Frankfurt,18.01.1994,N.J.W.,1994, 1013 et s., cité par chaude *Witz*, les premières applicationtions jurisprudentielles du droit uniforme de la vente internationale op.cit ., 86; Voy. Également à propos de la livraison de bicyclettes de couleur sombre invendables en côte d´ivoire: Com., 17 dec. 1968,Bull.civ., IV, n0 361

[845] *Honsell*, 388

[846] *Santos/Toé*, 394

[847] *Honsell,* 392; *Piltz,* 253, 254.

des Verkäufers nicht erfüllt, wenn es einen Mangel des Musters [848]gibt. Ebenso für die Probe. Fischproben und Lieferung aus älterer Fangquote sind vertragswidrig, wenn nach Handelsbrauch aus der aktuellen Fangquote zu liefern ist[849]. Zudem muss der Verkäufer Ware liefern, die hinsichtlich Verpackung (im internationalen Handel üblich - Marmorplatten sind ungenügend verpackt, wenn sie bei Vollbremsung auf dem Lkw-Transport zu Bruch gehen) und Behältnis (Konserven sind ungeeignet, wenn sie Obst nicht bis zum Verbrauch vor Verderb schützen) den Anforderungen des Vertrages entspricht. Der Art 255 Abs 2 S2 (früher 224 lit 4)AU.DCG ist anwendbar, wenn eine ausdrückliche Vereinbarung fehlt, dh die Beurteilung hängt von den Gebräuchen und dem Schutz der Ware ab. Die Verpackungskosten sind in diese Pflicht einzuschließen.

Anders als im UN-Kaufrecht (Art 36 Abs 1 CISG) beurteilt sich in der OHADA die Vertragsgemäßheit im Moment Lieferabnahme(Art 256 AU.DCG), auch wenn die Vertragswidrigkeit erst nach diesem Zeitpunkt offenbart wird. Im Wirklichkeit besteht keinen Unterschied zum UN-Kaufrecht, denn geht gemäß Art 275 iVm Art 277 AU.DCG die Gefahr mit Abnahme der Ware auf den Käufer über. Nach dem Wortlaut wird keinen Unterschied zwischen sichtbaren und versteckten Mängel gemacht. Bei der Vertragswidrigkeit ist entscheidend, dass diese bei Gefahrübergang zumindest im Keim schon vorhanden war[850]. Das OHADA- Recht verzichtet auf eine im Art 36 Abs 2 CISG vorgesehen weitere Haftung des Verkäufers. Eine gesonderte Gewährleistungshaftung des Verkäufers für „défauts cachés“[851] wurde im neuen AU.DCG des Achten Buches nicht mehr eingeführt. Anzumerken ist, dass die Falschlieferung (aliud) bei der Beurteilung der vertragsgemäßen Ware in Betracht kommt. Die Falschlieferung soll der Rüge unterliegen (Art 258 AU.DCG). Der Art 255 Abs 2 AU.DCG soll wie Art 40 UN-Kaufrecht berücksichtigt werden. Eine Auffassung betrachtet die krasse Falschlieferung als Nichtlieferung[852].

Hat der Verkäufer vorzeitigt geliefert, bleibt er gemäß Art 257 AU.DCG bis zum festgesetzten Liefertermin berechtigt, Vertragswidrigkeiten der Ware durch

[848] *Santos/Toé*, 395.
[849] *Honsell,* 393:
[850] *Hagge,* 97; vgl *Gomez*, Prenant Nr.827, Anm 118; *Ngeubou*, 71; *Santos* in OHADA-Kommentar, Anm zu altem Art 225 AU.DCG; *Santos/Toé*, Anm 632. Zum CISG Official Records, 33; Audit, Anm 102; *Bianca/Bonell/Bianca*, Art 36, Anm 2.3.; *Ghestin,* R.D.A.I.1988, 5(12);*Herbert/Czerwenka*, Art 36, Rn 2 ;*Heuzé*, Anm 286; *Staudinger/Magnus*, Art 36 , Rn 9 ;*Soergerl/Lüderitz/Schüßler-Langeheine*,Art 36, Rn 1, 4.
[851] *Hagge,*97 f.
[852] Vgl *Honsell,* 387.

Nachlieferung, Nachbesserung oder Austausch zu beseitigen. Diese Befugnisse sind jedoch möglich, wenn sie dem Käufer weder Schäden noch Kosten verursachen dürfen. Die gleichlautende Vorschrift des Art 37 CISG spricht von „ unzumutbaren Unannehmlichkeiten und unverhältnismäßigen kosten“. Der klare Ausdruck des Ausschlusses von Kostenlast im Art 257 AU.DCG; auch die geringfügig sind, ist nicht abweichende Bestimmung vom UN-Kaufrecht zu betrachten, sondern wird klarer zur Sprache (Schrift) gebracht, was ohnehin für das UN-Kaufrecht gelten soll[853].

Wie im UN-Kaufrecht(Art 37 Abs 2 wird im OHADA-Kaufrecht(Art 257 AU.DCG) verzichtet, dem Käufer trotz erfolgter Nachbesserung durch den Verkäufer ein Schadensersatzrecht hinsichtlich der Schäden einzuräumen, die auf den ersten Erfüllungsversuch zurückzuführen sind[854]. Lediglich ist der Ersatz von Schäden im Hinblick auf den zweiten Erfüllungsversuch vorschriftlich gedeckt. In der Literatur ist fraglich, ob ein solcher Schadensersatz des Käufers ganz bewusst nicht mehr vorgesehen ist und die Bestimmungen des Art 257 AU.DCG oder Art 37 CISG diesbezüglich abschließend sein soll. Eine Auffassung geht von einem Redaktionsversehen aus[855]. Daher insbesondere sind Schäden, - die die erste vertragswidrige Lieferung an anderen Gegenständen des Käufers verursacht hat- nach den Regeln des im Einzelfall über Art 205 (jetzt 237) AU.DCG anzuwendenden nationalen Recht zu ersetzen[856]. Eine Haftung für Mangelfolgeschäden beurteilt sich somit nach nationalem Recht. Der Verkäufer haftet daher für die Schäden, die auf seinen ersten Erfüllungsversuch zurückzuführen[857].

Wenn die Nacherfüllung (Recht der zweiten Andienung oder right to cure (Art 48 Abs 1 CISG oder 283 Abs 1 AU.DCG) nich mehrmöglich ist, kann der Käufer die verspätete Lieferung zurückweisen. Folglich kann ein Anspruch auf Verletzung im Sinne des 281

[853] *Hagge*, 98, alter Art 226 AU.DCG; *Bianca/Bonell/Bianca*, Art 37, Anm 2.5.; *Enderlein/Maskow/Strohbach*, Art 37 , Anm 6; *Herbert/Czerwenka*, Art 37, Rn 9; *Staudinger/Magnus*, Art 37, Rn 17.
[854] Vgl *Herber/Czerwenka*, Art 37, Anm 37,Rn 9; *Staudinger/Magnus*,Art 37 Rn 17; zum OHADA-Recht,*Hagge,* 98 zum alten Art 226.
[855] *Hagge,* 98
[856] *Hagge,* 98.
[857] Idem , 98 ; vgl *Herber/Czerwenka*, Art 37, Rn. 10, *Karollus,* S 122; *Schlechtriem/Schwenzer*, Art 37, Rn. 16; *Staudin ger/Magnus,* Art. 37, Rn. 25

ff AU.DCG. Gleiches gilt iSd des Art 45 ff, auch 49 Abs 1 lit b CISG geltend gemacht werden[858].

Nach der Rechtsprechung trifft der Käufer die Beweislast des Zustandekommens einer Lieferzeitvereinbarung[859], wenn er sich darauf beruft. Der Käufer ist weiter beweispflichtig bei Vereinbarung eines Lieferzeitraums oder lediglich im UN-Kaufrecht bei Umständen, die ein Terminbestimmungsrecht des Käufers begründen. Ob der Verkäufer dem Käufer rechtzeitig geliefert hat, müssen die geschuldeten Leistungshandlungen beweisen[860].

2.2 Untersuchungs-, Anzeige- und Ausschlussfrist.

Zur Wahrung der aus der Vertragswidrigkeit herrührenden Rechtsbehelfe infolge Lieferung nicht vertragsgemäßer Ware ist der Käufer nach Artt 258-259 AU.DCG und Art 270 AU.DCG gehalten die Obliegenheit zur Untersuchung der Ware und zur Rüge auffallender- und versteckter Mängel innerhalb einer bestimmten Frist . Art 258 AU.DCG verlangt dem Käufer bei auffallenden Mängeln die Rüge innerhalb des Monats folgend der Lieferung anzuzeigen. Art 39 CISG hingegen festlegt, dass der Käufer die bei der Untersuchung erkannte Vertragswidrigkeit der Ware innerhalb angemessener Frist dem Verkäufer unter präziser Angabe der Mangelsart anzuzeigen, wobei die Anlaufen der Anzeigefrist auf die tatsächliche Feststellung bzw Feststellbarkeit der Vertragswidrigkeit durch den Käufer ankommt. Entscheidend ist allein die Übernahme der Ware durch den Käufer oder durch von ihm Beauftragte. Folglich wird das Anlaufen der Anzeigefrist nicht ausgelöst, wenn der Käufer vertragswidrig die Übernahme der Ware verzögert oder gänzlich unterlässt[861]. Für offen zu Tage liegende Vertragswidrigkeiten läuft die Anzeigefrist hingegen gemäß Art 258 AU.DCG nach der Lieferung an. Daher kommt es für das Anlaufen der Anzeigefrist nicht unbedingt auf an, ob der individuelle Käufer die Abweichung bereits tatsächlich wahrgenommen hätte. Unter Mängeln nach Art 258 AU.DCG werden die bei der Anlieferung ohne weiteres auffallende Mangen-, Maß-, Gewichts- oder Farbabweichungen sowie unvollständige Lieferungen uws. verstehen. Hinzu kommt

[858] Handelsgericht Zürich, 25.6.2007; Vgl *Honsell*, 371.
[859] Kantonsgericht Wallis, 29.6.1998, CISG-online No. 420; Vgl *Honsell*, 371.
[860] Vgl *Henniger* 218; MünschKommBGB/*Gruber* CISG Art 33 Rn 18)
[861] Vgl *Piltz*, 264.

das Fehlen von für die Qualitätseignung der Ware erforderliche Papieren[862] sowie Zubehören.

Die Untersuchungs- und Rügeobliegenheit ist auch im UGB nicht fremd[863] (§ 377). Allerdings kennt das österreichische Recht (§ 377 UGB) wie das OHADA-Recht lediglich Mängelrüge in Fällen beiderseitiger handels- bzw unternehmensbezogener Geschäfte. Die Regelung des Artt 38, 39 CISG ist zum Teil für das OHADA-Recht Vorbildwirkung. Allerdings eine deutliche Abweichung besteht beim Beginn der Frist bei versteckten Mängeln sowie bei Folgen des Ablaufs der Anzeigefrist. Diese betrifft auch die Ausschlussfrist und die Systematik des Regelwerks.

Art 270 AU.DCG, der sich im Abschnitt hinsichtlich der Regelung zur Abnahme der Ware befindet, schreibt wie Art 38 CISG vor, dass der Käufer die Ware innerhalb einer so kurzen Frist zu untersuchen oder untersuchen zu lassen, aber der Zusatz „ wie es die Umständen erlauben“ ist lediglich im Art 38 CISG ausdrücklich erwähnt. Der Beginn und das Ende der kurzen Untersuchungsfrist ist nicht erwähnt worden. Grundsätzlich sollte das Anlaufen dieser Frist im Zeitpunkt der Lieferung der Ware[864] angenommen werden, es sei denn, es wurde deren Umleitung (Weiter-)Versendung vereinbart(Art 270 Abs 1 und 2 AU.DCG). Nach *Posch* beträgt die Frist für die Untersuchung 5 Arbeitstage[865]. Allerdings im UN-Kaufrecht.

Der Käufer kann nach Fristablauf bei auffallenden Mängeln(Art 258 AU.DCG) nicht mehr rügen und kann damit auch nicht mehr Rechtsbehelfe infolge Vertragswidrigkeit ausüben oder gerichtlich geltend machen. Im UN-Kaufrecht ist die entscheidende Rechtsfolge des Unterlassens der Untersuchung bzw der Rüge in mehrfacher Hinsicht gemildert: Zum einem stehen die Untersuchungsobliegenheit des Käufers nach Art 38 CISG und die Anzeigefrist gemäß Art 39Abs 1 CISG zur Disposition der Parteien, (Käufer und Verkäufer können abweichende Regelungen vereinbaren), zum anderen verbleibt dem Käufer gemäß Art 44 CISG die bestehenden Ansprüche auf Preisminderung und/oder Schadenersatz (ausgenommenen Ersatz des entgangenen

---

[862] Vgl *Piltz*, 264.
[863] *Haberl*, 45; *Vgl Krejci, 342*
[864] Vgl *Fénéon/Gomez*, alte Art 226/227 AU.DCG; Anm 1; *Hagge*, 99; Zum UN-Kaufrecht vgl *Schlechtriem/Schwenzer*, Art 38, Rn 36; *Soergel/Lüderitz/Schüßler-Langeheine*, Art 38, Rn 5; *Staudinger/Magnus*, Art 38, Rn 36; *Witz/Salger/Lorenz*, Art 38, Rn 7*; Piltz*, 267.
[865] *Posch*, 203; *Hagge* , 99 ein Monat inklusiv Anzeigefrist zum alten AU.DCG; *Fénéon/Gomez*; Art 229, Anm. 5.

Gewinns), wenn er eine ausreichende Entschuldigung dafür hat, dass er die erforderlichen Anzeigen unterlassen hat. Ob vernünftige Entschuldigungen vorliegen, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab. In der Judikatur wird die Unterlassung der Rüge als berechtigt betrachtet, wenn die Rüge auch bei einem durchschnittlichen Käufer im redlichen Geschäftsverkehr nachgesehen werden könnte[866], es wird ein strenger Maßstab bei Auswertung dieser Frage angelegt[867]. Der OHADA-Gesetzgeber hat auch im neuen AU.DCG des Achten Buches auf eine wichtige Regel iSd Art 44 CISG verzichtet. Dem Art 258 AU.DCG lässt sich keinerlei entnehmen, dass die Parteien abweichende Vereinbarungen treffen dürfen. Folglich muss zwingend davon ausgehen, dass die Fristversäumung gemäß soeben angeführter Vorschrift mit Stützung auf Art 10 OHADA-Vertrag iVm Art 1 Abs 1 und 2 AU.DCG in der Regel zum vollständigen Verlust der Rechtsansprüche führt.

Nach 259 Abs 1 AU.DCG muss der Käufer bei versteckten Mängeln nicht spätestens innerhalb von zwei Jahren(nicht identisch mit der Verjährung von Gewährleistungsansprüchen[868]) ab tatsächliche Übergabe der Ware an den Verkäufer (Art 39 Abs 2 CISG), sondern innerhalb von einem Jahr ab Kenntnis oder Erkennbarkeit der Vertragswidrigkeit bei tatsächlicher Anlieferung anzeigen. Danach verliert der Käufer seine Mängelrechte, wenn er die verborgenen Mängel nicht innerhalb genannter offener Frist geltend macht, es sei denn , vertraglich wurde eine (längere) Garantiefrist vereinbart (Art 259 Abs 2 AU.DCG). Für das UN-Kaufrecht hat die Anzeige in der Judikatur nur dann Sinn, wenn der Käufer nicht in der Lage ist, die Waren früher zu untersuchen und somit die Vertragswidrigkeit nicht vorher entdeckt haben kann oder wenn dem Verkäufer die Vertragswidrigkeit nicht eher mitgeteilt werden kann[869]. Die Ausschlussfrist verschafft dem Verkäufer die Sicherheit durch Versperrung der Reklamation bei Mängeln der Ware. Man geht davon aus, dass ohne eine längere ausgesprochene Garantie nach einem bestimmten Zeitpunkt der Verkäufer nicht mehr mit der Rüge zu rechnen hat. Die Judikatur ist mehr konkret und verschafft die Ansicht, dass der Verkäufer das Geschäft aufgrund Ausschlussfrist endgültig zur Seite legen kann[870]. Wenngleich der Käufer nach Ablauf von zwei Jahren

[866] Vgl OGH 2 Ob 191/98x/15. 10. 1998
[867] *Haberl*, 47.
[868] *Haberl*, 47.
[869] *Posch*, 203; *Haberl* , 47.
[870] OGH 19.12.2007, 9 Ob 75/07f.

nicht mehr rügen kann und damit auch der Verlust der Rechtsbehelfsmöglichkeiten einhergeht, ist er weiterhin berechtigt, seine Ansprüche geltend zu machen. Allerdings im UN-Kaufrecht mit Stützen auf Artt 44 iVm Art 40 CISG.

Die zur Untersuchungs- und Reklamationsfrist ergänzte Regelung zur Ausschlussfrist (war auch im alten Art 229 AU.DCG des Fünften Buches vorgesehen) entspricht sachlich zwar Art 39 Abs 2 CISG, wobei sich hier deutliche Unterschiede zwischen den Regelkörpern zeigen. Die von Amts wegen zu beachtende Ausschlussfrist von zwei Jahren, deren Ablauf weder gehemmt noch unterbrochen werden kann, ist einerseits auch im neuen AU.DCG von doppelter Länge. Andererseits beginnt die eine-Jahresfrist des Art 259 Abs 1 AU.DCG im Fall der versteckten Mängel der Ware in dem Moment, da der Mangel entdeckt wurde, hätte entdeckt werden müssen. Schließlich besteht die im UN-Kaufrecht ausdrückliche vorgesehen Ausnahme-Regel des Art 40 CISG nicht im OHADA-Recht. Danach wird die Anwendung der Ausschlussfrist - und auch der Untersuchungs- und Rügefrist- völlig ausgeschlossen, wenn der Verkäufer den Mangel kannte oder kennen musste und ihn dem Käufer nicht offenbart hat. Ob diesbezüglich der Gutglaubensgrundsatz des Art 237 AU.DCG herangezogenen wird, um die Hürde des Art 259 AU.DCG zu überwinden, ist fraglich. Es überrascht, dass solche Bestimmung zu den Ausnahmetatbeständen nicht ins OHADA-Recht übernommen wurde. Noch bedauerlicher ist das Fehlen im OHADA-Recht eine mit Art 44 CISG vergleichsweise Vorschrift, zumal die „vernünftige Entschuldigung“ des Käufers nach Art 44 UN-Kaufrecht eine Folge der Initiative der Schwellenländer[871] war und deren Aufnahme in den Übereinkommenstext zugunsten des Käufers aus diesen Ländern ausgefallen wäre. Die Vertreter der Entwicklungsländer wandten sich bei der Wienerkonferenz vor allem gegen die Ausschlussfrist in Art 39 Abs 2 CISG, wonach der Käufer alle Rechtsbehelfe verliert, wenn er eine Vertragswidrigkeit der Ware nicht spätestens zwei Jahre nach deren Übergabe gerügt hat. „Der mühsam gefundene Kompromiss, [um ein Fiasko der diplomatischen Konferenz zur Schaffung des UN-Kaufrechts 1980 in Wien zu vermeiden,] bestand in der Aufnahme des Art 44 CISG in den Übereinkommenstext, demzufolge ein Verstoß gegen die in Art 39 Abs 1 und 2 CISG festgelegte Pflicht, innerhalb "angemessener Frist" oder spätestens innerhalb

[871] *Derains/Ghestin*, La Convention de Vienne sur la vente internationale et les incoterms, 97; *Hagge*, 100.

zwei Jahre zu rügen, dann nicht zu einem vollständigen Rechtsbehelfsverlust führt, wenn der Käufer für die Unterlassung der Rüge eine "vernünftige Entschuldigung" hat.

Vor diesem Hintergrund kann zusammenfassend damit festgehalten werden, dass die Lösung der Fristfrage in Artt 258, 259 AU.DCG (die - praktisch überaus wichtige - Rügefrist im AU.DCG) eine erheblich schärfere Ausgestaltung auch im neuen AU.DCG des Achten Buches erfahren hat und damit verkäuferfreudlicher[872] als im UN-Kaufrecht.

Die Vertragswidrigkeiten iSd Art 35 UN-Kaufrecht; Art 255 AU.DCG im Unterschied zu Rechtsmängeln(Artt 41 – 43 CISG; Art 260 AU.DCG) können anhand der Untersuchung festgestellt werden[873].

Es ist zwar richtig, dass die Untersuchungsobliegenheit bedeutungslos ist, wenn „die Vertragswidrigkeit auch aufgrund einer ordnungsgemäßen Untersuchung nicht aufgedeckt wird und auch nicht aufgedeckt worden wäre oder die Vertragswidrigkeit aufgrund ihrer Offensichtlichkeit bereits bei Anlieferung der Ware feststellbar ist oder tatsächlich erkannt wird“. Aufgrund der dargestellten Situationen erübrigt sich für den Käufer jedoch nicht, bei bereits erkannten Abweichungen bei Anlieferung eine Untersuchung der Ware vorzunehmen[874].

Unter Berücksichtigung der objektiven Umstände des Einzelfalles (der Größe des Unternehmens des Käufers, Art der zu untersuchenden Ware, ihrer Komplexität oder Verderblichkeit oder dem Charakter als Saisonware, der Art der in Frage kommenden Menge und Aufwendigkeit der Untersuchung[875] sowie beachtlicher Absprachen der Parteien soll die Untersuchung der Ware (Art 38 UN-Kaufrecht; 227 AU.DCG) in der Regel in einer kurzen Frist im Moment der Lieferung erfolgen (wie es die Umstände erlauben und unter Beachtung einer angemessenen Frist für die Anzeige gemäß Art 39 UN-Kaufrecht). Nach *Posch* beträgt die Frist für die Untersuchung 5 Arbeitstage[876]. *Hagge* sieht eine Frist von einem Monat im Normalfall unter Einbeziehung der

[872] Vgl. *Ferrari,* R.D.A.I:2001, 599(604), *Hagge*, 100.
[873] *Haberl*, 46.
[874] *Piltz*, 265.
[875] OGH 15. 10. 1998, 2 Ob 191/98x.
[876] *Posch*, 203; *Hagge*, 99 ein Monat; *Fénéon/Gomez*; Art 229, Anm. 5

Anzeigefrist an, sodass es nach Fristablauf dem Käufer verweht ist, sich auf die Vertragswidrigkeit der Ware zu berufen[877].

Die Untersuchung kann bis nach dem Eintreffen der Ware am Bestimmungsort aufgeschoben werden (Art 38 Abs 2 UN-Kaufrecht). Die Aufschiebung der Untersuchung der Ware ist auch in der OHADA bei Beförderungsverkäufen (Versendungskäufen) beim Verkauf reisender Ware vorgesehen (Art 270 Abs 1 AU.DCG). Gleiches gilt, wenn der Käufer wegen einer Umleitung oder Weiterversendung der Ware nicht ausreichende Gelegenheit zu Untersuchung haben kann(Art 270 Abs 2 AU.DCG)[878]. Die Möglichkeit der Umleitung oder Weiterversendung ist dem Verkäufer bei Vertragsabschluss bekannt oder musste ihm erkennbar sein (Art 38 Abs 3 CISG; Art 270 Abs 2 AU.DCG)[879]. Wie das UN-Kaufrecht regelt die OHADA nicht Art und Umfang der Untersuchung. Mit welchem Umfang der Untersuchung bzw mit welchem Zeitaufwand etc. die Vertragswidrigkeiten aufgedeckt werden, ist offen. Nach der Literatur ist der Käufer nicht verpflichtet, alle denkbaren Abweichungen im Zuge der Untersuchung nachzuprüfen[880]. Allerdings können die Parteien anhand der Parteivereinbarung oder im Zweifel anhand des Handelsbrauchs Art und Umfang der Untersuchung bestimmt werden. In der Literatur und Rechtsprechung sind Ausmaß und Intensität der Untersuchung von der Art der Waren, ihrer Verpackung, ihrer Beabsichtigung, ihrer Komplexität, ihrer Verderblichkeit, der Liefermenge, der Art der Vertragswidrigkeit, die Aufwendigkeit der Untersuchung, der Art der Geschäftsbeziehung der Partei abhängig. Äußerliche und sensorische Untersuchungen sowie zumindest Stichproben bei langjährigen Geschäftsverbindungen, verpackte Produkte, eine Vielzahl von Artikeln sind ausreichend. Beispielsweise sind Stichproben bei Steckkupplungen zumutbar, aber die Einschaltung externer Fachleute gewöhnlich nicht geboten[881].Die Knüpfung der Rügefrist an die der Untersuchungsfrist ist auch in der OHADA vorgesehen. Bei offenen Vertragswidrigkeiten muss der Käufer nicht mehr nach altem Art 228 AU.DCG innerhalb angemessener Frist(ab dem Zeitpunkt, zu dem er sie festgestellt hat oder feststellen hätte müssen) rügen, sondern innerhalb des Monats folgend der Lieferung

[877] *Hagge,* 99.
[878] Siehe auch Alte Art 227 AU.DCG.
[879] *Piltz*, 268; *Haberl*, 46; Siehe auch alte Art 227 Abs 3 AU.DCG.
[880] *Piltz,* 269.
[881] OLG Köln 13.11.2000, 16 U 45/00, cisg-online 657, Siehe *Piltz* u. *Haberl*, 269, 46.

(Art 258 AU.DCG). folglich kann die Dauer der Frist für die Erhebung der Mängelrüge sich nicht mehr nach Umständen des konkreten Falles wie nach Art 39 Abs 1 CISG [882]bestimmen. Die vorgesehene Frist ist unflexibel und könnte bei Komplexeren Waren (Maschine, Tür und Fensterelement, Möbeln und Druckartikeln uws.)unangemessen sein. Da die Anzeigefristen von mehr als einem Monat sind in einer US-amerikanischen sowie belgischen und französischen Entscheidungen vorgekommen sind[883]. Hingegen ist die OHADA-Anzeigefrist für die verderblichen Produkten sowie Pflanzen und Lebenden Tieren deutlich großzügiger[884].

Unter Umständen nach CISG fallen die Eigenarten der Ware, Umfang der Warenlieferung oder die Art des gewählten Rechtsbehelfs sowie die betrieblichen und persönlichen Verhältnisse des Käufers. In der Rechtsprechung ist keine einheitliche Frist hinsichtlich angemessener Frist anzunehmen[885]. Der OGH hält eine Rügefrist von 14 Kalendertagen für angemessen, soweit nicht besondere Umstände für eine Verkürzung oder Verlängerung sprechen[886], der BGH nimmt regelmäßig eine Frist von 4 Wochen an[887]. Die Beweislast für eine rechtzeitige und gehörige erhobene Mängelrüge trifft stets den Käufer[888].

Anzumerken im österreichischen Unternehmensrecht ist klar, dass Mängelrügeobliegenheit bei Gründungsgeschäften nicht in Frage kommt[889]. Ob der Kaufvertrag, den ein „Verbraucher“ als Gründungsgeschäft für sein künftiges Unternehmen schließt, der Rügepflicht nach OHADA-Rechtsverständnis unterliegt, ist nach Art 2 iVm 3 AU.DCG verankert worden. Demnach muss anders nach OHADA-Recht der Käufer Mängel hinsichtlich der Kaufsache innerhalb des Monat folgend der Lieferung oder spätestens innerhalb von einem Jahr nach deren Feststellung (oder Feststellbarkeit etwaiger Vertragswidrigkeiten) anzeigen. Dabei liegt keine

[882] *Posch,* 203 ;*Haberl,* 46.
[883] Hof van Beroep te Gent, Urteil vom 12.5. 2003(Pulllover), CISG-Belgium, Rn 1-42; Cour d´appel de Collmar, IHR 2003, 146; Hof van Beroep te Gent, Urteil vom 2.12. 2002; Urteil vom 2.12. 2001(beinahe drei Monate”undrechtlich spat”),beide CISG-Belgium, Rn 1-42; Cour d´Appel de Paris, Urteil vom 6.11. 2001, CISG-France, Rn, 1-42; *Piltz*, 262.
[884] Anzeigefristen von ca einer Woche sind im CISG judiziert worden, verderblichen Produkten, AG Riedlingen, Urteil vom 21.10.1994, CISG-online, Rn 1-42(Schinken); OLG Saarbrücken, NJW-RR 1999, 780(Blumen); OLG Schleswig, IHR 2003, 20ff. (vier Tage bei Lebendvieh verspät); *Piltz*, 261.
[885] *Haberl*, 47.
[886] OGH 15.10. 1998, 2 Ob 191/98x; OGH21.3.200, 10 Ob 344/99g.
[887] BGH 311.1999, VIIIZR287/98,cisg-online, 475.
[888] *Posch*, 203.
[889] *Vgl Krejci, 342.*

Beweislastumkehr vor. Es kann auch nicht vermuten, dass die Sache bereits bei der Übergabe mangelhaft war, wenn sich der Fehler innerhalb von sechs Monaten ab diesem Termin zeigt wie schon nach Beweislastregel des § 924 des österreichischen Rechts[890]. Da wie im UGB die Rügeobliegenheit in beiden Regelwerken keine Pflicht, sondern eine Obliegenheit des Käufers ist (dies bedeutet auch, dass sie nicht vom Verkäufer einklagbar ist[891]) führt das Unterlassen der Untersuchung bzw der Rüge bereits oben ausführlich, zum Verlust der Ansprüche des Käufers infolge Mangelhaftigkeit wie etwa Preisminderung oder Schadenersatzanspruch, Anspruch auf vertragsgemäße Ware oder Vertragsaufhebung[892]. Hier ist eine Abgrenzung zwischen Schlechterfüllung und Aliud-Lieferung (Falschlieferung) unerheblich (sofern die gelieferte Ware nicht offensichtlich von der Bestellung so erheblich abweicht, dass der Verkäufer die Genehmigung des Käufers als ausgeschlossen betrachten muss (§ 378 UGB))[893]. Genehmigungsfähige Aliud-Lieferungen im Sinne des § 378 kommen nicht im Betracht[894].

In Anbetracht der anzuwendenden Verjährungsvorschriften ergeben sich durch die Festlegung einer vom Amts wegen[895]beachtenden Ausschlussfrist von einem Jahr keine Friktionen. Vergleichsweise Bestimmungen fanden ins UN-Kaufrecht keinen Eingang. Gemäß Art 301 Abs 2 AU.DCG besteht in der Regel eine Verjährungsfrist von zwei Jahren und beginnt im Fall einer Vertragswidrigkeit der Ware im Zeitpunkt, da der Mangel iSd Art 259 AU.DCG festgestellt wurde oder hätte feststellen müssen, es sei denn, es wird eine lange Garantie vereinbart. Im diesen Fall beginnt der Frist im Moment, in dem die Garantie zu Ende geht(Art 302 AU.DCG). So lange der Käufer nach gemäß Art 259 AU.DCG hinsichtlich der Ausschlussfrist noch rügen kann, kommt keine Verjährung der Anspruch infrage. Umgekehrt reduziert aber die einzuhaltende Ausschlussfrist die dem Käufer zur Verfügung stehende Zeit, seine Rechte aus der Vertragswidrigkeit der Ware auszuüben. Wenn die Annahme der Ware durch den Käufer abgelehnt wurde, sollte die Verjährungsfrist in diesem Zeitpunkt beginnen.

---

[890] *Kerschner/Bydlinski*, 17.
[891] *Koziol/Welser,* I/12a, 46.
[892] *Santos/Toé*, 428.
[893] *Haberl,* 46; Vgl 342 *Krejci*, 342
[894] *Posch,* 203
[895] Deren Ablauf weder gehemmt noch unterbrochen worden kann, vgl *Staudinger/Magnus*; Art 39 Rn 63; *Piltz*, 271

Gleiches gilt, wenn gemäß Art 258 AU.DCG die Anzeige ordnungsgemäß stattgefunden wird.

3 Die Gewährleistungspflicht

Der neue Art 260 AU.DCG statuiert nunmehr und konkretisiert die in Art 250 Abs 2. AU.DCG benannte Verkäuferpflicht zur“ Gewährleistung“ wegen Rechtsmängel sowie persönlicher Besitzstörung und weicht vom alten Art 231 AU.DCG ab. Der alte Art 231 AU.DCG normiert anders als neuer Art 260 AU.DCG des Achten Buches und konkretisiert die in altem Art 219 AU.DCG genannte Verkäuferpflicht zur Gewährleistung auch wegen versteckter Mängel und stellt eine verwirrende Abweichung von der Regelung des UN-Kaufrechts dar. Danach musste der Verkäufer die gelieferte Ware gegen versteckte (verborgene) Mängel schützen. Diese gesonderte Verkäuferhaftung war eine unübersichtliche Mischung und wurde in der Lehre kritisiert. Da der einheitliche Vertragsverletzungsbegriff des UN-Kaufrechts, der vom AU.DCG übernommen wurde, die Haftung des französischen Rechts für versteckte Mängel jedoch gerade einschließen soll, drohen hier Friktionen mit den alten Artt 224 bis 229 AU.DCG. Zum einen aufgrund Mangels an Präzision für den Anwendungsbereich des alten Art 231 AU.DCG dürfte es schwierig sein, den Haftungsmaßstab des Art 231 Abs 1 AU.DCG von dem des Art 224 AU.DCG abzugrenzen, dem Art 35 CISG wörtlich entspricht. Zum anderen wird Art 231 AU.DCG nicht von der Untersuchungs- und Rügeobliegenheit des alten Art 227 f. AU.DCG und auch die Ausschlussfrist gemäß alten Art 229 AU.DCG erfasst, weshalb ihm in der Praxis leicht die Funktion eines "Sicherheitsventils" zukommen könnte, mittels dessen die den Verkäufer schützende Wirkung der alten Art 228 f AU.DCG ausgehebelt wird.[896] zumal der Käufer beim Verspassen eine der in altem Art 227 ff. AU.DCG beschriebenen Fristen sich noch im Fall eines versteckten Mangels jedenfalls auf eine Verletzung der Gewährleistungspflicht des Verkäufers aus alten Art 231 Abs 1 AU.DCG stützen könnte. Die Verjährungsfrist als einzige Anspruchsschranke beträgt zwei Jahre[897].

Der Gewährleistungsanspruch aufgrund der versteckten (verborgenen) Mängel kam Jedem weitere Abnehmer bei einem Weiterverkauf gegenüber Zwischenhändlern und

[896] *Schroeter*, , cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/schroeter.html(30.1.2012); *Hagge* sieht eine erhebliche rechtliche Folgen, 101
[897] *Hagge,* 104

auch dem Hersteller der Ware zugute(alte Art 231 lit 2 AU.DCG)[898]. Derartige Direktansprüche außerhalb der unmittelbaren vertraglichen Beziehung bestehen im UN-Kaufrecht nicht. „Dennoch lässt auch das UN-Kaufrecht solche Ansprüche Dritter als konkurrierende Ansprüche zu, sollten diese vom im Einzelfall anzuwendenden nationalen Recht gestattet sein“[899].

Die Gewährleistungsansprüche des Käufers für versteckte Mängel kommen ursprünglich aus romanischem Recht. AU.DCG (alte Art 231) spricht über Versteckte Mängel „défauts cachés“, aber nicht „vices cachés“ wie im französischen Recht (Art 1641 bis 1649 Code civil) und bringt jedoch - inhaltlich ähnlich - eine gesonderte Verkäuferhaftung für versteckte Mängel mit sich[900]. Unter Mangel versteht man, dass der Gebrauch (Nutze) der verkauften Sache so sehr verringert wird, dass der Käufer sie gar nicht erworben oder einen geringeren Preis dafür gegeben hätte, wenn er den Mangel gekannt hätte. Der Fehler ist eine Anomalie, eine Verschlechterung, die dem guten Funktionieren der Sache, ihrer Festigkeit oder einfach ihrem Aussehen schade[901]. Zu erwähnen ist, dass versteckte Mängel solche sind, die trotz ordnungsgemäßer Untersuchung der Ware nicht erkennbar waren[902].

Die französische Doktrin schlägt drei Definitionen des Fehlers vor: eine materielle Definition, wenn die verkaufte Sache verschlechtert oder beschädigt ist; eine funktionelle Definition, wenn die Qualität der Sache ungeeignet für den Gebrauch ist, für den sie bestimmt ist und eine vertragliche Definition, die den Fehler annimmt, wenn eine der vereinbarten Qualitäten fehlt. Obwohl die OHADA die materielle und die funktionelle Definition vorsieht, schließt es den geringen Mangel und einen nebensächlichen Mangel der Qualität aus[903].

Die Gewährleistungspflicht (Wegen Rechtsmängel und ungestörten Besitzes) kann vertraglich beschränkt werden. Eine vertragliche Klausel zur Beschränkung der Gewährleistungspflicht ist wie schon im achten BUCH (Art 260 AU.DCG) restriktiv auszulegen(Art. 261 AU.DCG). Dem Verkäufer obliegt die Beweislast dafür(Art 261

[898] Dazu *Gomez*, 135; Dazu *Hagge,* 104
[899] So *Hagge*, 105 Siehe vgl *Heuzé,* Anm. 87.
[900] Die Orientierung am nationalen Recht anstelle der UN-Konvention führt zu massiven Anwendungsproblemen, So *Hagge*, 101
[901] *Gestein* , Conformité et garantie dans la vente, op.cit., 17,Nr. 10.
[902] *Kejci*, 346.
[903] *Letourneau,* „ Conformité et garantie dans la vente d´objets mobiliers corporels“; R.T.D. Com., 1980, no 30, 243; *Santos/Toé*, 397.

Abs2 AU.DCG), dass der Erwerber bei Vertragsschluss von deren Existenz Kenntnis hatte und sie auch Akzeptiere[904]. Der Grund liegt darin, dass der OHADA-Verfasser auf den Schutz des Käufers gegen unangenehme Überraschungen abzielt. Wenn dem Käufer bereits zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses die bestehenden Klauseln zugänglich gemacht werden, entsteht der Eindruck, dass er bewusst ein Risiko eingehen will. Ab und zu können die Klauseln zugunsten des Käufers ausgestaltet werden, zumal die Einwilligung gegen vorteilhafte Vertragsbedingungen seitens des Käufers ins Spiel kommt. Der Verkäufer ist beweislastpflichtig. (Art 232 AU.DCG). Die Beweisführung ist frei. Der Rechtsanwender ist in die Pflicht genommen, bei Auslegung der Klauseln einen strengeren Maßstab anzulegen. Lediglich eine enge Auslegung der Klausel ist zulässig. Im Zweifel ist die Klausel nach Zivilrecht zugunsten des Käufers anzuwenden, wenn er die Klauseln nicht selbst ausgestaltet hat[905]. Die beschränkte Klausel ist bedeutungslos, wenn der Verkäufer bei Abschluss des Vertrags von Rechtsmängeln der Ware wusste. Seine Bösgläubigkeit soll durch die Vereinbarung nicht geschützt werden[906].

3.1 Rechtsmängel und Besitzstörung

Die Gewährleistungspflicht betrifft die Freiheit der Ware von Rechte oder Ansprüchen Dritter wie Eigentum[907] sowie Besitzstörung. Der Verkäufer verpflichtet sich zur Lieferung von Waren, die von Rechten oder Ansprüchen Dritter unbelastet sind, sofern sich der Käufer nicht bereit erklärt, die gestörten Waren dennoch anzunehmen[908]. Die Ware muss frei von Rechten und Ansprüchen Dritter sein. Ob die Voraussetzungen der Rechtsmängelhaftung im UN-Kaufrecht (Art 41 bis 43) jener der OHADA gleichgestellt sind, ist im Schrifttum umstritten.

Anders als Art 41 iVm Art 42 UN-Kaufrecht besteht in Art 260 AU.DCG keine ausdrückliche Pflicht zur Wahrung der Ansprüche auf gewerbliches oder anderes geistiges Eigentum. Auch die Eigentumsübertragung Art 30 UN-Kaufrecht wurde in Art 260 AU.DCG nicht zum Ausdruck gebracht. Einerseits wird eine Auffassung vertreten,

---

[904] Siehe *Hagge*, 102, im Umkehrschluss hätte- in annaloger Anwendung des Art. 232 Abs 2 – bei einer die Verkäuferhaftung erweiternden Klausel der Käufer einen entsprechenden Beweis zu führen.
[905] *Santos/Toé*, 401.
[906] *Hagge,* 102; *Fénéon/Gomez*, Art 232, Anm. 2; *Ngeubou*, 73; *Santos/Toé,* Anm. 646.
[907] Dazu *Gomez*, 128; *Hagge,* 102, dies impliziert – gemeinsam mit der in Art 283 AU.DCG statuierten Regelung zum Eigentumsübergang- eine verkäuferpflicht zur Verschaffung des Eigentums.
[908] Dazu *Hagge*, 102

dass Drittrechte, die auf Immaterialgüterrechten berühren, nicht der Anwendung des Art 230 (jetzt 260) AU.DCG unterliegen[909]. Andererseits vertritt eine Ansicht, dass Art 230 (jetzt 260) AU.DCG Rechtsmängel und Drittrechte aufgrund geistigen Eigentums umfasst, da der OHADA–Verfasser aus Art 230 (jetzt 260) AU.DCG der Schutz der Käufer nicht nur auf Rechtsmängel, sondern auch auf immaterialgüterrechtliche Belastungen abzielt[910]. Darüber hinaus versteht der Code civile unter „Garantie", dass der Verkäufer entweder für eigene Rechte bzw Ansprüche oder Rechte Dritter dem Käufer störungsfreien Besitz der Ware schuldet[911]. Die Ansicht wurde im UN-Kaufrecht auch bezüglich gewerblicher Schutzrechte vertreten[912]. Der Verkäufer kann in Ermangelung einer Abrede aufgrund des Art 71 UN-Kaufrecht zur Zurückhaltung der Ware berechtigt sein. Anders ist, wenn er ohne weiteres das Eigentum vorbehält. Hier kommt die Verletzung der Lieferpflicht in Betracht. Die Drittrechte kamen hingegen in Betracht, wenn der Verkäufer das Eigentum vorbehält und der Käufer als nunmehriger Verkäufer (zugunsten des tatsächlichen Eigentümers der Ware - nämlich der Vorlieferant des nunmehrigen Verkäufers) die Ware an den Endabnehmers verkauft. Der genannte nunmehrige Verkäufer muss gegen Eingriffe des Vorlieferanten bzw des tatsächlichen Eigentümers gegenüber dem Endabnehmer der Ware haften[913]. Entscheidend ist, dass der Käufer gutgläubig über das Eigentum verfügt. Die Drittrechte besteht im neuen OHADA-Recht nicht mehr. Neuerung ist die Gewährleistung wegen selbst Besitzstörung des Verkäufers(Art 260 Abs 2 AU.DCG, dh jegliche Beeinträchtigung des Warenbesitzes der Ware durch den Verkäufers damit wird ein beträchtlicher Unterschied zum UN-Kaufrecht dargestellt.

3.1.1 Zur Wahrung der Rechte

Wie im UN-Kaufrecht ist der Verkäufer verpflichtet, Ware ohne Rechtsmängel zu liefern.

Unter Rechtsmängel fallen – vorbehaltlich gewerbliche Schutzrechte - alle Rechtspositionen, die einem Dritten an der Ware mit Wirkungen gegen den Käufer tatsächlich zustehen[914]. Ohne Unterscheidung zwischen dinglichen und obligatorischen

[909] *Santos/Toé*, 398 (die Autoren lehnen offenbar ohne Nennung von Gründen ab)
[910] Dazu *Gomez*, 134.
[911] *Santos/Toé*, 398; Art 289 al 2 Code de commerce.
[912] OGH ZfRV 1996, 248 *Bamberger/Roth/Saenger* Art 41 Rn 6.
[913] Dazu *Gomez*, 134.
[914] *Honsell*, 445.

Rechten handelt es sich in concreto um alle Rechte auf Eigentum (zB bei Kauf angeblich gestohlener Kfz oder Pkw) oder Sicherungs- oder Vorbehaltseigentum sowie um beschränkte dingliche Rechte wie Nießbrauch, Pfand-, Zurückbehaltungs-, Lösungs- oder Verfolgungsrechte. Bei Wirkung gegen Dritte kommen obligatorische Rechte wie Pfand-, Zurückbehaltungs- oder sonstige Sicherungsrechte aus Kommisionslager, Speditions- oder Frachtgeschäfte in Betracht. Gleiches gilt für Rechte aus Werk-, Miet-, Pacht-, Leasing- oder entsprechenden Verträgen. Wenn jedoch der Verkäufer statt eines originalverpackten Markenprodukts gefälschte Ware liefert, wird von Sachmangel gesprochen. Abgesehen davon erfassen die Rechtsmängel etwa Anfechtungsrechte im Konkurs oder nach Sondergesetzen sowie die Haftungserstreckung, ZB aufgrund einer Vermögensübernahme im Sinne des § 1409 ABGB.

Hingegen liegt keine Pflichtverletzung des Verkäufers vor, „wenn er die Ware abredegemäß an einen Abnehmer des Käufers liefert und direkt übereignet, in dessen Konkurs die Ware dann von Dritten beansprucht wird und in dem der Käufer seinerseits mit seinem Zahlungsanspruch gegen den Abnehmer entfällt."

Diese Einschätzungen von *Honsell* und *Santos* hinsichtlich der Rechtsmängelhaftung betreffen auch eine staatliche Beschlagnahme aber auf Grund und zur Durchsetzung des Rechts eines Dritten. Da Rechte Dritter nur als Rechte Privater angesehen werden, wird in der Literatur einerseits vertreten, dass staatliche Beschlagnahmen ohne Weiteres nicht unter Art 41 CISG oder 260 AU.DCG behandelt werden sollen (Beim Kauf eines als gestohlen beschlagnahmten Pkw kann der rechtsbefugte Staat auf Art 41 ausweichen[915]). Andererseits geht man davon aus, dass alle genannten Beschränkungen Rechtsmängel darstellen. Ob es um Beschlagnahmen, Steuer- oder Zolllasten geht, ist nach deren Ansicht gleichgültig.

Die staatlichen Beschlagnahmen aufgrund öffentlich-rechtlicher Verfügungs- oder Nutzungseinschränkungen nach Lieferung stellen keine Drittrechte dar, es denn, das Fehlen der Vertragsmäßigkeit ist Anlass dafür[916]. Gleiches gilt für Zoll- und Abgabenbelastungen.

[915] *Honsell*, 446.
[916] *Honsell*, 446.

Zusammenfassend ergibt sich aus Vorstehendem, dass die beiden Regelwerke gleichermaßen Rechtsmängelhaftung zum Schutz der Käufer gegen Ansprüche von Rechten Dritter verankert, insbesondere hinsichtlich dem Eigentumsrecht, auch Eigentumsvorbehaltsrechten beim Warenkauf, dazu kommen dingliche Pfandrechte etwa über Warenstock Art 100 AU.S[917] sowie obligatorische Rechte und sonstige Sicherungsrechte usw[918].

Hinsichtlich Ansprüche Dritter kommen auch lediglich behauptete Rechtspositionen, die in Wirklichkeit nicht bestehen, in Betracht. Es genügt dafür, wenn eine Rüge oder angebliche Ansprüche im Sinne der OHADA Sinn gerichtlich gegen den Käufer geltend gemacht werden[919]. Ebenso nach Art 1653 Code civile ist der Käufer berechtigt, die Zahlung des Kaufpreises auszusetzen, wenn die Befürchtung vor Klage eines Dritten begründet wird. Leichtfertig erhobene Ansprüche sind im UN-Kaufrecht anzunehmen[920]. Der Grund dieser extensiven Konzeption des Käuferschutzes liegt darin, dass die Nicht-Gewährung eines Warenkaufs frei von Rechten oder Ansprüchen Dritter aufgrund möglicher Aufwendungen zum Nachteil des Käufers führen kann. Diese außergewöhnlichen Kosten im Handelsrecht oder Unternehmen soll normalerweise der Verkäufer tragen. Da der Zeitpunkt der Mangelfreiheit nach nahezu einhelliger Meinung im Zeitpunkt der Lieferung vorliegt[921] können die Parteien beim Vertragsabschluss die Einstandspflicht des Verkäufers teil oder ganz abbedingen. Die Haftung des Verkäufers für Rechtsmängel kann insbesondere im UN-Kaufrecht aufgrund rechtsgeschäftlich bindender Erklärung des Käufers entfallen. Die Einwilligung erfordert eine positive Kenntnis des Käufers, sodass die Unkenntnis des Mangels aufgrund grober Fahrlässigkeit wirkungslos bleibt. Auch die vorbehaltlose Erklärung weist keine Einwilligung auf. Anders ist zu beurteilen, wenn Begleitumstände - etwa ein Angebot des Verkäufers, den Rechtsmangel zu beseitigen – zur Billigung der Annahme einer Einwilligung des Käufers führen kann, dann entfällt die Haftung des Verkäufers[922]. Lediglich im UN-Kaufrecht kommt der Formzwang (nach Art 96, 12 CISG) hinsichtlich der Einwilligungserklärung in Betracht.

[917] *Santos/Toé*, 390.
[918] *Audit*, op. Cit., 110, no 114.
[919] *Santos/Toé*, 398.
[920] *Honsell,* 446.
[921] *Honsell*, 446.
[922] *Honsell*, 446.

Im OHADA-Kaufrecht wird keine Aussage hinsichtlich der Rügeobliegenheit des Käufers bei Rechtsmängeln getroffen. Eine mit Art 43 vergleichbare Vorschrift wird daher nicht vorgesehen. Eine Lernmeinung stellt die Fragen, „ob –und, falls ja, nach welcher Maßgabe- Rechtsmängel gerügt werden müssen und welche Folgen den Käufer treffen, wenn diese Anzeige versäumt“ und versucht hypothetisch die Lücke zur Füllung, Wenn der OHADA- Gesetzgeber nicht auf die Rügeobliegenheit verzichtet hat. Daher kann die Lücke primär anhand ergänzender Auslegung des OHADA-Recht selbst gefüllt werden(ZB die mittelbare Anwendung des alten Art 228 AU.DCG zu berücksichtigen). Die Auslegung kann subsidiär aus dem im Einzelfall anzuwendenden nationalen Recht erfolgen[923]. Anders gilt nach Art 258 AU.DCG.

3.1.2 Gewerbliche Schutzrechte

Wie bereits oben angeführt sind in Art 260 AU.DCG im Wortlaut keine gewerblichen Schutzrechte ausdrücklich vorgesehen. Durch erweiterte Interpretation gelangt man jedoch zur Ansicht, dass der Verkäufer für die Ware haften soll, die mit Rechten oder Ansprüchen Dritter belastet ist, die aus gewerblichen Schutzrechten herleiten[924]. Ob diese Auffassung der Rechtsanwender in der OHADA überzeugt, ist meines Erachtens sehr bedenklich. Es ist zu erwähnen, dass Gewerbliche und geistige Schutzrechte sind keineswegs in allen OHADA-Mitgliedstaaten statuiert und geschützt. Es fehlt auch weitgehend an nationalen Bestimmungen für ihre Registrierung. Folglich ist diese Situation für den Verkäufer unüberschaubar und unkalkulierbar. Aus diesem Grund ist von einer Beschränkung der Anwendung des Art 260 AU.DCG im Hinblick auf Freihaltung der Ware von Rechten oder Ansprüchen Dritter auszugehen. Die auf gewerblichem oder geistigem Eigentum beruhen bleiben damit ausgeschlossen[925]. Dieser Aufspaltung wurde im UN-Kaufrecht Rechnung getragen(Art 41 und 42 UN-Kaufrecht). Die rechtliche Unsicherheit sollte durch einheitliche Regelungen der OHADA in Bereichen des gewerblichen Rechtsschutzes und des Urheberrechts behoben werden, zumal die OHADA die entsprechende Regelungskompetenz besitzt (Art 2 Staats V)[926].

---

[923] *Hagge,* 103.
[924] *Gomez*, 134
[925] Vgl *Hagge,* 103, Art 41 und Art 42 UN-Kaufrecht.
[926] *Hagge* , 103

Der Verkäufer hingegen im UN-Kaufrecht hat für Verletzung gewerblicher Schutzrechte im Hinblick auf die Ware einzustehen. Da die allgemeine Rechtsmängelgewährleistung nach Art 42 merklich abgeschwächt ist, haftet der Verkäufer für Rechte Dritter auf gewerbliches oder anderes geistiges Eigentum aus der Perspektive der Weltorganisation für geistiges Eigentum (nämlich alle Rechte, die sich aus der geistigen Tätigkeit auf gewerblichem, wissenschaftlichem, literarischem oder künstlerischem Gebiet ergeben - in conreto Patente jedweder Art, Urheberrechte, Lizenzrechte, Gebrauchs- und Geschmacksmusterrechte, Marken, Warenzeichen- oder sonstige Kennzeichenrechte, geschützte Herkunfts- oder Ursprungsangaben - der Patentschutz schließt auch Verfahrenspatente sowie die Gegenstände ein, die unter Verletzung eines Verfahrenspatents hergestellt werden[927]. Soweit Persönlichkeit- oder Namenrechte der Verwendung der Ware entgegenstehen, fallen diese auch unter Art 42 Abs 3. Allerdings nicht unter Art 42 sondern unter Art 41, auch 260 AU.DCG fallen dagegen Ausschließlichkeitsrechte, Vertriebsbindungen oder sonstige Absatzschranken, soweit sie ausnahmsweise einmal Drittwirkung haben, nur im voraussichtlichen Verwendungsland der Ware. Da weltweit bei internationalem Immaterialgüterrecht das Territorialitätsprinzip vorherrschend ist, ist entscheidend, dass die Haftung des Verkäufers nur für Schutzrechte des jeweiligen Staates besteht, die anhand Sachnormenverweisung oder im materiellrechtlichen Weg im Ergebnis zum Verwendungsland der Ware führen kann. Und diese Schutzrechte sollen zum Zeitpunkt der Lieferung bestanden haben. Insofern kommt unter Verwendungsstaat entweder ausschließlich der Käuferstaat oder der andere Staat in Frage, wenn die Ware dort verwendet wird. Für die Verwendung der Ware in einem oder mehreren bestimmten (anderen) Staaten aufgrund des Weiterverkaufens kommen die Schutzrechte nicht nur in dem Staat, wo die Ware weiterverkauft wird, sondern im Staat in dem sonstige Verwendung stattfindet, in Betracht [928]. Gleiches gilt für die Haftung in allen Staaten, wo die Waren verwendet werden. Der Verkäufer haftet nur im Fall der Kenntnis oder des Kennenmüssens, daher nur bei grober Fahrlässigkeit zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses. Dabei muss der Käufer erkennen können, dass Schuhe mit bestimmten Streifen ein bekanntes Markenrecht eines Dritten verletzen[929]. Die Schutzrechte des Dritten, für die der Verkäufer in dem beachtenden Schutzgebiet

[927] OGH 12.9.2006, IHR 2007, 39, 42- nach geschützten Verfahren ohne Lizenz hergestellte CD-Rollinge
[928] OGH 12.9.2006, IHR 2007; Vgl *Honsell*, 455
[929] Cour de cassation 19.3.2002, CLOUT Nr 479; Cour d´appel de Colmar 13. 11. 2002, CLOUT Nr 491).

haftet, sind nach der Literatur nicht uneingeschränkt, denn für weltweite Schutzrechtsfreiheit kann und braucht der Verkäufer nicht einzustehen[930]. Daher wurde dem Käufer empfohlen, die Verwendungsabsichten zweckmäßigerweise ausdrücklich in den Vertrag aufzunehmen und diese als späteres Beweismaterial zu verwenden. Wenngleich darüber hinaus der Verkäufer mittelbar zur Nachforschung in zugänglichen Registern im relevanten Schutzgebiet verpflichtet ist[931]. Der Verkäufer seinerseits wird hinreichend angehalten, die Schutzrechte zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses dem Käufer zugänglich zu machen, da die Kenntnis oder Kennenmüssen auf Seiten des Käufers den Entfall der Ansprüche auf Verletzung des gewerblichen Schutzrechts Dritter macht.

Seine eigenen Schutzrechte fallen nicht unter Art 42. Spezielle Vorgaben (technische Fertigung und Gestaltung der Ware, Zeichnungen, Entwürfe, Formen usw) des Käufers, die zur Verletzung der Schutzrechte Dritter führen, führen zum Ausschluss der Haftung (Art 42 Abs 2 lit b.) unter Berücksichtigung der Informationspflicht.

Zu erwähnen ist, dass es bei Ansprüchen Dritter für die Verkäuferhaftung nicht darauf ankommt, ob das behauptete Recht dem Dritten tatsächlich zusteht. Somit haftet schon der Verkäufer, sofern dem Käufer die uneingeschränkte Nutzung der Ware streitig gemacht wird[932].

Die Pflicht für die Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich Schutzrechte oder Ansprüche Dritter bei Geltendmachung trifft der Käufer[933].

Aus dem Vorstehenden ergibt sich, wie im UN-Kaufrecht, dass die Rechtsmängel, dh das Recht eines Dritten über die verkaufte Ware, unwirksam werden, wenn eine ausdrückliche Vereinbarung über dieses Recht besteht. Unter OHADA bedeutet die Ausschlussgarantie, dass sie den Käufer gegen Rechte eines Dritten schützt. Die Ausschlussgarantie der OHADA unterscheidet sich (nicht) von jener des UN-Kaufrechtes. Außer der Garantie bezüglich des Rechtes Dritter gibt es im UN-Kaufrecht auch eine Garantie bezüglich der Patentrechte. Nach Art 261 AU.DCG in fine wird der rechtliche Mangel ausgeschlossen, wenn der Käufer den rechtlichen Mangel gewusst hat.

---

[930] OGH 12. 9.2006, IHR; 39 (42); Vgl *Honsell,* 455.
[931] Dazu *Honsell*, , 455f.
[932] OGH 12.9.2006; IHR 2007, 39 (42); Vgl *Honsell*, 454.
[933] OGH 12.9.2006, IHR 2007, 39 (42).

3.1.3 Eigentumsübergang

Vorbehaltlich Absprachen der Parteien verpflichtet sich der Verkäufer insbesondere ausdrücklich im UN-Kaufrecht, das Eigentum an der Ware auf den Käufer zu übertragen. Im Rechtsdiskurs werden drei unterschiedliche Systeme für die Übertragung des Eigentums an beweglichen Sachen vertreten: (1) Das Konsens-Prinzip, auch genannt solo consensu (vorherrschend in Australien, Belgien, Dänemark, England, Frankreich, Italien, Kanada Portugal, Schweden, USA und in den französisch sprechenden afrikanischen- Ausgenommen Senegal- Staaten) bedeutet, dass der bloße Abschluss des Kaufvertrages im Prinzip bereits den Eigentumsübergang bewirkt, (2) das Traditions- Prinzip (vertreten in Argentinien, der Volksrepublik China, den Niederlanden, Norwegen, Österreich, Russland, Spanien, Südafrika und der Schweiz), wo zusätzlich zum Kaufvertrag die tatsächliche Übergabe der Ware oder ein Übergabesurrogat erforderlich ist, um das Eigentum zu übertragen und das (3) Trennungs-Prinzip (in Deutschland anwendbar), wo unabhängig vom Kaufvertrag zusätzlich eine weitere, dingliche Einigung über den Eigentumsübergang und zudem die Übergabe der Sache oder ein Übergabesurrogat erforderlich ist[934].

Die beiden Regelwerke haben sich für das Traditions-Prinzip entschieden[935]. Vor Inkrafttreten der Regelungen der OHADA war die Anwendung des Konsens-Prinzips in der Mehrheit der Vertragsstaaten (der bloße Abschluss des Kaufvertrages bewirkt bereits den Eigentumsübergang) vorherrschend. Der Grund führt in die Zeit der Unabhängigkeit dieser Staaten zurück. Die französischen Gesetze (Code civil und Code de Commerce) zur Rechtsfolge des zivil- oder handelsrechtlichen Kaufvertrages wurden nach der Unabhängigkeit in die Rechtsordnungen dieser Staaten übernommen. Das Konsens-Prinzip war originell und gleichzeitig ein Bruch zum römischen Recht, nämlich zum alten Recht und Anhänger dieser Rechte, wonach zusätzlich zu dem Kaufvertrag die tatsächliche Übergabe der Sache erforderlich ist. Nach dem solo consensu-Grundsatz bewirkt der bloße Abschluss des Kaufvertrages ohne weiteres die Übertragung des Eigentums des Verkäufers an der verkauften Sache auf den Käufer. Diese Ansicht wurde auch in der Judikatur dieser Staaten übereinstimmend vertreten[936]**.** Da die Übertragung des Eigentums im Sinne des Konsens-Prinzips gleichzeitig die Übertragung des Gefahrübergangs bedeutet, war es

[934] *Piltz*, 174.
[935] *Santos/Toé*, 433.
[936] *Santos/Toé*, 433.

aufgrund der Natur bestimmter Produkte und der Schwierigkeit praktischer Durchsetzung dieses Prinzips notwendig, diese Sichtweise durch das OHADA-Kaufrecht zu revidieren[937].

Auch im UN-Kaufrecht wurde die pragmatische implementierte Lösung hinsichtlich der Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums nicht näher untermauert. Die Frage, ob das Eigentum gültig übertragen wird und damit auch der Vertrag Gültigkeit erlangt hat, hat im Wiener Übereinkommen keine Regelung erfahren[938].

Als eine der Grundpflichten wurde die Pflicht zur Übertragung des Eigentums im UN-Kaufrecht (Art 30 CISG) ohne nähere Angaben abgefasst. Aber die Fragen zur Wirkung des Vertrages auf die Eigentumslage sind ausdrücklich aus dem Geltungsbereich der Konvention ausgenommen[939]. Fraglich erscheint im UN-Kaufrecht, ob die Pflicht zur Eigentumsverschaffung den inhaltlichen Kern des Kaufvertrages ausmachen sollte[940]. Klar ist dagegen, dass das Wiener Übereinkommen nicht die Wirkungen, die der Vertrag oder seine Aufhebung auf das Eigentum an der verkauften Ware haben kann, regeln[941](Art 4 Satz 2 Lit b). Da, wie und wann das Eigentum an einer Ware übertragen wird, nach der über die Regeln des Internationalen Privatrechts maßgebliche Rechtsordnung bestimmt ist[942], ist durchaus anzunehmen, dass der Verkäufer in die Pflicht genommen wird, alle Handlungen und Maßnahmen vorzunehmen, (Art 30 UN-Kaufrecht), damit das Eigentum an der verkauften Ware übergangen wird[943].

Im Übrigen hat die OHADA (AU.DCG) einige Punkte geregelt, die im UN-Kaufrecht keine Regelung erfahren haben. Zu nennen sind hier insbesondere der Eigentumsübergang, der sich grundsätzlich mit tatsächliche Annahme der Ware durch

---

[937] *Santos/Toé*, 434.
[938] *Piltz,* 84.
[939] Da es sich die Unterschiede in nationalen Rechtsordnungen bei der Eigentumsübertragung wie bereits angeführt als unüberbrückbar dargestellt hätte, So *Hagge*, 159, die Frage zur Voraussetzungen und Wirkung der Eigentumsübergang richte sich nach Kraft IPR anwendbarem Recht.
[940] *Piltz,* 173.
[941] Da es sich die Unterschiede in nationalen Auszuschließen bei der Eigentumsübertragung wie bereits angeführt als unüberbrückbar dargestellt hätte, so *Hagge*, 159, die Frage zur Voraussetzungen und Wirkung der Eigentumsübergang richte sich nach Kraft IPR anwendbarem Recht.
[942] *Hagge*, 159 Anm 739; *Bianca/Bonell/Lando*, Art 30, Anm.2.2; *Heuze*, Anm. 89; *Herber/Czerwenka*, Art 30 Rn 7;*Honsell/Karollus,* Art 30, Rn 11 f. ; *Schlechtriem/Ferrari*, Art 4, Rn. 29; *Schelchtriem/Huber*, Art 30, Rn 7 ; *Reinhart*, Art 4, Rn 6; *Soergel/Lüderitz/Fenge,* Art 4, Rn.3; *Staudinger/Magnus*, Art 4, Rn 32 und Art 30 , Rn 10.
[943] Bejahend *Piltz,* 173; als Primärpflicht verneinend *Buche*r in Bucher, Wiener Kaufrecht, 27, 52.

den Käufer vollzieht (Art 275 AU.DCG), sowie das Zustandekommen der Vereinbarung eines Eigentumsvorbehaltes[944](Art 276 AU.DCG). Diese setzt Kenntnis des Käufers davon spätestens am Tag der Lieferung voraus; Dritten gegenüber erlangt der Eigentumsvorbehalt erst mit Eintragung ins Handelsregister Wirksamkeit (Art 72 -78 AU.S, Einheitsrecht zum Sicherheitsrecht). Die Verjährungsfrist beträgt gemäß Art 301 Abs 2 AU.DCG zwei Jahre; bei Ansprüchen wegen vertragswidriger Lieferung läuft diese ab Erkennbarkeit des Mangels, sofern keine längere Garantie vorliegt(Art 302 Abs 2 AU.DCG iVm Art 259 AU.DCG).

Die Abnahme der Ware kann aufgrund vorbehaltlicher Absprachen der Parteien bedeutungslos erscheinen, weil der Käufer bis zu dem vorgesehenen Lieferzeitpunkt den tatsächlichen Gewahrsam (etwa durch Nutzung in Konsignation oder in Kommission sowie durch Belagerung) an der gekauften Ware erlangt hat. Weil die Ware körperlich (aufgrund Besitzkonstitut wie etwa „sale-and-lease-back“ oder Verwahrung oder Mietvereinbarung) bei dem Verkäufer verbleiben muss. Abgesehen von diesen Ausnahmen besteht[945] der Eigentumsübergang, wenn die tatsächliche Übergabe der Ware[946] durch den Käufer infolge der Lieferhandlung des Verkäufers in der Zurverfügungstellung oder bei Beförderungsverkäufen infolge der Übergabe der Ware den ersten Beförderer erfolgen kann. Da sich die von dem Verkäufer vorzunehmende Lieferhandlung in dem Spektrum zwischen bloßem, weitgehend passivem Zurverfügungstellung der Ware einerseits und aktiver Übergabe bzw Überleitung faktischer Kontrollmöglichkeit auf den Käufer andererseits bewegt, stellt sich die Frage, ab wann das Eigentum im Fall des Beförderungsverkaufs verschafft wird. Durch “Beförderungsverkauf“[947] (erwähnt das UN-Kaufrecht nicht für ein Einheitslösung wie Deutschland Art 433 BGB entscheidet aber differenziert nach unterschiedlichen Lieferarten: das Zurverfügungstellung und die Übergabe im Fall des Beförderungsverkaufs der Ware) kann nach vertraglichen Absprachen der Parteien bestimmt werden, ob der Verkäufer oder Käufer den Transport der Ware organisieren muss. Stellt sich heraus, dass ein Dritter bzw der Beförderer eine wichtige Rolle in

[944] Das UN-Kaufrecht diesbezüglich schweigt, vgl *Hagge*, 160; *Heuze*, Anm.89; *Honsell/Karollus*, Art 30, Rn.14; Schlechtriem, RdW 1989, 41(44); Schelechtriem/Ferrari, Art 4, Rn 30 *;* *Soergel/Lüderitz/Fenge*, Art 4, Rn. 3 und Art 30, Rn 6 f.; *Staudinger/Magnus*, Art 4, Rn.32; dennoch unterliegt dem UN-Kaufrecht der Eigentumsvorbehalt, Hof´s-Hertogenbosch, Urteil vom 29.5.2007, http://zoeken.rechtspraak.nl(5. 10 2012); Dazu *Piltz*, 84.
[945] *Santos/Toé*, 435.
[946] Art 275 AU.DCG.
[947] *Piltz*, 152.

diesen Absprachen der Parteien spielt, nämlich die zeitlich - und faktische Kontrollmöglichkeit auf die Ware während der Beförderung hat, ist in der Lehre fraglich, wann eigentlich das Eigentum bei „Beförderungsverkäufen“ übertragen wird[948].

Diese Fragen erscheinen grundsätzlich, wenn das passive Zurverfügungstellung (die Ware ist von dem Käufer abzuholen und mithin hat der Käufer sich selbst um den Transport zu kümmern zB im Sinne des Art 31 lit b und c) oder die aktive Übergabe der Ware zur Beförderung (der Verkäufer hat in diesem Fall die Ware dem ersten Beförderer zur Übermittlung an den Käufer zu übergeben) vereinbart wird. Da nach Art 275 AU.DCG die Eigentumsverschaffung an der verkauften Ware mit tatsächlicher Lieferungsannahme durch den Käufer erfolgen muss, stellt sich die Frage, ob das bloße Zurverfügungstellung oder die aktive Übergabe der Ware an den ersten Beförderer zur Übermittlung als Überleitung faktischer Kontrollmöglichkeit auf den Käufer und demzufolge den Eigentumsübergang angesehen werden kann. Dh, ob das Eigentum bereits mit der Abnahme der Ware durch den Beförderer für den Käufer übergeht.

Wenn bejaht wird, dass das Eigentum bereits ohne faktische Kontrollmöglichkeit bzw ohne tatsächlichen Gewahrsam (des Käufers) an der gekauften Ware auf ihn übergeht, ist anscheinend von einem Widerspruch gegen den Willen des OHADA-Gesetzgebers auszugehen. Zumal dieser Gesetzgeber der Ansicht ist, dass das Eigentum erst mit der tatsächliche Übergabe der Ware an den Käufer auf ihn übergeht[949]. Dennoch kann die Bejahung als eine extensive Konzeption der Abnahme der Ware interpretiert werden, sodass die Abnahme der Ware durch den Beförderer die Eigentumsverschaffung bereits miteinbezieht(Artt 252 Abs 1 iVm 275 AU.DCG).

Wenn verneint wird, soll man nach Sachlage vorgehen, je nach dem, ob der Verkäufer den Beförderer selbst bestellt hat oder der Transport durch den Käufer organisiert wurde. Im ersten Fall (Bringschuld) geht das Eigentum mit der Erbringung am Lieferort und der Abnahme der Ware auf den Käufer über. Im letzten Fall wird gefragt, ob das Eigentum bereits mit der Übergabe der Ware an den Beförderer auf den Käufer übergeht[950]. Wie bereits angeführt, kann die Eigentumsübertragung mit der Übergabe

[948] *Santos/Toé*, 435.
[949] *Santos/Toé*, 435.
[950] *Santos/Toé,* 436.

zur Beförderung vorliegen, obwohl die tatsächliche Abnahme der gekauften Ware durch den Käufer noch nicht zustande gekommen ist.

Trotz dieser kontroversielle Auffassungen hinsichtlich des Art 275(Früher283) AU.DCG, ist in Erwägung zu ziehen, dass die effektive Abnahme der Ware als wesentliches Kriterium zur Annahme einer Durchführung der Lieferung vorausgesetzt wird und demzufolge die Übertragung des Eigentums. Die Eigentumsverschaffung ist damit im Einklang mit der Flexibilität, Schnelligkeit und die Sicherheit, die im handelsrechtlichen Kaufvertrag im Vordergrund steht. Da, zumal der Käufer in der Lage ist, damit den tatsächlichen Gewahrsam an der gekaufte Ware zu erlangen, oder zumindest die Kontrollmöglichkeit über die Abnahme der Ware durch Selbstorganisierung der Beförderung hat, ist davon auszugehen, dass die OHADA hinsichtlich des Zeitpunkts zur Eigentumsverschaffung präziser vorgeht als das UN-Kaufrecht[951]. In der Literatur werden die Bestimmungen zur Lieferpflicht im UN-Kaufrecht vorbehaltlich besonderer Umstände heranzogen, um den Zeitpunkt der Eigentumsverschaffung zu begründen[952].

Übrigens ist die Lieferverpflichtung des Verkäufers unabhängig von der Eigentumsverschaffung zu sehen[953]. Auch die beiden Kaufrechte sehen vor, dass die Lieferhandlung des Verkäufers zu der vertraglich oder gesetzlich vorgesehen Lieferzeit zu erfolgen hat und am Lieferort zu erbringen ist. Stellt sich heraus, dass der Verkäufer die Lieferzeit und den Lieferort ordnungsgemäß befolgt hat, nämlich die Ware dem Käufer zur Verfügung gestellt hat (Art 31 Lit b und c UN-Kaufrecht, Art 222 al b AU.DCG) und eine Gewahrsamserlangung durch den Käufer aufgrund seines Verhaltens (der Käufer hat die Ware nicht in festgesetzter Frist abgenommen) nicht zustande gekommen ist, so geht das Eigentum aufgrund der Erschöpfung der Lieferhandlung auf den Käufer über, da der Verkäufer vorbehaltlich anderer abweichender Absprachen, Gebräuche oder Gepflogenheiten seine Lieferhandlung im diesen Fall erschöpft hat[954]. Im Hinblick auf die zu erledigende Verwaltung des Lagerbestandes, die knappe Finanz und die Buchhaltung ist diese Auffassung selbstverständlich praktisch zu vertreten, wenn man das Argument auf die Seite des Verkäufer abstellt.

---

[951] *Piltz*, 173.
[952] *Piltz,* 173.
[953] *Piltz, 174*; *Santos/Toé*, 436.
[954] *Santos/Toé*, 436.

Geht man von einer anderen Konstellation aus, nämlich dass das Eigentum übergeht, wenn der Käufer in diesem Sinne die Ware in Besitz zu nehmen verpflichtet ist, so ist die Ermahnung oder Benachrichtigung entbehrlich, wenn der Käufer der Drohung, die Ware in Besitz zu nehmen, offenbar nicht Folge leisten will[955].

Die letzte Auffassung geht kategorisch von einer Ablehnung der Eigentumsübertragung aus, weil eine Gewahrsamserlangung der Ware durch den Käufer nicht feststeht[956].

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass aus der OHADA bzw AU.DCG zwei widersprüchliche Ansätze zur Festlegung des Zeitpunkts zur Eigentumsverschaffung hervorgehen. Somit hat die Übertragung des Eigentums im Zivilrecht unabdingbar durch Abnahme der Ware zu erfolgen. (Art 275 AU.DCG). Solange der Pflicht zur Annahme der Ware nicht nachgekommen wird, bleibt der Verkäufer weiterhin der Eigentümer der gekauften Ware[957].

Da die Eigentumsverschaffung angesichts der obliegenden Lieferhandlung einerseits vom UN-Kaufrecht abgeleitet wird und die nach dem jeweils maßgeblichen nationalen Recht zur Eigentumsübertragung vorzunehmenden Maßnahmen andererseits bedeutend sind, steht dem Verkäufer nicht entgegen, das Eigentum an der Ware zurückzubehalten, wenn er der Lieferpflicht Art 31 CISG nachgekommen ist. Wenngleich die Lieferverpflichtung des Verkäufers unabhängig von der Eigentumsverschaffung anzusehen ist[958]**.** Diese Situation ist nachvollziehbar, wenn der Zeitpunkt zum Eigentumsübergang durch Abnahme der Ware erfolgen kann und auch nach dem jeweiligen Nationalrecht vorgesehen ist. Diese ist - auch wenn faktisch mit der Lieferung zusammenfallend – rechtlich unabhängig von der Lieferhandlung des Verkäufers und soll durch den Käufer abgenommen werden. Umgekehrt wird der Verkäufer von seiner Lieferpflicht nicht dadurch befreit. Allerdings kann eine Übertragung des Eigentums, etwa aufgrund bloßen Vertragsabschlusses (Konsens-Prinzip) in der OHADA nicht bereits erfolgen, wenn die Lieferpflicht des Verkäufers ausgeschlossen ist. Diese vertretbare Ansicht kann im UN-Kaufrecht ohne weiteres angenommen werden[959]**.**

---

[955] *Santos/Toé*, 437.
[956] *Santos/Toé*, 437.
[957] *Santos/Toé,* 437.
[958] *Piltz*, 152.
[959] *Piltz,* 174.

Wie in der OHADA wird die Übertragung des Eigentums durch Aushändigung vertretbarer Warendokumente nach national-rechtlichen Bestimmungen des Landes beurteilt, in dem sich die Ware jeweils befindet (lex rei sitae)[960] .

3.1.4 Eigentumsvorbehalt

Im OHADA-Recht Art 276 AU.DCG (das UN-Kaufrecht schweigt diesbezüglich-dennoch unterliegt dem Eigentumsvorbehalt nach der Konvention[961]) steht es den Parteien frei zu vereinbaren, dass das Eigentum erst mit vollständiger Zahlung des Kaufpreises übergehen soll. Das heißt der Verkäufer behält das Eigentum über die gekaufte Ware bis zur kompletten Zahlung des Kaufpreises zurück[962]. Der Eigentumsvorbehalt hat zum Zweck die Sicherheitsstellung bei nicht ordnungsgemäßer Zahlung durch den Käufer, im Fall des Untergangs der verkauften Sache. Vor Inkrafttreten des OHADA-Recht war das nationale Recht bzw französische Recht hinsichtlich des Eigentumsvorbehalts bedenklich. Mit dem Inkrafttreten des Handelskaufrechts der OHADA wurde das Zustandekommen der Vereinbarung über den Eigentumsvorbehalt geregelt. Daher kommt der Eigentumsvorbehalt lediglich bezüglich der einzelnen Nachfolgesache in Betracht. Der Eigentumsvorbehalt erlangt Geltung, wenn ihn die Parteien vertraglich vereinbaren und der Kaufvertrag, Bestellschein(Auftragsschein) oder Lieferschein diesen beinhalten (vermerken)[963]. Der Lieferzeitpunkt ist entscheidend für das Bekanntwerden des Eigentumsvorbehalts durch den Käufer und dementsprechend dessen Geltung zwischen den Parteien. Diese Bestimmung des OHADA-Rechts setzt Kenntnis des Käufers davon spätestens am Tag der Lieferung voraus. Daher ist der Eigentumsvorbehalt wirkungslos, wenn der Käufer davon spätestens am Tag der Lieferung nicht in Kenntnis gesetzt wird. Dritten gegenüber erlangt der Eigentumsvorbehalt Wirksamkeit erst mit Eintragung ins Handelsregister als Publizitätsakt. Da die Schriftlichkeit verlangt wird, ist die

---

[960] *Piltz,* 174

[961] Die Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts wird im OHAD-Recht geregelt. diesbezüglich schweigt das CISG; Siehe dazu *Hagge*, 160 (746); *Heuzé*, Anm. 89; *Honsel/Karollus*, Art 30, Rn. 14; *Schlechtriem*, Rdw 1989, 41(44); *Schlechrtiem/Ferrari*, Art 4, Rn. 30; *Soergel/Lüderitz/Fenge*, Aet, 4, Rn.3 und Art. 30, Rn. 6f.; *Staudinger/Magnus*, Art 4, Rn.32. ob die Dispositionsfreiheit der Parteien aus Art 283 1.Hs AU.DCG inder Vereinbarung eines solchen Eigentumsvorbehalts erschöft, ist fraglich. Die Literatur versteht unter Vereinbarung auch die Vereinbarung zur Zahlung des halben Kaufpreises. Auch eine Übertragung nadem bisher geltenden Konsensprinzips fällt unter Vereinbarung, so *Hagge*, 160 (748); *Stantos/Toé*, Anm.703 und 705.

[962] Diese Regelung entspricht Art.3 der Anlage I zum Entwurf eines einheitlichen Kaufgesetzes von 1935, abgedruckt bei *Rabel,* RabelsZ 9(1935), 41, so *Hagge*, 160 (747).

[963] *Santos/Toé*, 438.

Abweichung vom grundsätzlichen Gebot der Formfreiheit folglich dargestellt. Darüber hinaus bedeuten die Formvorschriften eine deutliche Beweiserleichterung für oder gegen das wirksame Zustandekommen eines Rechtsvorbehalts[964].

Das UN-Kaufrecht anders als die OHADA regelt nicht die dingliche Umsetzung des Eigentumsvorbehalts, diese rechtliche Frage über ihre Geltung ist wegen Art 4 S 2 Lit B nach dem jeweils anzuwendenden nationalen Recht zu beurteilen. Ob der einseitige Eigentumsvorbehalt möglich ist, unterscheidet sich im OHADA[965]- und dem UN-Kaufrecht. Der Verkäufer kann bereits berechtigt sein, nach Vertragsabschluss einseitig das Eigentum an der Ware vorzubehalten[966]. Ein einseitiger Eigentumsvorbehalt ist im UN-Kaufrecht möglich, wenn sich der Verkäufer in einer einseitig verfügten Zug um Zug-Abwicklung nach Vertragsschluss im Sinne des Art 58 Abs 1. S 2 befindet[967].

Abgesehen vom Lieferungszeitpunkt ist es durchaus möglich den Eigentumsvorbehalt bis zur Durchführung der Franco INCOTERMS oder nach stufenweiser Erfüllung oder Verwirklichung des Vertragsgegenstands zu beanspruchen[968].

Anzumerken ist auch, dass die nicht ordnungsgemäße Erfüllung der Eigentumsverschaffung in beiden Regelwerken dazu führt, dass dem Käufer die Rechtsbehelfe wegen Rechtsmängel zustehen können[969].

Aus Vorstehendem ergibt sich, dass sich in der praktischen Anwendung im Ergebnis zwischen beiden Regelwerken daher wohl keine maßgeblichen Unterschiede ergeben dürften. Die Verfasser des AU.DCG haben auch wie im UN-Kaufrecht die Gelegenheit zu Nebenspflichten wahrgenommen.

---

[964] *Hagge*, 161.
[965] Durch die Regelung der OHADA soll der Käufer vor einem einseitig vom Verkäufer erklärten Eigentumsvorbehalt geschützt werden, siehe *Hagge*, 160, weil durch die Erwähnung in Kaufvertrag, Auftrags- und Lieferschein die Kenntnisnahme des Käufers gesichert wird. ob es dabei einer tatsächlichen Kenntnisnahme des Käufers bedarf, ist nicht zweifelsfrei. Die Übernahme der Ware legt den Verdacht der Kenntnisnahme.
[966] *Piltz,* 117, 173.
[967] *Piltz,* 117, 173.
[968] *Santos/Toé*, 439.
[969] *Piltz,* 173.

4 Sonstige Pflichten oder Vereinbarungen

Es steht den Parteien frei neben den Grundpflichten der Lieferung, der Dokumentenübergabe und der Übertragung des Eigentums weitere Aufgaben in den individuellen Vertrag aufzunehmen. Die sonstigen Pflichten können sich aus den Absprachen der Parteien sowie beachtlichen Gebräuchen oder Gepflogenheiten ergeben. Dabei ist relevant, dass sonstige Pflichten in erster Linie anhand der Bestimmung des UN-Kaufrechts oder OHADA-Rechts beurteilt werden. Das nationale Recht kann nur subsidiär berücksichtigt werden, sofern sich weder aus den Umständen des Vertrages noch aus den allgemeinen Grundsätzen, insbesondere im UN-Kaufrecht Art 7 Abs 2, eine Lösung erschließen lässt. Ohne Unterschied zwischen dem OHADA-Recht und dem Kaufrecht kommen bei Vereinbarungen sonstige Pflichten nach den Vorschriften der Art 14 ff, 234 ff AU.DCG zum Vertragsabschluss zur Anwendung und bezüglich der Rechtsfolge ist grundsätzlich auf Art 45 ff, 281 ff (früher 249 ff) AU.DCG zu berufen. Zu den sonstigen Pflichten gehören die Pflichten im Zusammenhang mit der Beförderung der Ware (Art 252 Abs 2 und 3(früher 221) AU.DCG), wie etwa die Besorgung der Beförderung, (lediglich im CIS 32 Abs 1 die Anzeige der Versendung) und Auskünfte zur Transportversicherung sowie nach Begleitumständen der Abschluss von Versicherungsverträgen(lediglich im CISG Art 32 Abs 3). Weitere Pflichten im Zusammenhang mit der Lieferung der Ware, insbesondere die Kostentragung, die Verpackung (angemessene Abrede gemäße Schutzbedürftigkeit) und die Besorgung von für die Durchführung des Vertrages erforderlichen Genehmigungen, Formalitäten und Zollangelegenheiten sowie über die typischen Grundpflichten des Kaufvertrages hinausgehende weitere Pflichten wie der Gerichtsstand des Erfüllungsorts. Der Lieferort ist im Anwendungsbereich der EuGVO hingegen entscheidend (Art 5 Nr 1 B b). Schließlich die Pflichten bei aufkommenden Leistungsstörungen-, Mitteilungs-, Erhaltungs- und Verwahrungspflicht sowie die Pflicht, Schaden gering zu halten. Die Einschätzung von *Piltz*[970] ist auch in der OHADA nachvollziehbar[971]. Dabei spielt die Geltung der INCOTERMS lediglich im regionalen bzw internationalen Handel eine wesentliche Rolle.

[970] *Piltz*, 174, 182.
[971] *Santos/Toé*, 401; *Gomez*, 139 *Art 244 Erhaltungspflicht und Verwahrung 241 AU.DCG, bei Verspätung und Zurückweisung der Ware Art 242*

Außerdem unterliegt die Informations- und die Sicherheitspflicht erheblich dem Anwendungsbereich des Verbraucherrechts nach französischen Recht[972], wenn einseitige unternehmensbezogene Geschäfte bestehen und der andere Teil nicht Unternehmer bzw Verbraucher ist. Wenngleich der OHADA-Gesetzgeber die Informations- und Sicherheitspflichten nicht ausdrücklich vorsieht, ist nicht auszuschließen, je nach den Umständen des individuellen Vertrages und redlichen Geschäftsverkehrs sowie unter Berücksichtigung des fachkundigen Wissens und der Erfahrung der Vertragspartner im modernen Wirtschaftsleben, dass die Pflichten neben den Kardinalpflichten beachtet werden sollen. Darüber hinaus wird die Heranziehung des Zivilrechts „droit commun“ (Art 205 AU.DCG) und die Beachtung der Gebräuche unter Berücksichtigung von Treu und Glauben, als Anlass zur Befürwortung der Nebenpflicht angesehen.

Diese Vorgehensweise trägt zum Vertragsgleichgewicht bei, dh zum Gleichgewicht zwischen den Verkäufer- und Käuferpflichten.

II Pflichten des Käufers

Nach Art 53 CISG ist der Käufer verpflichtet, den Kaufpreis zu zahlen und die Ware anzunehmen(60 UN-Kaufrecht). Art 262 AU.DCG Konkretisiert die Käuferpflichten, die aus dem dritten Titel hinsichtlich der Pflichten der Parteien ableiten. Im Hinblick auf den Überblick des genannten Titels iVm Art 262 AU.DCG ist davon auszugehen, dass es hier um eine dispositive Vorschrift handelt. Gemäß Art 262 AU.DCG treffen den Käufer zwei grundlegenden Pflichten,den Preis zu zahlen und die gekaufte Ware anzunehmen,wobei deren Verletzung die Rechtsbehelfe des Verkäufers (Art 281 ff. AU.DCG) auslösen.

Da eine mit Art 6 CISG vergleichsweise Bestimmung im OHADA-Recht fehlt, finden Artt 261- 268 AU.DCG nur ergänzend dem vertraglichen Parteiabreden Anwendung. Dabei werden die Bräuchen und Gepflogenheiten auch für die näheren Vorschriften zu den Käuferpflichten berücksichtigt[973]. Neben der Hauptpflichten bestehen sonstigen vereinbarten Leistungen, die nachzukommen sind (Art 273 AU.DCG), welche aus getroffenen Absprachen, Gebräuchen oder Gepflogenheiten sowie kraft Gesetzes

[972] Art 1134, al 3, 1135, 1147 c.civ.
[973] Vgl Art 239; *Hagge*, 105-106.

hervorgehen[974]. Grundsätzlich entsprechen die Pflichten des Käufers denen des UN-Kaufrechts. Das UN-Kaufrecht ist für die nähere Ausgestaltung der Artt 261- 268 bzw Art 269 AU.DCG vorbildlich. Dennoch ist zu erwähnen, dass sich beide Regelwerke teils inhaltlicher, teils systematischer voneinander unterscheiden. ZB anders als 55 UN-Kaufrecht wird in Art 263 Abs 2 AU.DCG eine deutlich klarere Aussage zur Frage der Bestimmung des Preises getroffen. Ein Untersuchungsrecht vor Kaufpreiszahlung liegt im OHADA-Recht lediglich bei entsprechender Vereinbarung vor(Art 267 Abs2 AU.DCG). Das Untersuchungsrecht erfolgt im UN-Kaufrecht hingegen ohne Vereinbarung. Unterabschnitt zur Abnahmepflicht in Artt 269-274 werden auch Bestimmungen zur Erhaltung der Ware umfasst, die im UN-Kaufrecht zwar auch (Art 85-88 CISG), jedoch an die andere Stelle Eingang finden. Die Lieferung hat zur Folge den Gefahrübergang.

1 Zahlung des Kaufpreises

Der Kaufpreis ist typisch und kennzeichnend für den Kaufvertrag. Er ist die erwartende Gegenleistung der Verkäufer, nachdem er dem Käufer die Ware geliefert hat. Die Pflicht des Käufers zur Zahlung des Kaufpreises ist wesentlich. Daher sollen der Umfang und die Modalitäten zum Ausdruck gebracht werden. Die Modalitäten umfassen Regeln zur Bestimmung des Kaufpreises, zu Art der Zahlung, zum Zahlungsort und zur Zahlungszeit und zum Gerichtsstand bei Zahlungsklage. In der OHADA finden die Modalitäten der Zahlungspflicht in den Art 261- 268 AU.DCG.

1.1 Preisbestimmung und Zahlungsabwicklung

An erster Stelle soll der Käufer alle Formalitäten erledigen, die zur Erleichterung der Zahlung des Preises führen und danach den im Vertrag festgelegten Betrag zahlen (Art 54 UN-Kaufrecht; Art 264 AU.DCG).

1.1.1 Erfüllung der Zahlungspflicht (Maßnahmen und Formalitäten)

Bei Erfüllung der Zahlungspflicht ist weniger erheblich, wenn die Parteien nichts anderes vereinbart haben. Der Zug um Zug-Prinzip gilt. Der Käufer muss jedoch nicht

[974] Die dispositive Wirkung der Käuferpflichten wird klargestellt, weil die die Parteien getroffenen Vereinbarung vorrangig sind. Siehe *Hagge,* 105, in Ermangelung einer mit Art 6 UN-Kaufrecht vergleichbaren Bestimmungen gehet allein aus ihnen der Vorrang vertraglicher Parteiabreden hervor. Somit finden die Artt 234-244 AU.DCG nur ergänzend Anwendung. Die Rolle, die Handelsbräuchen und Gepflogenheiten iSd. Art 207 AU.DCG in Zusammenhang beigemessen wird, ist im OHADA-Recht allerdings vergleichsweise undeutlich dargestellt, so *Hagg*e.

zahlen, bevor er Gelegenheit hatte, die Ware zu untersuchen[975]. Ein Untersuchungsrecht vor Kaufpreiszahlung liegt in der OHADA lediglich bei entsprechender Vereinbarung vor (Art 267 Abs2 AU.DCG)[976]. Erheblicher ist hingegen, wenn eine Zahlungspflicht des Käufers im Sinne einer Pflicht zum Einsatz monetärer Mittel nicht feststellbar ist und Art 55 UN-Kaufrecht[977] nicht hilfreich ist oder die Gegenleistung des Käufers von vornherein in anders gearteten Leistungen besteht, entsteht daher keine Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises im Sinne des UN-Kaufrechts [978].Es wird auch in der OHADA verlangt, dass grundsätzlich der genaue Kaufpreis bereits im Kaufvertrag beziffert sein muss. Stellt sich heraus, dass der Preis bewusst offen gelassen worden ist, ist von einem angemessenen Preis auszugehen[979]. Ein derartiger „open price contract" des amerikanischen Rechts war in der OHADA umstritten[980], da der alte 235 erster HS AU.DCG in Ergänzung zu Art 210 Abs 2 klar stellt, der Vertrag ohne eine solche Festlegung des Kaufpreises nicht gültig geschlossen werden kann[981]. Die Bestimmung des Art 235 zielt der Widerspruch zur Vermeidung ab, der im UN-Kaufrecht durch die gegensätzlichen Formulierungen der Art 55 und 14 Abs 1 S ausgelöst wird. In der Literatur wurde diesbezüglich verneint, dass eine nachträgliche Abrede oder gar eine nachträgliche Bestimmung durch eine Partei diesen Wirksamkeitsmangel heilt[982]. Somit wurde damit wenig Flexibilität für abweichende Bedürfnisse in der Handelspraxis dargestellt[983]. Aus den neuen Art 263

---

[975] Art 58 UN-Kaufrecht.
[976] Dazu *Hagge*, 106.
[977] *Posch*, 205; *Honsell*, 716ff **;** *Gomez*, op. Cit., 136 ; alte Art 235 AU.DCG.(Wenn keine Bestimmung für die Festsetzung in einer Vereinbarung besteht, sollte dies im Zweifel so zu verstehen sein, dass stillschweigend auf den Kaufpreis Bezug genommen werde, der allgemein für solche Waren berechnet wird, die in dem betreffenden Geschäftszweig unter vergleichbaren Umständen verkauft wurden).
[978] *Piltz*, 182.
[979] Vgl *Haberl*, 43; *Posch*, 205; Der Preis gilt bereits als festgelegt, wenn er sich indirekt berechnen lässt, wird Art. 55 2 HS UN-Kaufrecht reicht es gemäß alte Art 235 2 HS AU.DCG aus, wenn sich die Vertragsparteien bei Vertragsschluss auf den Kaufpreis bezogen haben, der zu diesem Zeitpunkt in dem betreffenden Geschäftszeig für die gelieferte Ware bei Kaufverträgen mit vergleichbarer Parteienlage handelsüblich war, so *Hagg*e, 106.
[980] Darfur *Gomez***,** *Droit commercial Général, op. Cit,* 137 *„L´Open price contract"; Dagegen, Schroeter*, cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/schroeter.html (Stand 30.1.2012*)* .Während Art 55 CISG lautet: "Si la vente est valablement conclue sans que le prix des marchandises vendues ait été fixé...", stellt alter Art 235 AU.DCG klar: "La vente ne peut être valablement conclue sans que le prix des marchandises vendues ait été fixé...". Dh ist ein Vertrag gültig geschlossen worden - der Vertrag kann nicht gültig geschlossen werden;
[981] *Hagge*, 106; *Fénéon/Gomez*, Art 235, Anm.1 ; *Gomez* Penant Nr. 827, Anm. 123; *Santos/Toé* Anm. 614.
[982] *Hagge,* 106.
[983] *Hagge,* 106.

Abs 2 AU.DCG iVm 241 Abs 2 und 248 Abs 1 lässt sich eindeutig entnehmen, dass beim bewussten offengelassen Preis, ist von einem angemessenen Preis auszugehen und der Vertrag damit gültig bleibt(Art 248 Abs 2 AU.DCG).

Da das OHADA-Recht eine Bestimmung vorsieht(Art 248 Abs 1 AU.DCG), die den Parteien eine nachträgliche Anpassung oder Nachverhandlung zugestehen würde, sind die Parteien lediglich im UN-Kaufrecht gefordert, spezifische vertragliche Regelung bezüglich Umständen wie etwa Preisverfall, Währungsschwankungen sowie sonstige Leistungserschwernisse auszugestalten, um Risiken abzusichern [984].

Die Zahlungspflicht kann auch auf „flankierende Maßnahmen erstreckt werden, die sich aus dem Vertrag oder aus Rechtvorschriften ergeben[985]. Wenn die Parteien über Zahlungsart und die Währung keine Vereinbarung getroffen haben(enthält keine nähere Vorgabe zur Art der Zahlung und zu der Währung in der die Zahlung zu leisten ist)[986], können die Parteien für die Durchführung der Zahlung neben körperlicher Übergabe von Zahlungsmitteln (in Geld) - gewöhnlich bei nationalen (internen) Warenkäufen insbesondere in der OHADA[987]aber im internationalem Handel selten vorkommend - ebenso auf alle im internationalen Zahlungsverkehr üblichen Zahlungsarten zurückzugreifen[988]. Wenn der Scheck als Zahlungsmittel zu Verwendung kommt, erfüllt der Käufer seine Zahlungspflicht, wenn der Verkäufer letztlich vorbehaltlos über die Schecksumme verfügen kann[989]. Wenn das Zahlungsmittel ein Wertpapier ist, kommt der Käufer bei Unterschreibung des Wertpapiers seiner Pflicht zur Zahlung des Preises nach. Vertraglich kann ebenso der Käufer etwa zur Stellung einer bankmäßigen Sicherheit verhalten sein[990]. Die Zahlung durch Banküberweisung erfolgt, wenn der Betrag der Überweisung dem Konto endgültig gutgeschrieben ist und der Inhaber des geführten Kontos bei dieser Bank

[984] *a.A: Turku Court of Appeal, Urteil vom 12.4.2002 CISG-online Nr660 ZC/2/a, g, „wo mangels einer im CISG offenbar auf allgemeine, das lex fori beherrschende Rechtsgrundsätze zurückgegriffen wurde zur Untersuchung, ob der Vertrag an veränderte Verhältnisse angepasst werden müsse“)*; Vgl *Honsell*, 702.
[985] *Posch*, 205.
[986] *Piltz,* 183.
[987] *Santos/Toé*, 403, *la vente interne payable en espèces et au comptant*
[988] *Piltz,* 183.
[989] *Santos/Toé*, 403; *Piltz,* 183.
[990] *Posch*, 205.

Verkäufer ist. Im Zweifel hat der Käufer zu beweisen, dass die Zahlung zum Zeitpunkt der Fälligkeit erfolgt ist[991].

Hinsichtlich devisen- oder außenwirtschaftsrechtlicher Bestimmungen kann verlangt werden, dass der Käufer die Genehmigungen für den grenzüberschreitenden Geldtransfer besorgen[992] muss. Eine Kooperationspflicht aus Treu und Glauben des Verkäufers ist nicht auszuschließen Fraglich ist, ob seine Zahlungsverpflichtung mit Ansprüchen aufgerechnet werden kann, die ihm gegenüber dem Verkäufer zustehen. Da dieser Aspekt im UN-Kaufrecht oder OHADA nicht geregelt wird, wird die zu geltende Aufrechnung nach den über das Internationale Privatrecht jeweils berufenen nationalen Vorschriften beurteilt[993].In der OHADA kommt das IPR subsidiär zur Anwendung (Art 237. AU.DCG).

Hinsichtlich der Währung kommt der Käufer seiner Erfüllungswirkung nach, wenn er grundsätzlich in der vereinbarten Währung leistet. Wenn eine Leistung in der vereinbarten Valuta aus objektiven Gründen nicht möglich ist, kann der Käufer ausnahmsweise anhand Lückenschließung des Art 7 Abs 2 berechtigt sein, die Zahlung in der an seinem Sitz maßgeblichen Währung geltend zu machen[994]. Diese Ansatzweise kann auch in der OHADA nachvollzogen werden[995]. Liegt dagegen der Schluss nahe, dass keine bestimmte Währung weder ausdrücklich noch stillschweigend vereinbart wird, ebenso keine Vertragswährung aus beachtlichen Gebräuchen oder zwischen den Parteien praktizierten Gepflogenheiten hervorgeht, soll der Käufer im Zweifel seine Schuld in der an dem jeweils maßgeblichen Zahlungsort geltenden gesetzlichen Währung begleichen[996]**.** Dabei ist die Berufung bei unterbliebener Festlegung der Währung auf die Bestimmung durch international-

---

[991] *Piltz,* 183; Vgl *Soergel/Lüderitz/Fenge*, Art 54, Rn 4 ; *Witz/Salger/Lorenz*, Art 54, Rn. 2 ; *Hagge,* Art 234, 107, Anm. 472.

[992] Für UN-Kaufrecht *Honsell*, 710, (Art 7 Abs 2 (Kooperationspflicht aus Treu und Glauben);*Herber/Czerwenka*, Art. 54, Rn. 3 ; *Reinhart*; Art. 54 , Rn.ff. ;*Schleichriem/Hager*, Art. 54 , Rn f. ; *Staudinger/Magnus*, Art , 54, Rn. 5; *Witz/Salger/Lorenz,* Art 54, Rn. 3f ; Für OHADA *Hagge*, Art 234 , 107; Vgl *Fénéon/Gomez*, Art 234, Anm.2 ; *Gomez*, Penant Nr. 827, Anm. 121.

[993] *Piltz*, 183.

[994] *Piltz,* 97, 184.

[995] Dazu *Piltz,* 184; Santos/*Toé*, 404; Art 183 COCC.

[996] *Santos/Toé,* 403; Art 183 COCC; zum UN-Kaufrecht, KG Berlin, RIW 1994, 683f; Achilles in Ensthaler, Art 53, Rn 1; MünchKommHGB/Benicke, Art 54, Rn 7; *Saenger/Staudinger*, Art 54 , Rn. 22; *Piltz,* 184; Kantonsgericht Wallis, Urteil vom 27.5. 2005, CISG-online Rn. 1-42.

privatrechtlich zur Anwendung berufenes nationales Recht abzulehnen[997].In der Praxis wird in der OHADA die Währung CFA als Zahlungsmittel verwendet.

Wie oben erwähnt, sollen die devisenrechtlichen Vorschriften in der Regel berücksichtigt und beachtet werden (Art VIII Abschnitt 2 B b des Bretton Woods Abkommens über den internationalen Währungsfonds vom 22.juli 1944). Ebenso kann die Vereinbarung von Fremdwährungsverbindlichkeiten nach national unvereinheitlichtem Recht verboten sein. Die Konsequenz des Verbots kann zur Ungültigkeit des Kaufvertrages oder einzelner seiner Bestimmungen führen.

1.1.2 Erfüllungswirkung des geschuldeten Kaufpreises

Die Erfüllungswirkung des Kaufpreises liegt vor, wenn der Käufer seiner Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises nachgekommen ist. Er hat beispielsweise den Kaufpreis zum festgelegten Betrag beim Verkäufer oder befugten Dritten *nach* Art 7 Abs 2 [998] geleistet. Der Kaufpreis kann sich aus den Absprachen oder den Begleitumständen des Vertragsabschlusses (beachtenden Gebräuchen, entwickelten Gepflogenheiten zwischen den Parteien, wobei hinreichende Anhaltspunkte ausreichen) ergeben[999]. Ebenso kann der Kaufpreis aufgrund der Bestimmungen der Art 55, 56 UN-Kaufrecht, 263 AU.DCG bestimmt werden.

Der Kaufpreis ist umfassend zu verstehen. Demzufolge sollen alle Leistungen des Verkäufers wie etwa Kosten für den Weitertransport und Beförderungskosten sowie die Kosten einer Transportversicherung, ein- und anfallende Nebenkosten (Aufwendungen für das Messen, Zählen oder Wiegen der Ware sowie für die Verpackung) abgegolten werden[1000]. Dementsprechend soll die Preisbestimmung sorgfältig vor Vertragsabschluss kalkuliert werden. Vorbehaltlich anderslautender Absprachen, Gebräuche oder Gepflogenheiten kann der Verkäufer daher den Kaufpreis nach Vertragsabschluss nicht einseitig ändern[1001]. Gleiches gilt, wenn in der Sphäre der Verkäufer nachträglich anfallende Verkehrs- oder Umsatzsteuern oder sonstige Abgaben dem vereinbarten Kaufpreis hinzufügen würde[1002].

---

[997] *Piltz,* 97, 183.
[998] *Honsell*, 709.
[999] *Piltz,* 107.
[1000] *Piltz,* 180; *Santos/Toé*, 404.
[1001] *Honsell*, 702.
[1002] *Piltz,*185.

Die Berechnung des Preises kann weiter nach dem Gewicht der Ware erfolgen. Im Zweifel ist das Nettogewicht entscheidend, nämlich das Gesamtgewicht der Ware abzüglich Verpackung bei Eintreffen am Lieferort[1003]**.** Diese Berechnungsart erfolgt nach der überwiegenden Auffassung[1004]. Dabei ist der Zeitpunkt des Gefahrübergangs nicht als maßgebliche Zäsur anzunehmen[1005]. Die Berechnung des Kaufpreises nach Gewicht (Art 65 CISG; Art 265 AU.DCG) stimmt mit dem Inhalt des § 380 HGB des österreichischen Rechts überein. Mittlerweile wurde der anhand des Nettogewichts bestimmte Kaufpreis durch das HaRÄG aufgehoben, sodass diese Regelung des Art 56 UN-Kaufrecht in Analogie zum UGB praktisch bedeutungslos ist[1006]. Selbstverständlich können die Parteien anders vereinbaren (Art 6 UN-Kaufrecht). In der Regel wird „brutto für netto" oder „gross for net" vereinbart, sodass das Gewicht der Verpackung nicht abgezogen wird[1007].

Der Preis der Übermengen kann verlangt werden, wenn der Käufer die Mehrmenge jedoch ohne Rüge ganz oder teilweise abnimmt. Ein Mengenrabatt kommt lediglich dann infrage, wenn bei vertraglich vereinbarten Mengen fortschreibungsfähige Preisstaffeln vorgesehen werden. Für die Lieferung höherwertiger Ware und für die verkaufte Ware nach allgemein üblichem Preis (Art 55 UN-Kaufrecht) oder Marktpreis (263 AU.DCG) ist der Preis anders zu berechnen, wobei die Vornahme einer ergänzenden Vertragsauslegung zur Berechnung des Preises nicht auszuschließen ist[1008].

1.2 Ort der Zahlung

Art 266 AU.DCG sieht nicht mehr wie der alte 237 AU.DCG eine gestaffelte Regelung zum Zahlungsort vor. Dennoch ändert sich inhaltlich nicht bezüglich der örtliche Zahlung. Der Käufer ist verpflichtet, am rechten Ort zu zahlen. Nach beiden Regelwerken wird der Zahlungsort in erster Linie nach der Parteienvereinbarung bestimmt(Art. 57 UN-Kaufrecht; Art 266 iVm 263 AU.DCG).Mangels einer solcher Abrede hat der Käufer entweder am Ort der Niederlassung des Verkäufers zu zahlen(Art 266 erster HS AU.DCG) oder am Ort der Übergabe der Ware beim Zug um

---

[1003] *Piltz,* 185.
[1004] *Honsell*, 722.
[1005] *Piltz,* 185.
[1006] *Posch*, 204 f.
[1007] *Piltz,* 185.
[1008] *Piltz,* 186; *Hagge* , 106.

Zug-Prinzip oder von Dokumente, wenn die Zahlung gegen Übergabe von Dokumente stattfindet(Art 266 letzter HS AU.DCG). Eine Art 57 Abs 2 UN-Kaufrecht entsprechende, gesonderte Bestimmung bei Verlegung der Niederlassung nach Vertragsabschluss sieht das OHADA-Recht nicht vor[1009]. Erfordert der Vertrag eine Beförderung der Ware, so der Verkäufer nach Art 267 Abs 1 AU.DCG wie schon gemäß Art 58 Abs 2 CISG sie mit der Maßgabe versenden, dass die Ware oder der Dokumente, die zur Verfügung darüber berechtigten, dem Käufer nur gegen Zahlung des Kaufpreises zu übergeben. Der Zahlungsort ist an dem Ort, an dem die Zahlung oder die Übergabe von vertretbaren Dokumenten stattgefunden hat. Diese ratio legis zur Erbringung der Zahlung sieht- inhaltlich entsprechend dreistufiger Prüfung (Art 57 UN-Kaufrecht)- vor, die bei fehlender Vereinbarung der Parteien zum Zahlungsort als Hilfsmittel bzw Auslegungsregel zur Hilfe kommen soll. Ihre Anwendungen können nach der Lehre anderen Geldzahlungsansprüchen und für die Bestimmung des maßgeblichen Gerichtsstands Bedeutung zukommen[1010]. Ob für deren Geldzahlungsansprüche wie etwa Schadensersatzzahlungen oder Rückzahlungen des Kaufpreises im Zuge einer Rückabwicklung die Bestimmung des Art 57 analog Anwendung findet, wird in der Rechtsprechung in der Regel nicht einheitlich bejaht[1011].

Da auch in der OHADA wie im UN-Kaufrecht keine ausdrückliche Regelung hinsichtlich des Zahlungsortes für andere Geldzahlungsansprüche besteht, könnte der im Art 266 AU.DCG vorgesehene Ort (entsprechend Art 57 UN-Kaufrecht) herangezogen werden. Wenn man diese Lösung des UN-Kaufrechts folgt, dann gilt nachstehend: Die Rückzahlung des Kaufpreises hat an der Niederlassung des Käufers als Gläubiger zu erfolgen[1012], die Zahlung eines Minderungsbetrages und Schadenersatzes ist an der Niederlassung des Gläubigers bei Aufhebung des Vertrages zu entrichten[1013], der Zins ist am Erfüllungsort der zu verzinsenden Forderung zu leisten, der Aufwendungsersatz und die Vertragsstrafe sind am Erfüllungsort bzw der Niederlassung des Gläubigers zu bezahlen[1014]. Der Rückgriff auf nationales Recht zur Bestimmung des Zahlungsortes

[1009] Dazu *Hagge*, 108*; Santos/Toé*, Anm. 653 gehen mit Verweis auf *Heuzé*, Anm. 364. Der Niederlassungsort des Verkäufers bei Vertragsschluss soll entscheidend sein.
[1010] *Piltz,* 186; *Santos/Toé*, 404.
[1011] *Haberl*, 44.
[1012] LG Gießen, Urteil vom. 17.12. 2002, 6 O 23/02 CISG-online Nr 766
[1013] OLG Braunschweig, Urteil vom 28.10.1999, 2 U 27/99, CISG-online Nr510; LG Hamburg, Urteil vom 10.9.2003, 411 O 183/ 02,CISG-online Nr 874, Ew. 1.
[1014] *Santos/Toé*, 404.

wäre auch in der OHADA vorstellbar. Diese Vorgehensweise wurde im UN-Kaufrecht verneint[1015].

1.2.1 Bestimmter Zahlungsort nach vertraglicher Vereinbarung

Der Zahlungsort kann sich subsidiär nach ergänzender Vertragsauslegung nach Vertrauensprinzip[1016], sowie nach beachtlichen Gebräuchen oder Gepflogenheiten und nach maßgeblichen Umständen ergeben (Art 57 Abs 1, Art 9 UN-Kaufrecht)[1017]. Gleiches gilt in der OHADA (Art 239 AU.DCG iVm266 AU.DCG). Die Vereinbarung über den Zahlungsort kann ausdrücklich oder konkludent getroffen werden(ZB Hinweis auf ein Konto des Verkäufers bei einer Bank, Wertpapier einer Bank). Hinweis einer Bankverbindung auf der (späteren) Rechnung wurde demgemäß als einseitige Ermächtigung des Gläubigers zu Gunsten des Schuldners qualifiziert, die Leistung mit befreiender Wirkung an einen Dritten an dessen Niederlassungsort zu leisten[1018]. Verfügt der Verkäufer über mehrere Bankverbindungen, hat der Käufer jedoch im Zweifel ein Institut im Lande des Verkäufers zu wählen. Vereinbaren die Parteien ein Abbuchungsverfahren von einem Konto des Käufers bei einer bestimmten Bank ist für die Kaufpreiszahlung als Erfüllungsort die Niederlassung dieser Bank zu qualifizieren[1019].

Wenn die Zahlung Zug um Zug gegen die Übergabe der Ware bzw der erforderlichen Dokumente an einem bestimmten Ort vereinbart wird, erfolgt die Zahlung dort (Art 57 Abs 1 lit b, Art 266 letzter HS (früher 237 P. 1 al 2) AU.DCG). Aus Klauseln wie „cash against delivery“ oder „frei Haus“, „Kassa gegen Dokumente“ („documents against payment“) sowie „Bezahlung mit bankbestätigtem Scheck bei Abnahme kann im Rahmen der Zug um Zug-Abwicklung der Ort der Übergabe der Ware oder der Dokumente als Zahlungsort bestimmt werden[1020], ebenso „Zug um Zug gegen Erhalt der Ware“. Den Klauseln “documents against letter of credit“ (L/C) und „documents

---

[1015] OGB; Urteil vom 29.3.2004, 5Ob313/03w, CISG-online Nr926, a.A. Cour d´Appel Paris, Urteil vom 14.1.1998, CISG-online Nr 347); Vgl *Honsell*, 734f.
[1016] Art 8 Tribunale d´appello del Ticino, Urteil vom 29.10.2003, 12.2002.181, CISG-online Nr 912, Ew. 3.2.
[1017] Dazu *Honsell*, 725 ; Vgl LG Bielefelg, Urteil vom 24.11.1998, 11 O 61/98,CISG-online Nr697, wonach bei längeren Geschäftsverbindungen aus dem Umstand, dass der Verkäufer immer die Kosten der Überweisung getragen hat, abgeleitet werden kann, dass der Erfüllungsort für die Zahlungspflicht der Sitz des Käufers sein soll,
[1018] Zivilgericht Basel, Urteil vom 3.12.1997, P4 1996/00448, CISG-online Nr 346
[1019] Dazu *Honsell*, 725; LG Trier
[1020] *Piltz,* 187.

against acceptance“ (Dokumente gegen Akzept (D/A) kann als Zahlungsort der Sitz der eröffnenden oder avisierenden Bank, die die Dokumente aufnimmt, entnommen werden. Ob Klauseln wie „netto Kassa“ (nach Wareneingang und Befund), „Kassa gegen Faktura“ (Versendung der Ware mit offener Rechnung) oder “Vorauszahlung“ als Zug-um-Zug-Leistungen betrachtet werden können oder eine bloße Bestimmung des Zahlungszeitpunkts darstellen, ist in der Literatur umstritten. Nach *PILTZ* handelt es sich aufgrund der Vorleistungspflicht des Verkäufers nicht um eine Zug-um-Zug-Leistung[1021]. *Honsell* hingegen geht davon aus, dass der Zahlungsort aufgrund dieser Klausel überwiegend im Land des Verkäufers anzunehmen ist. Für „cash on delivery“ (COD, Lieferung gegen Nachnahme) gilt, dass der Bestimmungs- bzw Übergabeort überwiegend im Land des Käufers lokalisiert ist). „cash before delivery“ (CBD, Vorkassa) bestimmt die Niederlassung des Verkäufers als Zahlungsort und stellt aufgrund der Vorleistungspflicht des Käufers keine Zug-um-Zug-Leistung dar[1022]**.** Hingegen kommt kein Zug um Zug-Abwicklung in Betracht, wenn bei mehreren Erfüllungshandlungen die Gegenleistung für die einzelne Teilleistung nicht jeweils sofort erbracht werden muss[1023]. Eine Absprache, die eine Bringschuld für die Lieferung und Zahlung nach Übergabe der Ware beinhaltet, hat die Zahlungspflicht am Sitz des Käufers zur Folge. Tatsächlich kann aufgrund einer längeren Geschäftsbeziehung der Sitz des Verkäufers als Zahlungsort bestimmt werden[1024]. Aber eine nachträgliche Vereinbarung zum Zahlungsort pro futuro am Sitz des Käufers ist möglich. Die bloße Mitteilung einer Bankverbindung sowie Vereinbarungen wie ZB „Lieferung franco“ oder “Zahlung frei“ stellen keinen abweichenden Zahlungsort dar[1025]. Bei faktischer Zug-um-Zug-Leistung wird als Zahlungsort der Übergabeort begründet, wenn sich dieser tatsächlich in der Herrschaftssphäre des Käufers befindet (Art 58 Abs 1 S. 2.; Art 266 erster HS (früher 238 al 2)AU.DCG)[1026]. Mangels vertraglicher Vereinbarung hat die Bestimmung des Übergabeorts im Rahmen eines Zug-um-Zug-Austauschverhältnisses anhand Anknüpfung an die Regelfälle des Lieferorts nach Art 31 UN-Kaufrecht zu erfolgen, wobei bei einem Platzkauf die Niederlassung des Verkäufers für die Ware zur Verfügung stehen soll. Bei Fernkauf, Versendungskauf

[1021] Dazu *Honsell*, 726.
[1022] *Honsell*, 726.
[1023] *Piltz*, 188.
[1024] *Piltz,* 185.
[1025] Dazu *Honsell*, 728; *Piltz,* 189.
[1026] *Honsell*, 728; *Piltz,* 189.

und Verkauf reisender Ware entspricht nur dann der Übergabeort dem Bestimmungsort, wenn dies gesondert vereinbart wurde. Beim Verkauf eingelagerter Ware ist der Übergabeort der Ort, an dem die Ware eingelagert ist. Übergabeort ist auch jener Ort, an dem Dokumente gegen Zahlung ausgetauscht werden. Lediglich warenvertretbare Dokumente berechtigen zur Verfügung über die Ware, aber nicht jene Dokumente, die den Zahlungsort aufgrund von Klauseln wie „cash before delivery" (CBD), „cash and delivery" (COD, Lieferung gegen Nachname)", „documents agains payment" (D/P, Kassa gegen Dokumente´), „documents against letter of credit" (D/C) und „documents against acceptance" (C/A, Dokumente gegen Erhalt), bestimmen[1027].

1.2.2 Konkretisierung des Zahlungsorts beim Fehlen vertraglicher Vereinbarungen

Bei Fehlen einer Vereinbarung über den Zahlungsort erfolgt der Kaufpreis am Ort der Niederlassung des Verkäufers (Art 57 Abs 1 lit a). Der Käufer ist auch in der OHADA gefordert, soweit kein Zug um Zug–Austausch vereinbart wird und soweit keine Vorleistungspflicht vorliegt, die die Zahlung (Zeitpunkt der Zahlung bzw Zahlungsort) bestimmt, an der Niederlassung des Verkäufers die Zahlung zu leisten (Art 266 AU.DCG). Entscheidend ist die Niederlassung des Verkäufers zum Zeitpunkt der Zahlung[1028]. Mangels entgegenstehender Vereinbarung haben die beiden Regelwerke somit die Geldschuld als Bringschuld ausgestaltet[1029], Weshalb auch andere Zahlungsansprüche wie bereits oben angeführt, Anwendung finden. Der Erfüllungsort für die Zahlungsverpflichtung sei am Niederlassungsort des jeweiligen Gläubigers anzusiedeln[1030]. Dieser Ansatz ist eine Abweichung zu § 905 Abs 2 ABGB, wonach Geldschulden als qualifizierte Schickschulden gelten[1031]. Die qualifizierten Schickschulden waren auch im traditionellen Recht der OHADA- Mitgliedstaaten anerkannt[1032]. Ungeachtet der Kaufpreiszahlung am Ort der Niederlassung des Verkäufers kann der Käufer berechtigt sein, den Kaufpreis auf das angegeben Konto des Verkäufers einer Bank zu überweisen. Das berechtigte Konto kann je nach Lage des Falles im Lande des Verkäufers oder woanders sein.

[1027] Dazu *Honsell*, 729.
[1028] *Piltz,* 188; *Santos/Toé*, 404.
[1029] *(OGH; Urteil vom 2.1.2005, 3 Ob 221/ 04b, CISG-online Nr1045)*; *Honsell*, 729.
[1030] *OGH,* Urteil 3 Nd 509/02 vom 18.12.2002*, CISG-online Nr 1279; OGH, Urteil 5 Ob 313/03 w vom 29.3. 2004, CISG-online Nr 926; Vgl Honsell,* 734.
[1031] *Posch*, 205; *Haberl*,43.
[1032] *Santos/Toé*, 404; Art 1247 al 3 C.civ. und Art 171 al 1 CO.CC.

Im Übrigen gilt die Niederlassung des Verkäufers als Zahlungsort, auch wenn die Niederlassung verlegt wird[1033] und der Käufer davon informiert ist. Dabei ist der Zahlungsanspruch bzw Zahlungsort durch Zession und Sitzverlegung mit Mehrkostenaufwand und mehr Risiko infolge Veränderung des Verkäufersitzes differenziert zu behandeln[1034]. Es stellt sich die Frage, ob eine zwingende Zahlung am Sitz des Zessionärs (Zahlungsorts) als Folge der Abtretung anzusehen ist (mit dem Nachteil, dass am Zahlungsort keine Empfangsstelle vorliegt. Soll der Zessionär eine Empfangsstelle schaffen oder die Kosten übernehmen, wenn der Käufer in seiner Niederlassung zahlt?) oder ob trotz Zession auf Zahlung des UN-Kaufrechts abgestellt werden soll. Wenngleich die Zession nicht dem UN-Kaufrecht unterliegt, ist der Zahlungsort des Zessionärs maßgeblich, weil am Sitz des Zedenten eine Zahlung weder tatsächlich vorgenommen wird noch befreiende Wirkung haben kann. Ob die Zahlungspflicht am Ort des Zessionärs als sachlich nicht gerechtfertigte Belastung für den Käufer anzusehen ist und der Zahlungsort des Zessionärs der Sitzverlegung gleichzustellen wäre, ist nach allen Auffassungen statt einer Forderung am Sitz des Zessionars zur Zahlung vielmehr Zustimmung des Käufers sowohl für die Abtretung als auch für einen veränderten Zahlungsort[1035].

Anzumerken ist, dass der Zahlungsort unmittelbar aus jeweils verletzter Verpflichtung angenommen werden kann respektive aus der die Zahlung anordnenden Bestimmung abzuleiten ist[1036].

Die überwiegende Ansicht geht auf Anwendung des Art 57 auf derartige Zahlungen davon aus[1037].

Wenn der Käufer an einem anderen als dem maßgeblichen Zahlungsort zahlt, verletzt er seine Pflicht zur ordnungsgemäßen Zahlung. Dem Verkäufer können daraufhin die Rechtsbehelfe wegen Vertragsverletzungen erwachsen (ZB nach Art 61 ff). Die Vertragsverletzungen kommen hingegen nicht in Betracht, wenn der Käufer zur rechten Zeit und am vorgesehenen Ort (Art 57 UN-Kaufrecht; 266 AU.DCG) seiner

[1033] Eine Art 57 Abs 2 UN-Kaufrecht entsprechende, gesonderte Bestimmung bei Verlegung der Niederlassung nach Vertragsabschluss sieht das OHADA-Recht nicht vor. Der Niederlassungsort des Verkäufers bei Vertragsschluss soll entscheidend sein; Siehe Dazu *Hagge*, 108; *Santos/Toé*, Anm. 653 gehen mit Verweis auf *Heuzé*, Anm. 364
[1034] *Piltz,* 188f.
[1035] *Honsell*, 732.
[1036] Vgl OLG Wien, Urteil 3R68/04y vom 1.6.2004, CISG-online Nr 954.
[1037] *Honsell*, 734.

Zahlungspflicht nachkommt (Art 53 UN-Kaufrecht; 266 AU.DCG)[1038]. Zu erwähnen ist, dass die besondere Bedeutung des Zahlungsorts sich einerseits aus der daraus abzuleitenden Kosten- und Risikotragung für den Zahlungsvorgang ergibt und sich andererseits aus der Einigung des Zahlungsorts als Gerichtsstand zur prozessualen Durchsetzung von Zahlungsansprüchen ableitet[1039]. Beispielsweise ist fraglich, wer sich um den Transfer der Gelder kümmern soll und mit welcher Währung gezahlt wird. Wer trägt die Verantwortung für Verzögerungs- und Verlustrisiken bei Übermittlung des Kaufpreises und Bankspesen und sonstige Kosten sowie Kosten infolge Nichteinlösung von Schecks? Beachtlich sind auch devisenrechtliche Bestimmungen. Solange Befreiungsgründe nicht vorliegen fasst *Piltz* den Lösungsansatz wie folgt zusammen[1040]: „Hat die Zahlung im Lande des Käufers in inländischer Währung zu erfolgen, obliegt es grundsätzlich dem Verkäufer, sich um den Transfer der Gelder zu kümmern Ist die Zahlung hingegen an der Niederlassung des Verkäufers zu erbringen, muss der Käufer dafür Sorge tragen, dass die Zahlungsmittel in der vereinbarten Währung dort dem Verkäufer rechtzeitig übergeben werden. Verzögerungs- und Verlustrisiken, die aus der Übermittlung des Kaufpreises an den Zahlungsort erwachsen, trägt der Käufer. Gleiches gilt für Bankspesen und sonstige Kosten. Kosten wegen Nichteinlösung von Schecks“. Allerdings trägt der Verkäufer alle mit der Zahlung zusammenhängenden Mehrkosten aufgrund eines Wechsels der Niederlassung des Verkäufers nach Vertragsabschluss. Es handelt sich um entstandene Zinsen durch eine verlängerte Überweisungszeit, höhere Überweisungskosten und Zusatzkosten für die Einhaltung devisenrechtlicher Bestimmungen[1041]. Eine Berufung auch auf Art 80 ist möglich, um das Übermittlungsrisiko des Käufers abzuschwächen[1042]. Die Frachtkosten Art 57 trägt der Käufer unabhängig davon, ob diese Kosten gesondert ausgewiesen werden oder nicht[1043].

1.3 Zahlung zur rechten Zeit

Wann erfolgt die Zahlung? Zahlungsaufforderung und Rechnung werden im Folgenden erläutert.

[1038] *Piltz,* 186.
[1039] *Honsell*, 732.
[1040] *Piltz,* 189.
[1041] *Honsell*, 730.
[1042] Idem, 731.
[1043] OLG Karlsruhe, Urteil 7 U 40/02 vom 10.12.2003, CISG-online Nr911, Ew.4; Vgl *Honsell*, 734

Wie im UN-Kaufrecht beurteilt sich in der OHADA in erster Linie die Fälligkeit des Kaufpreises nach den von den Parteien getroffenen Absprachen, nach einer ergänzenden Vertragsauslegung[1044] und gegebenenfalls nach beachtenden Gebräuchen oder Gepflogenheiten und abschließend nach der gesetzlichen Fälligkeit (Art 58 UN-Kaufrecht entspricht Art 266 iVm 251 und 252 AU.DCG). Allerdings liegt einen Unterschied bei der Frage des Untersuchungsrechts vor Zahlung.

1.3.1 Erfüllungstermin der Kaufpreiszahlung nach Vereinbarung

In der Praxis kommen zahlreiche Fälligkeitsabsprachen vor. Etwa wie „netto Kassa“[1045]**.** Dabei ist eine Differenzierung über deren genauen Inhalt zu machen. In Ermangelung einer vertraglichen Vereinbarung ergibt sich der Erfüllungstermin aus den in Art 58 UN-Kaufrecht und Art 266 AU.DCG statuierten Regelungen.

1.3.2 Zahlungszeit bei fehlender vertraglicher Vereinbarung

Der OHADA- und UN-Kaufrecht-Verfasser hat vor allem bei Fehlen einer vertraglichen Vereinbarung im Hinblick auf den Fälligkeitszeitpunkt der Kaufpreiszahlung das Zug um Zug-Prinzip verankert (Art 58 Abs 1 UN-Kaufrecht; Art 266, 267, 268 AU.DCG). Der Grund für den Parallelismus der Verpflichtung liegt darin, dass einerseits die Waren oder Dokumente weiterhin in Gewahrsam des Verkäufers ein besseres Druckmittel darstellen, um die Kaufpreiszahlung leichter zu erreichen. Andererseits bringt das Zug um Zug-Prinzip den Vorteil mit sich, dass die Angst des Käufers vor Kaufpreisleistung ohne Gegenleistung abgebaut wird, da er bei der Zahlung sicher sein kann, dass der Käufer die Ware auch tatsächlich in Besitz nimmt[1046].

Das System ist vorteilhaft sowohl für den Verkäufer (freie Verfügung über die Ware erst nach der Bezahlung) als auch für den Käufer (Kaufpreiszahlung erst nach Entgegennahme der Ware). Mit dem Zug um Zug-Prinzip muss der Käufer nicht zahlen, bevor er Gelegenheit hatte, die Ware zumindest oberflächlich hinsichtlich offensichtlicher Mängel oder einer möglichen Falschlieferung zu untersuchen[1047]. Allerdings sofern zwischen den Parteien nichts anderes vereinbart wurde(Art 58 Abs 3 UN-Kaufrecht). Anders als im UN-Kaufrecht muss das Untersuchungsrecht des

---

[1044] *Honsell*, 743.
[1045] *Piltz,* 191.
[1046] Vgl *Heut*, les principaux contrats spéciaux, op. cit., 11758, 559; vgl *Santos/Toé*, 405
[1047] *Hagge*, 108; Vgl *Herber/Czerwenka*, Art 58, R. 8; *Piltz*, § 4, Rn 155; *Schlechtriem/Hager*, Art 58, Rn.11; *Soergel/Lüderitz/Budzikiewicz*, Art 58, Rn. 6; *Staudinger/Magn*us, Art. 58, Rn 26.

Käufers im Moment der Zahlung in der OHADA vertraglich vereinbart werden[1048]. „Das Prinzip [der wechselseitigen Zurückbehaltungsrechte] ermögliche es dem Schuldner, die Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrages zu erheben und seine Leistung so lange zurückzuhalten, bis der Vertragspartner zur (gleichzeitigen) Erbringung der Gegenleistung bereit ist“[1049]. Wenngleich das Begutachtungsrecht als Schutz des Käufers zu Last des Verkäufers insbesondere im UN-Kaufrecht anzusehen ist[1050], kann im Einzelfall insbesondere aufgrund Absprache zur Einhaltung eines Zahlungszeitpunkts gar nicht möglich sein[1051]. (zutreffend bei Klauseln wie „documents against payment“ (D/P, Kassa gegen Dokumente), „cash on delivery“ (COD, Kasse gegen Lieferschein)“ auch bei vertraglicher Vereinbarung einer Vorlage von Qualitätszeugnissen durch den Verkäufer). Umstritten ist, ob Klauseln wie „Kassa gegen Rechnung“ und „Kassa nach Erhalt der Rechnung“ zum Ausschluss des Begutachtungsrechts führen[1052], da die Kaufpreiszahlung aufgrund Untersuchung der Ware zu einem Hinausschieben des Fälligkeitszeitpunkts führt.

Ein Prüfungsrecht ist nicht identisch mit dem im Rahmen der anspruchswahrenden Untersuchung gemäß Art 270 AU.DCG. Diese kann auch nach der Kaufpreiszahlung stattfinden. Darüber hinaus geht die Lehre von einer Unterscheidung zwischen einem eigentlichen Zahlungszeitpunkt und einem tatsächlichen Fälligkeitszeitpunkt der Zahlungsverpflichtung aus.

„Unter Zahlungszeitpunkt iSd CISG ist nach dem Gesagten derjenige Zeitpunkt zu verstehen, in dem der Käufer die erforderlichen Handlungen für die Erfüllung seiner Zahlungspflicht vorzunehmen hat. Unter Fälligkeitszeitpunkt iSd CISG ist dagegen

---

[1048] Zur Umkerung des Regel/Ausnahme-Verhältnis siehe Hagge, Art 238 Abs 4, S 108; *Gomez*, Penant Nr. 827 Anm. 125 , regelmäßig ist in der OHADA der Kaufpreis gemäß 239 AU.DCG zum vereinbarten oder nach dem in Art 238 Abs 1AU.DCG bestimmten Zeitpunkt zu zahlen- auch ohne Untersuchung so *Hagge* und *Gomez*.

[1049] *Honsell*, 755; Die wechselseitige Zurückbehaltungsrechte verdeutlichen den Zug um Zug Lieferung und Zahlung in beiden Regelwerken, so *Hagge*, 108; *Santos/Toé*, Anm. 654. Zum UN-Kaufrecht Vgl *Bianca/Bonell/Maskow*, Art 58, Anm. 2.1, ; *Enderlein/Maskow/Strohbach*, Art 58, Anm. 10, *Herber/Czerwenka*, Art. 58 Rn. 2; *Honnold*, Rn . 355 f; *Karollus*, 168; *Niggemann*, R.D.A.I. 1988, 27 (34 f).

[1050] *Honsell*, 749.

[1051] *Santos/Toé*, 405; *Hagge*, 109, bei Vereinbarung eine Dokummentenakkreditivs oder – inkassos ist eine vorherige Untersuchung der Ware nicht zulässig; Vgl *Bianca/Bonell/Maskow*, Art 58, Anm.2.9; *Enderlein/Maskow/Strohbach*, Art 58, Anm. 10; *Schlechtriem/Hager*, Art 58 ERn.12; *Staudinger/Magnus*, Art 58, Rn. 28ff.; *Witz/Salger/Lorenz*, Art 58, Rn.15.

[1052] *Honsell,*760f.

derjenige Zeitpunkt zu verstehen, in dem der Kaufpreis beim Verkäufer eingegangen und zu dessen freien Verfügung stehen muss."[1053]

Beispielsweise muss der Käufer bei Vereinbarung der Klausel „Kassa nach Erhalt der Ware" für die Durchführung der Zahlung via Überweisung unverzüglich nach Erhalt der Ware die Zahlung vornehmen. Der Fälligkeitszeitpunkt setzt voraus, dass die Zahlung an dem jeweiligen Zahlungsort eingegangen ist, sodass ein Überweisungsauftrag an eine Bank nicht ausreicht[1054]. Daher soll eine angemessene Frist für eine übliche Abwicklung beim Zahlungszeitpunkt mit einbezogen werden. Das Datum der Valutierung auf dem Konto des Verkäufers ist relevant. Dagegen liegt der Zahlungszeitpunkt zeitgerecht nach der Übernahme der Ware vor. Die ganz herrschende Auffassung nimmt keine grundsätzliche Unterscheidung zwischen Zahlungs- und Fälligkeitszeitpunkt vor. Der Kaufpreis soll auch bereits zum Zahlungszeitpunkt fällig werden[1055]. Stellt sich heraus, dass ein Scheck dem Verkäufer ohne weiteres überreicht wird, so ist der Zeitpunkt der Übergabe für die Fälligkeit maßgeblich, sofern der Scheck sofort von der Bank eingelöst wird[1056]. Da die Berufung auf Mahnung oder sonstige Förmlichkeiten in beiden Regelwerken ausgeschlossen sind, ist davon auszugehen, dass das bloße Überschreiten der Zahlungszeit automatisch die vorgesehenen Rechtsbehelfe auslösen soll (Art 61 UN-Kaufrecht; Art 281 iVm 286f(früher256)AU.DCG)[1057]. Die gerichtliche Fristverlängerung steht dem Käufer nicht zu (Art 61 Abs 3 UN-Kaufrecht)**.** Entsprechendes gilt in der OHADA (Art 264 (früher 239) AU.DCG). Es wird betont, dass die infolge Insolvenz oder Zwangsvollstreckung recht ergebenden Moratorien oder Fristen zur Zahlung hingegen zu beachten sind[1058]. Allerdings ist zu erwähnen, dass während im UN-Kaufrecht die Vertragsaufhebung durch Erklärung der aufhebenden Partei erfolgt (Art 26 UN-Kaufrecht), der AU.DCG eine richterliche Gestaltungserklärung verlangte (alter Art 254 AU.DCG). Nunmehr sieht der neue Art 281 AU.DCG eine einseitige- und richterliche Gestaltungserklärung vor. Allerdings ist die einseitige Gestaltungserklärung an strengeren Maßstäben gekuppelt.

[1053] *Honsell*, 739.
[1054] Idem, 741
[1055] OLG Düsseldorf, Urteil I-17 U 20/02 vom 28.5. 2004, CISG-online Nr 850, Rn 1369; Vgl *Honsell*, 740
[1056] *Piltz,* 183.
[1057] *Piltz,* 190.
[1058] *Piltz,* 190.

Abgesehen davon wird in beiden Regelwerken klar dargestellt, dass die Fälligkeit der Schuld, wenn dazu nichts anderes vereinbart wurde, in dem Zeitpunkt entsteht, in dem der Verkäufer dem Käufer die Ware oder die über die Ware berechtigenden Dokumente (Konnossement, Frachtpapiere, aber nicht bloße Beweisdokumente wie Lieferschein, Kai- oder Bordempfangsschein oder sonstige Urkunden wie Handelsrechnungen, Ursprungszeugnisse, Qualitätszertifikate oder Versicherungspolizzen)[1059] zur Verfügung stellt Art 58 Abs 1, 2 UN-Kaufrecht, Art 266 AU.DCG), nämlich die unmittelbare Möglichkeit tatsächlichen Zugriffs auf die Ware durch den Käufer und dessen Kenntnisnahme vom Zurverfügungstellung[1060]**.** Die Mitteilung ist zugangsbedürftig[1061]. Diese Fälligkeitsregel ist von Amts wegen zu beachten oder der Verkäufer kann die Fälligkeit im Zuge einer Zahlungsklage als Begründung vortragen. Hierfür kommt der Erwerb des Eigentums nicht Betracht[1062].

Bei Platzkauf hat der Verkäufer die Ware an seiner Niederlassung oder an einem anderen bestimmten Ort dem Käufer zur Verfügung zu stellen. Die Aussortierung und das Bereitstellen der Ware zum Abholen umfasst die Zurverfügungstellung. Der Verkauf eingelagerter Ware geht von einer Legitimationsanzeige gegenüber dem Lagerhalter oder Aushändigung der Lagerpapiere an den Käufer aus. Verweigert der Lagerhalter den Zugang zur Ware, wird die erforderliche Zugriffsmöglichkeit fehlen. Bei einem Fernkauf hat der Verkäufer die Ware zu befördern und am vereinbarten Bestimmungsort dem Käufer anzudienen. Erforderlich ist das tatsächliche Anbieten der Ware am Bestimmungsort[1063]*.* Bei einem Versendungskauf hat der Verkäufer die Ware nur dem (ersten) Beförderer auf den Transportweg hin zum Bestimmungsort zu übergeben. Die Ware wird erst dann zur Verfügung gestellt, wenn sie der (letzte) Transporteur am Bestimmungsort dem Käufer tatsächlich angeboten wird. Für einen Verkauf reisender Ware gelten die Ausführungen zum Versendungskauf entsprechend.

Der Verkäufer ist im Zweifel vorleistungspflichtig (Art 58 Abs 1 Satz 1 und Abs 3). Aus Art 266 AU.DCG ist in der OHADA entsprechend davon auszugehen. Zu erwähnen ist, dass die beiden Regelwerke de facto technisch nicht berücksichtigt werden können, insofern ist in der Praxis die Zahlung mittels Banküberweisung überwiegend.

[1059] *Honsell*, 747.
[1060] *Honsell*, 743.
[1061] Idem, 746
[1062] Idem, 744
[1063] *OLG Düsseldorf*, Urteil.I-17 U 2070 vom 28.5.20042, Rn 137.

Im UN-Kaufrecht kann der Käufer den Kaufpreis erst leisten, nachdem er die Ware untersuchen konnte (Art 53 Abs 3 UN-Kaufrecht). Entsprechend gilt grundsätzlich nicht in der OHADA (Art 66). Auch ohne entsprechende ausdrückliche Parteiabrede kann in der OHADA dennoch kurze Untersuchung der Ware in der Regel möglich sein, um offensichtlich grobe Mängel oder krasse Falschlieferung der Ware zu stoppen (durch eine Zurückweisung der nicht vertragskonforme Ware)[1064]. Wie im UN-Kaufrecht (Art 49) sollte dem Käufer in diesen Fällen ein Recht zur Aufhebung des Vertrages (Art 254 AU.DCG) oder Ersatzlieferungsanspruch(Art 46 Abs 2 UN-Kaufrecht; Art 281 Abs 1 AU.DCG zustehen[1065].

Unter Zahlung ist nur die Vornahme der erforderlichen Zahlungshandlungen zu verstehen. Sodass sich die Fälligkeit des Kaufpreises folglich erst nach Ablauf einer besonderen Fälligkeitsfrist ergibt. Die nach hM vertretener angemessener Zahlungsfrist soll für den Platzkauf, Verkauf eingelagerter Ware, Fernkauf sowie Verkauf reisender Ware unterschiedlich sein, um die Zahlung tatsächlich noch ordnungsgemäß durchzuführen. Somit fällt der Beginn der Fälligkeit mit dem Abschluss der Untersuchung durch den Käufer zusammen[1066].Der Käufer kann hier allerdings die Zahlung des Kaufpreises von der Untersuchung der Ware abhängig machen, wenn diese Möglichkeit anhand Absprache vorausgesetzt wird. Dennoch besteht das Untersuchungsrecht für den Käufer selbst dann, wenn der Verkäufer die Übergabe der Ware bzw Dokumente von der Zahlung abhängig macht (Faktische Zug-um-Zug-Leistung LG Nürnberg-Fürth, Urteil vom 27.2.2003, HKO 10820/01, CISG-online Nr 818, Ew.2/c). Da die Fälligkeitsfrist von einer Verknüpfungserklärung abhängt[1067], erfolgt die die Zahlung erst mit Ablauf der Austauschfrist. Der Vorschrift über Zug-um-Zug-Leistung soll auch auf andere Verpflichtungen von Käufer und Verkäufer (ausgenommen unwesentliche Zusatzpflichten) Anwendung finden[1068].

[1064] *Hagge*, 109.
[1065] Idem *Hagge*, zusätzlich kann anhand Prüfungsrecht die nicht vertragskonformen Waren zurückweisen, somit wäre konsequenterweise auch die Aufrechterhaltung der Grundregel des Untersuchungsrecht, die eine solche schnelle Zurückweisung Erleichert, auch im OHADA-Recht sinnvoll gewesen, so *Hagge*. Zudem beinhalte das Fünfte Buch keine Art 86 Abs.2 UN-Kaufrecht entsprechende Bestimmungen, wonach der Käufer selbst bei Annahme eines Zurückweisungsrechts u.U. zur vorläufigen Annahme der Kaufsache verpflichtet sein Kann.
[1066] *Honsell*, 750.
[1067] Idem, 751.
[1068] OGH; Urteil 4Ob 179/05k vom 11.8.2005, CISG-online Nr 1156, Ew. 2; Vgl *Honsell*, 755.

Wie im UN-Kaufrecht kann die Untersuchung der Ware bis zum Eintreffen am Bestimmungsort aufgeschoben werden, wenn der Verkäufer die Absicht des Käufers über die Umleitung der Ware kennt. Wenn zur Fälligkeit der Schuld nichts anderes vereinbart wurde, ist diese in dem Zeitpunkt, in dem der Verkäufer dem Käufer die Ware oder die über die Ware berechtigenden Dokumente zur Verfügung stellt (Art 58 Abs 1, 2 UN-Kaufrecht, Art 266 AU.DCG). Diese Fälligkeitsregel ist von Amts wegen zu beachten oder der Verkäufer kann sie im Zuge einer Zahlungsklage als Begründung vortragen[1069]. Hierfür kommt der Erwerb des Eigentums nicht Betracht.

Die vorhergehende Untersuchung der Ware bringt zum Nachteil des Verkäufers für den Käufer einen Schutz mit sich, zumal der Verkäufer aufgrund der Untersuchung der Ware eine Verspätung der Zahlung erleiden kann[1070]. Praktisch muss der Verkäufer durch geeignete Vorkehrungen dafür Sorge tragen, dass es dem Käufer möglich ist, die Ware vor deren Übergabe und Zahlung zumindest oberflächlich in Augenschein zu nehmen, sodass er in weiterer Folge nicht die fehlende Gelegenheit zur Untersuchung bei Abnahme der Ware bemängeln kann. Ausschlaggebend für die Untersuchungsmöglichkeit ist nicht der Ort der Lieferung, sondern dass diese zeitlich vor der Übergabe und Zahlung gewährt wird. Das Untersuchungsrecht (Begutachtungsrecht[1071]) ist nicht identisch mit der Untersuchungsobliegenheit nach Art 38 UN-Kaufrecht; 270 AU.DCG „Allfällige Kosten der Begutachtung hat der Käufer zu tragen“. Nach erfolgter Untersuchung und folglich Zahlung des Kaufpreises ist der Käufer weiterhin nicht von der Untersuchungsobliegenheit im Sinne des Art 38, 270 befreit. Sonst kann ihm nach erfolgter Lieferung die Wahrung etwaiger Rechtsbehelfe (Art 45 UN-Kaufrecht; Art 281 iVm 286 f (früher 258) AU.DGC) zur Geltendmachung von Vertragswidrigkeiten entzogen werden[1072]. Obwohl er aufgrund des Untersuchungsrechts (Art 58 UN-Kaufrecht, Art 266 AU.DCG) bereits die Vertragswidrigkeit erkannt und gleichwohl die Ware angenommen hat. Die Untersuchung nach Art 58 Abs 3, 266 beim Übergang der Beweislast gewinnt zunehmend an Bedeutung. Da der Käufer nachzuweisen hat, dass die gelieferte Ware zu dem maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt vertragswidrig war, kann er bereits nach Untersuchung im Zweifel (der Vertragsmäßigkeit) bei Annahme der Ware einen

[1069] *Honsell*, 755.
[1070] *Santos/Toé, 405.*
[1071] *Honsell*, 758.
[1072] *Honsell*, 760.

geeigneten Vorbehalt erklären, um die Folge der Beweislast zu seinem Nachteil bei Nicht-Vertragsmäßigkeit der angedienten Ware zu unterbinden[1073].

Wie in Art 58 Abs 1 Satz 1 geht aus Art 266 hervor, dass die Anbindung der Zahlungsfälligkeit an die Verfügbarkeit der Ware bzw deren Dokumente von unterschiedlichen Lieferarten abhängt:

Beförderungsverkauf (für den Zeitpunkt der Fälligkeit kommt es nicht auf die Übergabe der Ware an den ersten Beförderer, sondern wegen des in Art 266 AU.DCG; Art 58 Abs 1 Satz 1 vorgesehenen Zurverfügungstellens an den Käufer auf den Zeitpunkt an, zu dem der letzte Beförderer die Ware dem Käufer an dem jeweiligen Übernahme- bzw Bestimmungsort anbietet oder bei üblichem Ablauf der Beförderung anbieten würde)[1074].

Gleiches gilt, wenn eine C-INCOTERM vereinbart wird. Es darf hier zu keiner Verwechslung mit den Bestimmungen der Art 252 AU.DCG; Art 31 lit a des UN-Kaufrechts kommen, wonach die Übergabe an den ersten Beförderer genügt, um die Risiken (Preisgefahr) an den Käufer zu übergeben. Es handelt sich hier vielmehr um den Zeitpunkt der Fälligkeit des Kaufpreises[1075].

Stellt sich hingegen heraus, dass der Verkäufer die Ware dem Käufer zur Verfügung stellen soll, liegt eine Fälligkeit (nach den beiden Kaufrechten oder nach Vereinbarung von INCOTERMS) der Zahlung vor, nicht sobald der Käufer die Ware in Besitz nimmt. Sondern, wenn der Verkäufer alles getan hat , damit Aufladen und Abtransportieren ermöglicht wird[1076]**.** Bei Unkenntnisnahme oder Unwissen des Käufers, dass die Ware zu seiner Verfügung stellt wird, kommt die Fälligkeit erst infrage, wenn er die Ware übernimmt, oder darüber in Kenntnis gesetzt wird. Diese Lösungsvariante kommt in Betracht, wenn kein Termin über die Übernahme der Ware vereinbart wird.

Bei einer weiteren Variante übergibt der Verkäufer die Ware bzw Dokumente dem Käufer. Der Kaufpreis ist bei dieser Variante ausnahmslos fällig, sobald die Ware an dem vorgesehenen Lieferort zur Verfügung gestellt wird**.**

[1073] *Piltz,* 195.
[1074] *Piltz,* 193.
[1075] *Piltz*, 193
[1076] Idem*,* 156

Allerdings kann er einen Zug um Zug-Austausch verlangen[1077]. Dabei ist die Art der obliegenden Leistungshandlung in der OHADA wie im UN-Kaufrecht ausgestaltet.

Beim Versendungskauf kann der Verkäufer aufgrund dieses Regelfalles auch in der OHADA die Ware mit der Maßgabe versenden, dass die Kaufsache oder die Aushändigung der Dokumente, die zur Verfügung darüber berechtigen, dem Käufer nur gegen Zahlung des Kaufpreises zu übergeben ist (Art 58 Abs 2 UN-Kaufrecht). Gleiches gilt in der OHADA (266 AU.DCG). Hier kommt es für die Fälligkeit nicht auf die Übergabe an den ersten Beförderer, sondern auf das Vorliegen besonderer Umstände an. Diese wurden bereits oben dargelegt.

Die Zahlungsfälligkeit kann grundsätzlich nicht verschoben werden, wenn die gelieferte Ware nicht vertragsgemäß ist, sofern der Käufer aus diesem Grund Rechtsbehelfe gegenüber dem Verkäufer geltend machen kann[1078]. Wenn das Zurückhalterecht vorbehaltlich ist, besteht keine Handhabe, den Kaufpreis bis zu einer vertragsgemäßen Erfüllung zurückzuhalten.

Eine verspätete Leistung des Verkäufers verändert die an das Zurverfügungstellen der Ware anknüpfende Zahlungsfälligkeit. Eine vorbehaltlose Annahme der vorzeitigen Lieferung steht der Ablehnung der Zahlung bis zu dem vertragsgemäßen Zeitpunkt nicht entgegen. Allerdings gilt die Regelung, wenn statt Ware die vereinbarten Dokumente übergeben werden, die die erfolgte Lieferung belegen und dem Käufer die Verfügung über die Ware eröffnen.

Weitere Lieferarten beziehen sich auf die zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses im Transport befindliche (rollende, fliegende oder schwimmende) verkaufte Ware.

Der Kaufpreis ist erst mit Anbieten der Ware an dem Bestimmungsort des Transports fällig. Praxisgemäß kann die Kaufpreisfälligkeit bereits mit der Andienung der Dokumente eintreten[1079].

1.3.3 Frühe Zahlung

Vorzeitige Zahlungen kann der Verkäufer normalerweise sowohl im UN-Kaufrecht als auch in der OHADA zurückweisen. Diese Situation kann mit der Befürchtung der

[1077] *Piltz,* 170, 194
[1078] Art 45 ff.
[1079] *Piltz,* 193.

Wechselkursimplikationen in ausländischer Valuta bei der Zahlung begründet werden[1080].

Der Verkäufer kann bei rügeloser Annahme vorzeitiger Zahlung Schadenersatz geltend machen, wenn er in der Zeit bis zur Fälligkeit Nachteile aufgrund Veränderung der Währungsparitäten oder anderer negativer Umstände hat. Dabei spielt es ohne weiteres keine Rolle, ob die Annahme der vorzeitigen Zahlung rügelos erfolgt war. Eine Verzinsung wird für die Zeit bis zur ordentlichen Fälligkeit nicht berechnet[1081].

1.3.4 Zahlungsaufforderungen und Rechnung

Weiter sind Zahlungsaufforderungen und Rechnungen nach ähnlichem Schema zu behandeln, wenn ein vertraglich vereinbarter Zahlungstermin kein kalendermäßig bestimmtes Datum festhält (wie bspw die Klauseln „45 Tage nach Rechnungserhalt [1082] oder 30 Tage nach der Lieferung[1083]. Demnach soll der Käufer dafür Sorge tragen, dass der Kaufpreis dem Verkäufer zu dem maßgeblichen Zahlungszeitpunkt zur Verfügung steht. Im Vorfeld muss der Käufer für den erforderlichen Zeitvorlauf etwa wie bei internationalen Überweisungen Sorge tragen, indem er einen Überweisungsauftrag rechtzeitig an die Bank gibt[1084]. Dabei soll eine besondere Zahlungsaufforderung des Verkäufers oder Mitteilung einer Bankverbindung oder sonstige Förmlichkeit ausgeschlossen werden(Art 59 UN-Kaufrecht)[1085]. Art 268 AU.DCG steht wie im UN-Kaufrecht fest, dass der Kaufpreis ohne weiteres – also insbesondere ohne Mahnung- fällig wird[1086]. daher wird eine Abweichung vom zuvor geltenden französischen Recht in den meisten OHADA-Staaten dargestellt[1087]: Für die Fälligkeit des Kaufpreises ist diese Zahlungsaufforderungen grundsätzlich nicht vorausgesetzt [1088] (Ausgenommen vorzeitige Lieferung, nicht Vorsehen der Höhe des Kaufpreises um unbillige Härten zu vermeiden) Art 59 UN-Kaufrecht. Bei Überschreiten

[1080] Idem, 190.
[1081] *Piltz*, 190.
[1082] LG Berlin, Urteil 103 O 213/ vom 21.3.2003, 2, CISG-online Nr: 785
[1083] *Honsell*, 765.
[1084] *Piltz*, 190.
[1085] Cour de Justice de Genève, Urteil C/ 26629/2000 vom 19.9.2003, CISG-online Nr 854, Ew. 4/c) ; Vgl *Honsell,*765
[1086] *Hagge*, 109; Vgl *Piltz*, 190.
[1087] Vgl *Crosio,* S 158; *Flour/Aubert/flour/Savaux*, Anm. 154; *Starck/Roland/Boyer*, anm. 1385; Siehe dazu *Hagge*, 109.
[1088] *Honsell,* 766.

des maßgeblichen Erfüllungstermins liegt ohne weiteres eine Pflichtverletzung vor[1089]. Insbesondere kann der Verkäufer ab diesem Zeitpunkt Zinsen gemäß Art 78 geltend machen[1090]. Da die OHADA den Beginn des Zinslaufes von einer schriftlichen Mahnung abhängig macht, stellt daher das zitierte Urteil ansatzweise eine wesentliche Abweichung von dem UN-Kaufrecht dar[1091]. Gewöhnlich soll eine Rechnung über den Kaufpreis ausgestellt werden. Die ausgestellte Rechnung kann förmlich sein oder als Auftragsbestätigung erfolgen oder der Kaufpreis kann auch in einem Lieferschein aufscheinen. Entscheidend ist, dass diese entsprechend den gesetzlichen Vorschriften im Land des Verkäufers erstellt ist.

Vorbehaltlich anderer Absprachen, zu beachtender Gebräuche oder Gepflogenheiten liegt eine Rechnung auch ohne Unterschrift vor[1092].

Der Anspruch auf Erteilung einer Rechnung und deren Vorliegen wird für die Fälligkeit in der OHADA oder im UN-Kaufrecht nicht vorausgesetzt Art 59 UN-Kaufrecht, Art 268 AU.DCG. Dass der Anspruch auf Ausstellung einer Quittung aus der Pflicht zur Kooperation abgeleitet wird (Art 7 Abs 1; Art 237 Abs 2), wird in der Literatur bejaht[1093].

Auf andere Zahlungsansprüche wie Schadenersatz- und Aufwendungsersatzansprüche, Rückzahlungsansprüche (wegen Minderung, Rückabwicklung oder überzahlter Summen), sowie auf den Zinsanspruch aus Art 78 kommt der Art 59 und gegebenenfalls der Art 268 AU.DCG zur Anwendung[1094].

1.3.5 Gerichtsstand für Zahlungsklagen

Der Erfüllungsort(Leistungsort) ist in bestimmten Fällen für die Gerichtszuständigkeit von Bedeutung. Man geht von sekundären Rechtsfolgen des Erfüllungsorts aus[1095].

In der Rechtsprechung stand zur Diskussion, inwieweit zwischen Art 5 EuGVVO und Art 57 Abs 1 UN-Kaufrecht ein Spannungsverhältnis besteht. Es war zu klären, ob der

---

[1089] *Honsell,* 765.
[1090] KGer Wallis, Urteil C1 06 28 vom 23.5.2006, CISG-online Nr1532, Ew.2; Vgl *Honsell*, 765.
[1091] *Schroeter*, cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/schroeter.html (30.1.2012); Vgl *Honsell/Magnus* **(**Fn 31), Art 78 Rn 8 f*; Schlechtriem/Bacher* **(**Fn 2), Art 78 Rn 7 ff. Ebenso nun Art 3 Abs 1 lit a, b der EG-Richtlinie 2000/35/EG zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Handelsverkehr v. 29.6.2000, ABl. EG v. 8.8.2000 Nr L 200, 35ff.
[1092] *Piltz,* 190.
[1093] *Honsell,* 767.
[1094] *Honsell*, 767.
[1095] Vgl *Koziol/Welser*, II/12a, 36

Gerichtsstand des Erfüllungsortes (Art 57 UN-Kaufrecht) oder des Lieferortes (Art 5 Nr 1 litb EuGVO) für Zahlungsklagen gegen den Käufer entscheidend[1096]. Laut OGH Urteil 1 Ob 205i vom 3.4. 2008, CISG-online Nr 1680 ist Art 57 UN-Kaufrecht für den Gerichtsstand des Erfüllungsortes nach Art 5 EuGVVO nicht maßgebend. Ob diese Auffassung zweifelsfrei ist, wird die Antwort aus nachstehenden Fußnoten ergeben[1097].

[1096] *Piltz,* 189; *Haberl*, 43.

[1097] Zahlungsort als Erfüllungsort und begründen einen Gerichtstand für Art 5 Nr 1 LügÜ bestätigt vom Düsseldorf Urteil vom 24. 7.2007, I-5 U2/06, CISG-online Nr1531, Rn 83; KGer Nidwalden; Urteil vom 23.5 2005, ZK 04 26, CISG-online Nr 1086, Ew.1/b lit a; anders hingegen jetzt nach Art 5 Nr 1 lit b EuGVVO für Lieferungen in einen EU-Mitgliedstaat bzw nach Art 5 Nr 1 b revLugÜ für Lieferung in einen durch das Lugano gebundenen Staat. Da hier beim Kauf beweglicher Sachen der Übereinkommen dem Vertrag gilt, so dass für die Kaufpreisforderung – anders als noch unter der Geltung von Art 5 Nr 1 EuGVÜ; vgl EuGH riw1994; 676 - Kein Gerichtsstand am Erfüllungsort mehr besteht [OGH,Urteil vom 3.4.2008, 1 Ob 205/07i, CISG-online Nr 1680; Tribunale die Rovereto, Urteil vom 24. 8. 2006 i. S. Euroflasch Impression S.a.s v. Arconvert S.p.A:; CISG-online Nr 1374, 11; OLG Köln, Urteil vom 16 U 47 /0521. 12.2005 , CISG-online Nr 1201, Rn 20-22; OLG Hamm, Urteil 18 U 120/05 vom 6.12.2005, CISG-online Nr 1221, Rn 55-60; *Dasser/Oberhammer/Oberhammer*, Art 5 LugÜ Rn 33; *Kropholler*, Art 5 EuGVVO Rn 15; verkannt vom LG Krefeld , Urteil vom 11 O 161/0520.9. 2006 , CISG-online Nr 1459, Rn 16 ff, welches seine Unzuständigkeit für die Klage der argentinischen Verkäuferin gegen die deutsche Klägerin auf Leistung des Kaufpreises ausschließlich gestützt auf Art 57 Abs 1 lit A verneinte, ohne sich mit Art 5 N1 lit A EuGVVO auseinanderzusetzen; *Ferrari/Mankowski* Art 57 Rn 28 f]; zum zeitlichen und räumlichen Geltungsbereich der EuGVVO *Brunner* Art 57 Rn 12- 14 und MünchKommBGB/Huber Art 57 Rn 26-28). Dies führt unter Umständen dazu - insbesondere durch die Auffangregelung des Abs 1 lit a, dass der Verkäufer am Sitz seiner Niederlassung den Kaufpreis einklagen kann (Klägergerichtsstand; Tribunale di Modena, Urteil, 4143/2001 vom 9.12. 2005, R.G. A.C., CISG-online Nr 1398, Ew. 2 a. E.; Handelsgericht des Kantons St. Gallen, Urteil, HG:. 20002. 11-HGK vom 24. 4. 2004, CISG-online Nr 962,, Ew. 4/a; Corte Suprema die Cassazione , Urteil 7503 vom 20.4 2004 , CISG-online Nr 927, Ew. 5.2 a.E. ; OGH,Urteil 4 Ob 191/03x vom 28.11. 2003 , CISG-online Nr 825; BGH, Urteil III ZR 237/02 vom 30.4.2003, CISG-online 7990, Ew. II/b/bb/1; BGer, Urteil BGE 122 III 43 vom 18.1.1996, CISG-online Nr 214, 48(Ew:4“.
Dagegen begründet der Zahlungsort als Erfüllungsort einen Gerichtstand laut Art 5 Nr 1 LügÜ, bestätigt vom Düsseldorf Urteil I-5 U2/06 vom 24. 7.2007, CISG-online Nr1531, Rn 83; KGer Nidwalden; Urteil ZK 04 2 vom 23.5 20056, CISG-online Nr 1086, Ew.1/b lit a; anders hingegen begründet der jetzige Art 5 Nr 1 lit b EuGVVO den Gerichtsstand am Lieferort für Lieferungen in einen EU-Mitgliedstaat, bzw ebenfalls nach Art 5 Nr 1 b revLugÜ für Lieferungen in einen durch das Lugano gebundenen Staat. Beim Kauf beweglicher Sachen gilt das oben genannte Übereinkommen dem Kaufvertrag, so dass für die Kaufpreisforderung – anders als noch unter der Geltung von Art 5 Nr 1 EuGVÜ; Vgl: EuGH riw1994; 676 - kein Gerichtsstand am Erfüllungsort mehr besteht[1097] [OGH,Urteil 1 Ob 205/07i vom 3.4.2008, CISG-online Nr 1680; Tribunale die Rovereto, Urteil i. S. Euroflasch Impression S.a.s v. Arconvert S.p.A vom 24. 8. 2006, CISG-online Nr 1374, 11; OLG Köln, Urteil 16 U 47 /05 vom 21.12.2005 , CISG-online Nr 1201, Rn 20-22; OLG Hamm, Urteil 18 U 120/05 vom 6.12.2005, CISG-online Nr 1221, Rn 55-60; *Dasser/Oberhammer/Oberhammer*, Art 5 LugÜ Rn 33; *Kropholler*, Art 5 EuGVVO Rn 15; verkannt vom LG Krefeld , Urteil 11 O 161/05 vom 20.9. 2006, CISG-online Nr 1459, Rn 16 ff, welches seine Zuständigkeit für die Klage der argentinischen Verkäuferin gegen die deutsche Klägerin auf Leistung des Kaufpreises ausschließlich gestützt auf Art 57 Abs 1 lit A verneinte, ohne sich mit Art 5 N1 lit A EuGVVO; *Ferrari/Mankowski* Art 57 Rn 28 f zum zeitlichen und räumlichen Geltungsbereich der EuGVVO *Brunner* Art 57 Rn 12- 14 und MünchKommBGB/*Huber* Art 57 Rn 26-28 auseinanderzusetzen). Dies führt unter Umständen dazu - insbesondere durch die Auffangregelung des Abs 1 lit a, dass der Verkäufer am Sitz seiner Niederlassung den Kaufpreis einklagen kann (Klägergerichtsstand; Tribunale di Modena, Urteil 4143/2001 R.G. A.C. vom 9.12. 2005 , CISG-online

Von einer Diskussion wäre in der OHADA nicht abzusehen, da der Lieferort auch ein Gerichtsstand begründet werden kann. Diese Lösung ist im alten französischen Code de Procédure Civile von 1806 vorgesehen, der in den meisten OHADA-Mitgliedstaaten mangels eigener Regelwerke weiterhin Gültigkeit beansprucht[1098]. Daher ist eine Einigung über den Gerichtsstand zu befürworten, insofern „wurde der Anwendungsbereich der Art 234 bis 302 AU.DCG weiter gefasst als der des CISG, da der AU.DCG nicht nur grenzüberschreitende Warenkäufe regelt (wobei internationale Kaufverträge innerhalb der OHADA ebenso erfasst werden wie solche mit in Drittstaaten niedergelassenen Parteien), [sondern gleichermaßen] auch nationale (interne) Warenkäufe“[1099].

Wenn die Willenseinigung zur Beilegung von Rechtsstreitigkeiten nach bestimmten Rechtsakten Zustandekommen soll, sollen die Parteien bei der Vereinbarung umsichtig vorgehen, um Konkurrenz- und Konfliktlagen zu vermeiden. Ebenso gilt das für eine Willenseinigung über Schiedsklauseln[1100]. Die in einer Satzung einer Gesellschaft beinhaltete Klausel zur Beilegung von Rechtsstreitigkeiten stellt keine ausreichende Grundlage zur Willenseinigung dar.

2 Annahme

Der Art 269 AU.DCG im zweiten Abschnitt konkretisiert die Annahmepflicht, die in Art 262 AU.DCG des Abschnitts eins hinsichtlich der Käuferpflichten vorgesehen ist. Das OHADA-Recht regelt die Annahmepflicht vorbehaltlich anderer Absprachen, zu beachtender Gebräuche sowie Gepflogenheiten zwischen dem Käufer und Verkäufer. Die Annahmepflicht bedeutet einerseits, dass der Käufer alle Handlungen vorzunehmen hat, damit der Verkäufer der ihm obliegenden Lieferhandlung vertragsgemäß erfolgreich nachkommen kann, andererseits anders als das ABGB[1101] ist der Käufer verpflichtet, die Ware tatsächlich zu übernehmen. Diese Käuferpflichten

---

Nr 1398, Ew. 2 a. E.; Handelsgericht des Kantons St. Gallen, Urteil HG:. 20002. 11-HGK vom 24. 4. 2004, CISG-online Nr 962,, Ew. 4/a; COrte Suprema die Cassazione , Urteil 7503 vom 20.4 2004 , CISG-online Nr 927, Ew. 5.2 a.E. ; OGH,Urteil 4 Ob 191/03x vom 28.11. 2003 , CISG-online Nr 825; BGH, Urteil III ZR 237/02 vom 30.4.2003, CISG-online 7990, Ew. II/b/bb/1; BGer, Urteil BGE 122 III 43 vom 18.1.1996, CISG-online Nr 214, S. 48 Ew 4“).

[1098] *Hagge*, 95, *Soergel/Lüderitz/Schüßler-Langeheine*, Art. 31 , Fn.30.

[1099] *Schroeter*, cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/schroeter.html (Vgl *Gomez* (Fn 12), S. 152: "ce texte a vocation à régir toutes - absolument toutes - les ventes de marchandises“

[1100] *Schroeter*, UN-Kaufrecht und europäisches Gemeinschaftsrecht Verhältnis und Wechselwirkungen, § 6 Rn10 -38, 117-126.

[1101] *Perner/Spitzer/Kodek*, im ABGB ist die Annahme als bloße Obliegenheit, 633.

in Art 269 AU.DCG ist identisch mit der Regelung des Art 60 UN-Kaufrecht. Außerdem finden sich in diesem Abschnitt Regelungen zu Untersuchung, -Fürsorge- und Erhaltungsmaßnahmen zugunsten der Ware(Art 270-274 AU.DCG)

2.1 Erforderliche Einzelhandlungen zur Erfüllung der Annahmepflicht

Um die Zusammenarbeit zur vertragsgemäßen Lieferhandlung zwischen dem Verkäufer und dem Käufer zu ermöglichen, ist der Käufer verpflichtet, entweder selbst oder durch von ihm Beauftragte alle gebotenen Maßnahmen vorzunehmen(Art 269 erster HS AU.DCG). Art 60 lit a. UN-Kaufrecht hat nicht anders vorgesehen[1102]. Da in den Regelwerken die genannten Maßnahmen nicht präzise geregelt sind, sind sowohl tatsächliche als auch juristische Maßnahmen einzubeziehen, die für jeweilige Lieferhandlungen erforderlich sind. [1103]. Ausreichend ist ein bloßer Übernahme - respektive Mitwirkungswille[1104]. Dabei haftet der Käufer nicht, wenn er nach jeweiligem Zusammenspielen der Liefermodalitäten (erlangt der Käufer berechtigterweise den tatsächlichen Gewahrsam an der gekauften Ware vor dem vorgesehenen Lieferzeitpunkt, ist die Lieferungsverpflichtung und zugleich die Annahmepflicht bedeutungslos) und vernünftigerweise der zu erwartenden komplementären Mitwirkung handelt[1105]. Nach hA ist die Reichweite dieser Verpflichtung (aktive Mitwirkungspflicht) in der OHADA nicht zufrieden stellend geregelt. Vor allem dann, wenn die erforderliche und zumutbare Mitwirkung des Käufers angesichts des Kaufvertrages auf alltäglichen Produkten beruht und die Parteien voneinander nicht sehr weit entfernt sind[1106]. Der Käufer muss jedoch dem Verkäufer bei zu reglementierender Ware zB die Versandinstruktion zukommen lassen und gegebenenfalls das einzusetzende Transportmittel benennen (Bezeichnung des Schiffs). Hat er den Lieferzeitpunkt zu bestimmen, müssen dem Verkäufer mit rechtzeitigem Vorlauf die zur Durchführung der Lieferung erforderlichen Informationen mitgeteilt bzw übermittelt werden.

Ausprägungen dieser Mitwirkungspflicht sind die Angabe des Ladeplatzes und der Lieferzeit bei FOB - oder FAS-Klauseln, sowie die Benennung von Frachtführer, Übernahmezeitpunkt und Übernahmestelle bei Frei-Frachtführer-Klauseln (unter Fob-

[1102] *Piltz,* 195.
[1103] *Piltz,* 196; *Santos/Toé,* 406
[1104] *Honsell*, 769; *Gomez,139*
[1105] *Piltz,* 196; *Santos/Toé, 406.*
[1106] *Santos/Toé, 406.*

Klausel war ZB die schweizerische Käuferin für die ordnungsgemäße Anlieferung verpflichtet ein Schiff anzumieten und den Laderaum zu reservieren).

Die Ware kann auch im Vorfeld abgerufen werden (ob die Abrufpflicht der Spezifikationspflicht gleichzusetzen ist, ist fraglich[1107]). Der Erledigung administrativer Förmlichkeit (wie von Aus- oder Einfuhrgenehmigungen oder Zollfreifreimachung, usw) liegt die Lieferung zugrunde. Der Käufer hat sich dafür rechtzeitig einzusetzen, sofern er dafür verantwortlich ist[1108]. Die korrekten Antworten des Käufers bei Nachfragen des Verkäufers[1109]. Die Verantwortung des Käufers besteht auch darin Be- bzw Entladungen vorzunehmen und Dokumente entgegenzunehmen[1110]. Hingegen stellt das nach Abschluss des Vertrages gestellte Verlangen des Verkäufers keine zumutbare Mitwirkungshandlung dar, wenn „der Käufer die Verpflichtung übernehmen müsse, dass die Ware aus dem Staat der Niederlassung des Käufers nicht weiter exportiert werde, weil dies von zwingenden gesetzlichen Vorschriften im Staat der Niederlassung des Verkäufers verlangt werde“[1111]. Gleiches gilt, wenn die Verpflichtung des Käufers die Überlassung von Plänen, Daten oder das Unterlassen der Herstellung der Kaufsache begründet. Ebenso betrifft das sonstige Zusatzpflichten wie Vertriebsbindungen, Bezugspflichten oder Preisbindungen[1112]. In Summe ist lediglich eine Maßnahme, die vernünftigerweise von dem Käufer zu erwarten wäre, für die Mitwirkungspflicht von Bedeutung. „Ob eine Maßnahme erwartbar ist, entscheidet sich anhand objektiver Kriterien aufgrund sämtlicher Umstände des Einzelfalls einschließlich Bestimmungen und Zweck des konkreten Vertrages“, dabei sind die Aspekte der Vorhersehbarkeit des fraglichen Handlungsbedarfs, der Sachnähe sowie der Zumutbarkeit maßgeblich[1113].

Der Zeitpunkt der Vorbereitung der erforderlichen Maßnahmen (wie etwa die Erteilung von Versandinstruktionen, der Abruf der Ware, die Besorgung von Export- oder Importgenehmigungen, usw) soll vor dem vorgesehenen Liefertermin sein. Das rechtzeitige Tätigwerden vor Erreichen des Liefertermins ist hingegen bei

[1107] *Honsell*, 778.
[1108] *Piltz,*191.
[1109] *Honsell*, 776.
[1110] *Piltz,* 151, 156; *Honsell*, 779.
[1111] Vgl OGH, Urteil 10 Ob 518/95 vom 6.2.1996, CISG-online Nr 224; Dazu *Honsell*, 776
[1112] *Honsell*, 777.
[1113] *Honsell*, 775.

Beförderungsverkäufen sowie unvorhergesehen und nicht vorhersehbaren Lieferungen nicht zu berücksichtigen[1114].

2.2 Übernahme der Ware

Die Übernahme der Ware im Sinne der beiden Vorschriften (Art 60 UN-Kaufrecht; 269 AU.DCG) besteht aus der körperlichen Entgegennahme zur Inbesitznahme der Kaufsache[1115]. Dabei grenzen sich die Entgegennahme zur Inbesitznahme von der Empfangnahme zur Begutachtung oder der Inverwahrungnahme (Erhaltungspflicht) bzw die Geltendmachung des Zurückweisungsrechts aus. „Maßgebend für eine Übernahme ist, dass die rechtliche Zuordnung des Besitzes und der sich daraus ergebende Verantwortungsbereich zwischen Verkäufer und Käufer wechselt“ also muss der Käufer oder seine empfangsberechtigte Person die Ware in seinen Besitz und seine Gewahrsamssphäre überführen[1116]. Der Übernahmewille soll auch vorliegen. Dieser kommt nicht in Frage, wenn es um die Entgegennahme der Ware im Rahmen einer Erhaltungspflicht geht oder der Käufer keine tatsächliche Kenntnis von der Überstellung der Ware in seinen Herrschaftsbereich (die Ware wird zB vom Beförderer ohne Wissen des Käufers vor dem Betriebsareal seiner Niederlassung abgestellt) hat[1117].

Grundsätzlich soll die Übernahme der Ware an der Niederlassung des Käufers erfolgen[1118] (Beim Fernkauf soll zB eine Inbesitznahme bei Anlieferung der Ware am Bestimmungsort vorliegen, Gleiches gilt bei einem Versendungskauf und Verkauf reisender Ware)[1119]. Dabei ist je nach Lage des Falles zwischen dem Ort der Übernahme und dem Lieferort Rücksicht zu nehmen[1120]. Wenn es sich um eine Holschuld (Platzkauf) handelt, muss der Käufer hingegen die Ware physisch an dem maßgeblichen Lieferort übernehmen und kann in der Regel auch abtransportieren[1121]. Die Übernahme aufgrund körperlicher Entgegennahme ist bedeutungslos, wenn sich die Ware in dem Gewahrsam eines Dritten befindet. Es genügt hier, wenn der

---

[1114] *Piltz,* 197.
[1115] BGer, Urteil BGE 130 III258 vom 13.11.2003, 265 CISG-online Nr 840, Ew.5.3; Vgl *Honsell*, 770; *Hagge*, 110.
[1116] *Honsell*, 770.
[1117] *Honsell*, 771.
[1118] *Piltz,* 156.
[1119] *Honsell,* 772.
[1120] *Honsell,* 772.
[1121] *Piltz,* 156 ; *Honsell*, 773.

Verkäufer dem Dritten die eingelagerte Ware verbindlich anweist. Er übt den Besitz nunmehr für den Käufer aus. Gleiches gilt, wenn auch die Dokumente entgegen genommen werden sollen. Die Inbesitznahme eingelagerter Ware liegt bereits durch die Aushändigung der entsprechenden Lagerdokumente vor[1122]. Die Übernahme-Manifestation kann für diesen Sonderfall entweder durch eine Bestätigung des Lagerhalters oder durch eine Lagerauflösung einschließend Abholung oder Weiterversenden der Waren erfolgen[1123]. Die Übernahme liegt auch vor, wenn die Ware mit Ablauf einer angemessenen Frist nach Besitzübergang als übernommen angesehen werden kann (die Übernahme ist mittels einer Fiktion anzunehmen).

Der Zeitpunkt der Übernahme ergibt sich aus dem vereinbarten Lieferzeitpunkt. Dabei ist eine Frist für die Übernahme der Ware ausgeschlossen (sofortige Übernahme), soweit die Ware zum vereinbarten Lieferzeitpunkt ordnungsgemäß angeliefert oder zur Verfügung gestellt wird[1124]. Somit sollen die zur Vorbereitung erforderlichen Maßnahmen (wie etwa die Erteilung von Versandinstruktionen, der Abruf der Ware, die Besorgung von Export- oder Importgenehmigungen, usw) vor dem vorgesehenen Liefertermin erfolgen. Das rechtzeitige Tätigwerden vor Erreichen des Liefertermins ist hingegen bei Beförderungsverkäufen sowie unvorhergesehener und nicht vorhersehbarer Lieferung nicht zu berücksichtigen[1125]. Abgesehen davon soll vorbehaltlich Handelsbräuchen und Gepflogenheiten dem Käufer für die Übernahme der Ware ausnahmsweise eine angemessene Frist zugestanden werden[1126] Etwa bezüglich der Bereitstellung von Gerätschaften zum Abladen der Ware und/oder von Lagerkapazitäten sowie die Beauftragung eines Transporteurs zur Abholung der Ware. Die Kosten der Übernahme trägt ohne weiteres der Käufer[1127].

Zu erwähnen ist, dass der Käufer unter bestimmten Umständen erlaubt ist, die Abnahme der Ware zu verweigern. Beispielsweise führt eine Zurückweisung der Ware bei einer vorzeitigen Lieferung zu keiner Verletzung der Abnahmepflicht(Art 262 Abs 1 AU.DCG; Art 52 Abs 1 UN-Kaufrecht). Gleiches gilt bei Zuviellieferung(Art 52 Abs 2 S 1 UN-Kaufrecht; Art 262 Abs 2 AU.DCG). eine berechtigte Ablehnung der Ware bei

[1122] *Piltz*, 156
[1123] *Honsell*, 773
[1124] *Honsell,* 774
[1125] *Piltz*, 197.
[1126] *Honsell*, 774.
[1127] *Honsell*, 775.

wesentlicher Vertragsverletzung durch den Verkäufer ist möglich, wenn der Vertrag aufgehoben wird oder eine Ersatzlieferung verlangt wird[1128].Hingegen liegt eine Abnahmepflicht vor, wenn Nachbesserung, Minderung und Schadensersatz in Anspruch genommen muss. Zumal der wesentliche Vertragsverletzung iSd Art 25 1. HS UN-Kaufrecht oder 248 AU.DCG nicht besteht.

2.2.1 Abgrenzung und Ausnahmen von der Abnahmepflicht(Erhaltung der Ware)

Bei der Erhaltung und Verwahrung der Ware infolge nicht vertragsgemäßer Lieferung oder sonstiger Unregelmäßigkeiten nach der Begutachtung wird der Käufer nach Art 270-274 AU.DCG ausnahmsweise besonders in die Pflicht genommen. Überraschend ist die Stelle hinsichtlich der Vorschriften zur Erhaltung der Ware im Interesse und auf Rechnung eines Vertragsteils. Obwohl die Regelungen zur Erhaltung der Ware sowohl der Verkäufer als auch der Käufer betreffen, ist bemerkenswert, dass die Vorschriften versteckend in der Stelle zur Pflichten des Käufers platziert sind. Gleiches war im Fünften Buch (Art 241-244 AU.DCG).Strukturell gehören überzeugend die als vorbildlich übernommenen Bestimmungen des Artt 85-88 UN-Kaufrecht zum Kapitel der „ gemeinsamen Bestimmungen über die Pflichten des Verkäufers und des Käufers“.

Wie schon im Fünften Buch(Art 241 AU.DCG entspricht Art 85 CISG) trifft der Verkäufer die Pflicht, angemessene Maßnahmen zur Erhaltung der Ware, wenn der Käufer die Ware nicht rechtzeitig abnimmt oder sie versäumt zu zahlen. Umgekehrt ist er berechtigt, die Ware zurückzubehalten, bis ihm der Käufer die zur Erhaltung gemachten Aufwendungen erstattet. Wenngleich die infrage kommende Pflicht in einem Abschnitt mit Hauptpflichten des Käufers genannt wird, führt die Verletzung dieser Pflicht nicht zur Aufhebung des Vertrages. Zum einen bei Aufwertung der Rolle dieser Pflicht ist wie im UN-Kaufrecht von einem bloßen Zusatzpflicht auszugehen, deren Nichterfüllung der Abwicklung des Vertrages entgegenstehen wäre. Zum anderen kommt es nunmehr im Achten Buch bei Aufhebung des Vertrages anders als im CISG wie im Fünften Buch(die Wesentlichkeit ist für die Aufhebung des Vertrages maßgeblich. Ob eine Haupt-, Neben- oder vertragliche Zusatzpflicht verletzt wurde, ist die Differenzierung bedeutungslos) auf die Nicht- und teilweise Erfüllung an und nicht darauf, ob eine Neben –oder vertragliche Zusatzpflicht verletzt wurde .Daher ist die

[1128] Dazu *Hagge,* 110.

Verletzung der Hauptpflicht im derzeitigen OHADA-Recht ausschlaggebend(Art 281 AU.DCG).

Auch wie schon im Fünften Buch (Art 242 AU.DCG) ist der Käufer im Achten Buch gemäß Art 272 AU.DCG dazu verpflichtet , angemessene Maßnahmen zur Erhaltung der Ware wie Art 86 Abs 1 CISG zu treffen und deren Aufwendigen später dem Verkäufer zu verlangen, wenn er von seinem Recht zur Zurückweisung der Ware Gebrauch macht(ZB Rückgabe der Ware bei Vertragsaufhebung (Art 281 AU.DCG) oder bei Ersatzlieferung (Art 283 Abs 1 und 2 AU.DCG): Bei dieser Konstellation wurde

Kurioserweise eine darüber hinausgehende Pflicht zur vorläufigen Inbesitznahme der Ware für den Verkäuf bei Distanzkauf gemäß Art 86 Abs 2 UN-Kaufrecht nicht im Achten wie schon im Fünften Buch im vorgesehen[1129]. Unter Billigkeitserwägungen(keine unzumutbare Unannehmlichkeiten oder unverhältnismäßige Kosten) gehe ich grundsätzlich davon aus, dass der Käufer eine Erhaltungspflicht trifft, wenn er die Beanstandung bei vorzeitiger Lieferung(Art 290 Abs 1 AU.DCG entspricht Art 52 Abe 1)oder Übermengen-Lieferung(Art 290 Abs 2AU.DCG wie Art 52 Abs2 CISG) die Annahme der Ware verweigern darf oder soll. Eine solche Pflicht kann aus dem Gebot des Grundsatzes von Treu und Glauben gemäß Art 237 Abs2 AU.DCG herleiten, wobei die Gepflogenheiten und die Gebräuchen iSd 239 AU.DCG eine besondere Rolle spielen müssten. Im Fünften Buch fehlte eine Verankerung des Gutenglaubensgrundsatzes. Das Fehlen der genannte Regelung hat dazu geführt, dass die Erhaltungspflicht zur vorläufigen Inbesitznahme der Ware bei einem Distanzkauf in Fällen der Ablehnung bei vorzeitiger Lieferung(diese kann für den Käufer zusätzliche Kosten und sonstige Nachteile bedeuten und bei Zug um Zug – Austausch zu einer Vorverlegung der Zahlungsfälligkeit führen) und die Verweigerung beim Zuviel Lieferung in der Literatur verneint wird[1130]. Die Vornahme erforderlicher Maßnahmen zur Erhaltung der Ware sollte auch für die freie Wahl (Annahme und Verweigerung) gelten. Zum vorläufigen Inbesitznahme und die Rückgabe der Ware im Zuge der Aufhebung und Ersatzlieferung kommt dabei die Wesentlichkeit der Vertragsverletzung iSd des Art 25 CISG oder Art 248 AU.DCG des Fünften Buches

[1129] Nach *Hagge,* 111f. eine Käuferpflicht zur vorläufigen Inbesitznahme bei einem Distanzkauf sollte ausscheiden, in den Fällen in denen ausdrücklich ein Zurückweisungsrecht vorgesehen ist – also bei vorzeitiger Lieferung (alter Art 262(jetzt 290) Abs 1 AU.DCG und hinsichtlich Zuviel gelieferter Ware (alterArt 262(jetzt 290) Abs 2 AU.DCG)

[1130] *Hagge*, 12.

nicht im Achten Buch(281 AU.DCG) nicht infrage. Die Reichweite der Verwahrungspflicht befürwortet, dass der Käufer im Zuge der Zusammenarbeit zur Ermöglichung der Lieferung des Verkäufers vernünftigerweise schadlos handeln soll.

Wenn die Vorrausetzungen zur verpflichtenden Erhaltung der Ware vorliegen, kann der Käufer oder Verkäufer die Ware auf (angemessene)Kosten des Verkäufers oder des Käufers ZB in den Lagerräumen eines Dritten einlagern, wobei die andere Partei , in deren Interesse die Einlagerung erfolgte, die nicht unverhältnismäßigen anfallenden Kosten trägt(Art 273 AU.DCG). Dem Art 87 UN-Kaufrecht wie Art 243 des Fünften Buches lässt sich genauso entnehmen.

Neben der Pflicht der Inbesitznahme der Ware besteht auch eine Pflicht zum Selbsthilfeverkauf Art 274 AU.DC: Art 88 Abs 1 UN-Kaufrecht wird als Vorbild Vorschrift genommen[1131], aber im Detail ist der Art 274 anders gestattet. Der Unterschied ist im Vergleich zum fünften Buch(Art 244 AU.DCG) sichtbar. Gemäß Art 274 Abs 1 AU.DCG kann die Partei, die zur Erhaltung der Ware verpflichtet ist, berechtigt sein, bei Vorliegen einer ungebührlichen Verzögerung entweder bei der Inbesitznahme der Ware oder bei der Zahlung des Kaufpreises oder Erhaltungskosten auf jede geeignete Weise die Ware zu verkaufen, sofern sie der anderen Partei die Verkaufsabsicht angezeigt hat. Nach Abs2 Art 274 AU.DCG kann sie aus dem Verkaufserlös den Betrag in der Höhe der für die Lagerung und Verkauf aufgewendeten Kosten einbehalten. Der Rest schuldet sie der anderen Partei.

Da eine verzögerte Rücknahme der Ware durch den Verkäufer in Art 88 CISG nicht im OHADA-Recht vorgesehen ist, ist der Käufer anscheinend diesbezüglich zum Selbsthilfeverkauf der Ware nicht berechtigt. Damit ist die einzige Abweichung des Art 274 Abs 1 AU.DCG vom Art 88 Abs 1CISG. CISG[1132]. Aufgrund der abschließenden Betrachtung der Regelung des OHADA-Rechts muss vermutlich der Käufer in dieser Hinsicht solange warten bis der Verkäufer die Ware rücknimmt.

Allerdings wenn die Erhaltung der Ware unverhältnismäßige Kosten (zB die Erhaltungskosten den Zeitwert der Ware übersteigen würden) verursachen würde, wäre der Käufer jedoch berechtigt(Art 274 Abs 2 AU.DCG; 88 Abs 3 UN-Kaufrecht)

[1131] *Piltz,* 225 ; *Santos/Toé, 406.*
[1132] In Art liegt die einzige Alternative zu Art 88 Abs1 bei der verzögerten Abnahme der Ware durch den Käufer, Art 244 Abs1 des Fünften Buch, *Hagge*, 113.

den Selbsthilfeverkauf und Abzug der Verwahrungskosten, wenn der Verkäufer seine Mitwirkung an der Rücknahme der Ware hinauszögert bzw verweigert hat.

Die NotverkaufsPflicht ist im UN-Kaufrecht ausdrücklich vorgesehen (Art 88 Abs 2). Die Pflicht zum Notverkauf ist im OHADA-Recht nicht ausdrücklich geregelt. Die Literatur zum fünften Buch versuchte diese Pflicht im OHADA-Recht anhand Handelsbräuche und Gepflogenheiten gemäß Art 239 AU.DCG zu verankern[1133]. Dieser Lehrmeinung sollte auch im achten Buch unter Berücksichtigung des Art 239 AU.DCG zugestimmt werden, insbesondere wenn die Ware - wie typischerweise bei frischen Früchten, Gemüse oder Blumen - einer raschen Verschlechterung ausgesetzt ist. Ob allein die rasche Verschlechterung bedingt einen schnellen Verkauf oder auch der reine Preisverfall in dieser Hinsicht umfasst wäre, müssten die Beurteilungen von einzelnen Fällen abhängigen.

Die Abnahme der Ware hat einerseits die Bestimmung des Zeitpunkts für die Rügeobliegenheit des Käufers zur Rechtsfolge, deren Unterlassen den Verlust der Ansprüche des Käufers aus der Mangelhaftigkeit der Ware nach sich zieht(Art 258, 259 iVm 270 AU.DCG), andererseits wird mit der Lieferung die Preisgefahr bzw Gefahrübergang nach Art 275 iVm Art 276 AU.DCG auf den Käufer übertragen. Die strengere Vorgehensweise hinsichtlich Rechtsverlusts wird im Hinblick auf Art 44, 40 CISG abgemildert.

Erbringt allerdings der Käufer eine ihm zumutbare Mitwirkungshandlung nicht oder übernimmt er die Ware nicht zum maßgeblichen Zeitpunkt, hat er daher seine Verpflichtung zur Abnahme der Ware verletzt. Diesbezüglich stehen dem Verkäufer die Rechtsbehelfe wegen Vertragsverletzung (Art 281 iVm 285ff.AU.DCG) zu. Gleiches gilt im UN-Kaufrecht Art 61ff. CISG. Während der Verkäufer die Beweislast für den Bestand und den konkreten Inhalt der Abnahmepflicht trägt, hat der Käufer den Nachweis für die ordnungsgemäße Erfüllung der Abnahmepflicht zu erbringen.

Anzumerken ist, dass bei Vorliegen einer nicht wesentlichen Vertragsverletzung kein Zurückweisungsrecht zu Gunsten des Käufers besteht. Lediglich kommt die Geltendmachung der systematischen Rechtsbehelfe in Betracht. Dagegen kann der Käufer trotz seiner Pflicht zur Abnahme der Ware widerstehen, wenn er ZB die Einrede

[1133] *Hagge,* 113.

des Zurückhalterechts in Anspruch nimmt nach Art 71 UN-Kaufrecht oder gerichtlich geltend macht nach 282 iVm284 AU.DCG oder die Aufhebung erklärt (im UN-Kaufrecht nach Art72 Abs 1 in Verbindung mit 49 und 51 Abs 2 UN-Kaufrecht) oder vor Gericht nach Art 281 AU.DCG geltend macht. Mit der Begründung, eine dem Verkäufer zuzurechnende Störung von Gewicht hätte gedroht, oder der Verkäufer hätte eine wesentliche Vertragsverletzung begangen oder er bestünde auf Ersatzlieferung (Art 46 Abs 2 UN-Kaufrecht, Art 250 al 2).

Der Verkäufer ist bei Verweigerung der Abnahme der Ware durch den Käufer verpflichtet seine Erhaltungspflicht nachzukommen(Art 85 UN-Kaufrecht; Art. 272 AU.DCG). Dabei muss er angemessene Maßnahmen zur Erhaltung der Ware treffen, wenn er bei Nichtkaufpreiszahlung die Zurückbehaltung berechtigt auszuüben ist. Die Verletzung der Erhaltungspflicht führt nicht zum Anspruch auf Aufhebung des Vertrages durch den Käufer.

Die Abnahme der Ware hat einerseits die Bestimmung des Zeitpunkts für die Rügeobliegenheit des Käufers zur Rechtsfolge, deren Unterlassen den Verlust der Ansprüche des Käufers aus der Mangelhaftigkeit der Ware nach sich zieht(Art 258, 259 iVm 270 AU.DCG), andererseits wird mit der Lieferung die Preisgefahr bzw Gefahrübergang nach Art 275 iVm Art 276 AU.DCG auf den Käufer übertragen[1134]. Die strengere Vorgehensweise hinsichtlich Rechtsverlusts wird im Hinblick auf Art 44, 40 CISG abgemildert.

Erbringt allerdings der Käufer eine ihm zumutbare Mitwirkungshandlung nicht oder übernimmt er die Ware nicht zum maßgeblichen Zeitpunkt, hat er daher seine Verpflichtung zur Abnahme der Ware verletzt. Diesbezüglich stehen dem Verkäufer die Rechtsbehelfe wegen Vertragsverletzung (Art 281 iVm 285ff.AU.DCG) zu. Gleiches gilt im UN-Kaufrecht Art 61ff. CISG. Während der Verkäufer die Beweislast für den Bestand und den konkreten Inhalt der Abnahmepflicht trägt, hat der Käufer den Nachweis für die ordnungsgemäße Erfüllung der Abnahmepflicht zu erbringen[1135].

Anzumerken ist, dass bei Vorliegen einer nicht wesentlichen Vertragsverletzung kein Zurückweisungsrecht zu Gunsten des Käufers besteht. Lediglich kommt die

[1134] *Santos/Toé,* 407, alter Art 283.
[1135] *Honsell*, 782.

Geltendmachung der systematischen Rechtsbehelfe in Betracht[1136]. Dagegen kann der Käufer trotz seiner Pflicht zur Abnahme der Ware widerstehen, wenn er ZB die Einrede des Zurückhalterechts in Anspruch nimmt nach Art 71 UN-Kaufrecht oder gerichtlich geltend macht nach 282 iVm284 AU.DCG oder die Aufhebung erklärt (im UN-Kaufrecht nach Art72 Abs 1 in Verbindung mit 49 und 51 Abs 2 UN-Kaufrecht) oder vor Gericht nach Art 281 AU.DCG geltend macht[1137]. Mit der Begründung, eine dem Verkäufer zuzurechnende Störung von Gewicht hätte gedroht, oder der Verkäufer hätte eine wesentliche Vertragsverletzung begangen oder er bestünde auf Ersatzlieferung (Art 46 Abs 2 UN-Kaufrecht, Art 250 al 2).

Der Verkäufer ist bei Verweigerung der Abnahme der Ware durch den Käufer verpflichtet seine Erhaltungspflicht nachzukommen(Art 85 UN-Kaufrecht; Art. 272 AU.DCG). Dabei muss er angemessene Maßnahmen zur Erhaltung der Ware treffen, wenn er bei Nichtkaufpreiszahlung die Zurückbehaltung berechtigt auszuüben ist. Die Verletzung der Erhaltungspflicht führt nicht zum Anspruch auf Aufhebung des Vertrages durch den Käufer[1138].

3 Gefahrübergang

Bei Kaufverträgen und insbesondere internationalen Warenkäufen (in vielen Fällen beziehen sie sich auch auf die Beförderung der Ware) ist die Frage des Gefahrübergangs (welche Partei des Kaufvertrages - Käufer oder Verkäufer – letztlich das Risiko trägt) wegen der oft großen räumlichen Entfernung besonders wichtig[1139]. Mit einem Gefahrübergang kann in der Praxis häufig im Kaufrecht die Durchsetzung von Ansprüchen gegenüber Versicherern oder Transporteuren erleichtert werden, wenn die Ware gegen Untergang und Beschädigung versichert ist. Die Gefahrtragungsnormen kommen in Betracht, “wenn die Ware nach Vertragsabschluss und vor beidseitiger Vertragserfüllung infolge zufälliger, weder dem Käufer noch dem Verkäufer zurechenbarer Umstände beschädigt oder verschlechtert wird, untergeht oder sonst wie etwa aufgrund Diebstahls oder Notentladung durch den Transporteur faktisch verloren geht oder in ihrer physischen Konsistenz beeinträchtigt wird“[1140]. Dagegen können diese Normen nicht herangezogen werden, wenn die Risiken

[1136] *Honsell* , 781.
[1137] Art 281 Abs 2 sieht eine einseitige Aufhebungserklärung.
[1138] *Hagge*, 111; Vgl *Staudinger/Magnus*, Art 85, Rn. 15.
[1139] *Posch*, 206.
[1140] *Piltz,* 228.

hoheitlicher Eingriffe (Beschlagnahme der Ware oder Verhängung von Export- oder Importverboten) bestehen“, es sei denn, dass die Ware infolge dieser Maßnahmen auch physischen Schaden nimmt[1141]. Hingegen werden im *Honsell* Kommentar zum UN-Kaufrecht solche hoheitliche Eingriffe ohne Vorbehalt als Verlust bejaht [1142] außer der Verkäufer hätte durch geeignete Maßnahmen den hoheitlichen Eingriff verhindern können (etwa Lieferweg kurz vor Kriegsausbruch[1143]**.**

Ob UN- Kaufrecht und OHADA gleichermaßen den Gefahrübergang (Art 66 - 70 UN-Kaufrecht 277 - 280 AU.DCG) regeln, wird in nachstehendem Anwendungsbereich untersucht. Nach der Grundregel zur Gefahrübergang gemäß Art 277 Abs1 AU.DCG zieht auch der Eigentumsübergang grundsätzlich nach sich und damit wird eine Mischung aus dem bisherigen französischen Recht der Mitgliedstaaten und der im internationalen Handel vorherrschenden Praxis darstellt[1144]. Diesbezüglich weicht das OHADA-Recht von dem Spruch des res perit domino bzw vom Grundsatz des Gefahrübergangs solo consensu[1145] ab und bringt eine innovative Regelung zum Gefahrübergang zum Ausdruck[1146], die den Voraussetzungen des Gefahrübergangs und dessen Folgen im UN-Kaufrecht entspricht (Art 66 ff. CISG). Zu erwähnen ist, dass das OHADA-Recht aufgrund seines nationalen wie internationalen Anwendungsbereiches eine Vielzahl verschiedenartiger Kaufverträge mit erheblich divergierenden Risiken für die beteiligten Parteien umfasst[1147]. Anders als im OHADA Recht(Art 277 Abs 1 AU.DCG) sind im UN-Kaufrecht Risiko- und Eigentumsübergang voneinander vollkommen unabhängig[1148]. Der Käufer soll in der OHADA sorgfältig vorgehen müssen[1149], um böse Überraschungen zu vermeiden.

[1141] *Piltz,* 228.
[1142] *Honsell*, 887.
[1143] *Honsell*, 888.
[1144] *Honsell*, 888; Art 1138, 1583 Code civil, wonach Eigentums- und Gefahrübergang direkt verbunden sind. Aus Neuregelung des Eigentumsübergangs ist der Traditions- statt Konsensprinzip im Vordergrund; *Santos* in Kommentar, Anm. zu Art 285 AU.DCG; *Fénéon/Gomez*, Art. 285-288(jetzt277 - 280) AU.DCG, Anm. 1 f. ; *Gomez* Penant Nr. 827, Anm. 76. Im UN-Kaufecht Risiko- und Eigentumsübergang sind voneinander vollkommen unabhängig,
[1145] *Derains/Ghestin*, 129.
[1146] *Santos/Toé, 440*.
[1147] So *Hagg*e, 161.
[1148] Siehe Vgl *Audit*, Anm. 88; *Enderlein/Maskow/Strohbach*, Vor Art. 66 , Anm. 1 ; *Heuzé* Anm. 373; *Reinhart*, Art 66, Rn. 2; *Staudinger/Magnus*, Vor Art 66 ff., Rn. 2 ; *Witz/Salger/Lorenz*, Art 66 Rn. 1.
[1149] Ausführlich *Hagge*, 163.

3.1 Anwendungsbereich des Gefahrübergangs

Den gesetzlichen Gefahrtragungsregeln wie in Art 66 ff UN-Kaufrecht und Art 277 ff AU.DCG kommen in der Praxis Bedeutung zu, wenn abweichende Gefahrübergangsklauseln (Incoterm-Klauseln) der Vertragsparteien nicht vorliegen[1150]. Die Voraussetzungen zur Fixierung des Gefahrübergangszeitpunkts unterscheiden sich grundsätzlich je nach dem, ob es um einen Beförderungsverkauf(Art 278 AU.DCG = 67 CISG oder Verkauf von reisender Ware (279 AU.DCG entspricht nahezu Art 68 CISG oder sonstige Verkäufe geht Art 280 AU.DCG entspricht im wesentlich Art 69 CISG). Die Individualisierung der Ware spielt eine entscheidende Rolle.

Die Normen Art 66 – 70 UN-Kaufrecht sowie 277 bis 280 AU.DCG sind in erster Linie als Regeln der Preisgefahr zu sehen. Demnach geht die Preisgefahr auf den Käufer über und folglich ist er zur Zahlung des vollen Kaufpreises verpflichtet, obwohl er ZB wegen Verschlechterung oder Untergang der Ware keine vertragsgemäße Leistung des Verkäufers erhaltet hat[1151]. Man kann auch von Leistungsgefahr (Sachleistungsgefahr) ausgehen[1152]. Dieser Aspekt wurde nicht ausdrücklich geregelt. von einer Pflicht zur Kaufpreiszahlung wird der Käufer aber befreit, wenn der Untergang der Beschädigung auf Handlung oder einem Unterlassen des Verkäufers beruht. Wegen objektiver Unmöglichkeit der Erfüllung des Verkäufers kann der Anspruch des Käufers auf Erfüllung verloren gehen. Auch im Verhältnis mit Art 28 UN-Kaufrecht. [1153]. Vorbehaltlich der zwischen den Parteien zur Preis- bzw Leistungsgefahr getroffenen Absprachen wird damit festgelegt, ob ein Ende der Beschaffungspflicht vorliegt, das heißt, ob der Verkäufer trotz Verschlechterung oder eines Untergangs der Ware nach Vertragsabschluss und vor vollständiger Vertragserfüllung neuerliche Lieferanstrengungen unternehmen muss oder nicht[1154]. Aufgrund des Grundsatzes der negativen Formulierung der Gefahrübergangsregel ist denkbar, dass bei dieser Konstellation ein Anspruch auf Aufhebung oder Herabsetzung des Kaufpreises (Art 49, 50 CISG) sowie Zurückweisungsrecht wegen Nichterfüllung von Pflichten nicht in Frage kommt[1155]. Die Gefahrübergangsregel geht dem Art 79 Abs 5 CISG vor, sodass der Beweis des Untergangs oder einer Beschädigung als Folge

[1150] *Honsell*, 878.
[1151] Art 66 UN- aufrecht ; Art 259 iVm. 277 AU.DCG.
[1152] *Haberl,* 25.
[1153] *Honsell*, 884.
[1154] *Piltz,* 229.
[1155] *Honsell*, 882.

des nicht beherrschbaren Ereignisses (außerhalb seines Einflussbereichs ZB iSd Art 79 Abs 1) dem Käufer keine weiteren Ansprüche wie Aufhebungs- oder Minderungsrecht einräumt.

Anders ist vor Gefahrübergang vorzugehen. Gemäß positivem Umkehrschluss der Gefahrübergangsregel steht dem Käufer vor Gefahrübergang die Einwendung gegen die Kaufpreisforderung des Verkäufers zu, wenn die Ware untergegangen oder beschädigt ist. Auch weitere Rechtsbehelfe bei Nichterfüllung von Pflichten des Verkäufers können geltend gemacht werden. Ebenso können die Befreiungsgründe infolge des nicht beherrschbaren Ereignisses beachtet werden[1156](Er kann ZB eine Ersatzlieferung verlangen).

Die Gefahrübergangsfrage kann nicht gestellt werden, wenn der Untergang oder die Beschädigung der Ware auf eine Handlung oder Unterlassung des Verkäufers zurückzuführen ist (etwa verdeckter Mangel[1157] oder Verstoß gegen Sorgfaltspflichten). Ob nachvertraglich Nebenpflichten angesichts der Ausnahme im Verhältnis zum Preisgefahrübergang beachtet werden müssen, ist in der Literatur zweifelhaft, da diese Verhaltensweisen bei Verstößen in beiden Regelwerken nicht ausdrücklich geregelt sind[1158]. Die Ausnahme zum Ausschluss der Preisgefahr bzw zur Befreiung von der Kaufpreiszahlungspflicht unter Berücksichtigung des Erfüllungs- und Schadenersatzanspruches im Zusammenhang mit Schadensminderung soll im UN-Kaufrecht und in der OHADA einschränkend ausgelegt werden[1159].

Nach dem Grundsatz des Gefahrübergangs (Art 66 CISG oder 277 AU.DCG) im Verhältnis zum Aufhebungsrecht (Art 49 CISG; 281 AU.DCG), Minderungsrecht (Art 50 CISG; 288 AU.DCG), sowie zur wesentlichen Vertragsverletzung des Verkäufers (mit Folge des Untergangs oder der Beschädigung der Ware) können andere Rechtsbehelfe (Käufer) als Art 66 oder 277 in Anspruch genommen werden. Auch zur Befreiung nach Art 79 Abs 5 (anders als nach Art 294 AU.DCG) können andere Rechtsbehelfe wie Erfüllungs-oder Schadenersatzanspruch begehrt werden.

Unter Handlungen oder Unterlassung fallen nach der Literatur falsche Verpackung (Weinflaschen in einer brüchigen Verpackungsfolie) oder unzweckmäßige Verladung

[1156] *Honsell*, 883.
[1157] OLG Koblenz, 14.12.2006, CISG-online Nr 14.08.
[1158] *Staudinger/Magnus*; Vgl *Honsell*, 885.
[1159] Art 45 ff und 74-77; Vgl *Honsell*, 884f.

(von Piperonal Aldehyde), unrichtige oder fehlerhafte Gebrauchsanleitungen (unterlassene Instruktionen für das Auspacken), Nebenpflichtverletzungen (fraglich ist, ob als Delikt oder nachvertragliche Pflicht) oder Aufstellen der Ware. Auch falsche Adressierung oder unrechtmäßiges Verhalten des Verkäufers wird bei der soeben genannten Ausnahme erfasst.

Die Art 67 bis 69 UN-Kaufrecht sowie Art 278 bis 280 regeln den Zeitpunkt, zu dem die Gefahr von dem Verkäufer auf den Käufer überwechselt und setzen auch die Voraussetzungen.

3.1.1 Beförderungsverkäufe

Wenn die Ware bei einem Versendungskauf hinreichend individualisiert ist bzw eindeutig dem Vertrag zugeordnet wurde[1160], geht die Preisgefahr mit der Übergabe (Einräumung des unmittelbaren Besitzes) der Ware an den ersten Beförderer (Art 67 Abs 1 und 2; 278 Abs 1)[1161], dh die Kaufpreisgefahr soll der Käufer während des Transports tragen. Folglich ist der Verkäufer grundsätzlich nicht für eine Verschlechterung oder den Untergang der Ware während des Transports verantwortlich. Zu dem Zeitpunkt, zu dem die Ware vorbehaltlich anderer Absprachen dem ersten selbständigen[1162] Beförderer[1163] zur Übermittlung übergeben wird[1164]. In der OHADA wird in der Literatur die Regelung des Art 278 Abs 1 AU.DCG als abschließend angesehen. Damit ist die Vereinbarung einer Vielzahl der in der Praxis unverzichtbaren Incoterms (z.B. CIF, FOB) lediglich im UN-Kaufrecht relevant[1165].

Der Verkäufer ist auch grundsätzlich nicht für rechtswidriges Verhalten des Beförderers verantwortlich. Dagegen trägt er die Verantwortung, wenn er einen ungeeigneten Transporteur ausgewählt oder eine falsche Adressierung der Sendung

---

[1160] *Haberl*, 24; Vgl *Hoffmann/Linden* 2008, 623ff; Vgl *Piltz,* 229.

[1161] Die Urteile der Gerichte Abidjans vom 25.April 2001(Cour de premier Instance) sowie vom 15. Dezember 2000 und 1. Juni 2001(Coup d´Appel), auf www.ohada.de unter den Dateinummern J-02-137 und J-02-174; Zitiert von *Hagge,* 164.

[1162] Nicht ausdrücklich geregelt aber die Literatur sieht an, so *Santos/Toé* anm. 709; *Hagge,* 165; *Bianca/Bonell/Nicholas*, Art 67, Anm. 2.2; *Honnold,* Rn 369. 1 ; *Honsell/Schönle*, Art 67, Rn. 7 ; *Posch* in *Hoyer/Posch*, 169.

[1163] *Hagge,* 165; *Gomez,* Penant Nr. 827, Anm. 77.

[1164] Es fehlt der Vorschrift an der Klarstellung, dass die Ware zur Übermittlung an den Käufer übergeben sein muss, damit könnte auch die Übergabe mit einer anderen Zweckbestimmung(zB: zur Beförderung in ein Zischenlager) ausreichend sein, um einen Gefahrübergang zu bewirken, So *Hagge,* 165; Anders bei Art 67 UN-Kaufrecht , Vgl *Honsell/Schönle*, Art 67, Rn 7; *Posch* in Hoyer/Posch , 169. Das Ergebnis aus Sichtweise ist abzulehnend so *Hagge*.

[1165] Dazu *Hagge*, 165 ; So *Gomez*, Penant Nr. 827, Anm: 77 ; *Santos/Toé*, anm. 712.

bei der Schickschuld angegeben hat[1166]. Gleiches gilt bei falscher Verpackung[1167] betreffend den Transport von Schafen[1168]; oder betr. die Verpackung von Weinflaschen in Folien. Ebenso, wenn die Beschädigung auf das unsachgemäße Verstauen zurückzuführen und keine Möglichkeit für korrekte Sicherung der Ware im Schiff vorhanden ist[1169].

Zu erwähnen ist, dass die Individualisierung der Ware als allgemeines Prinzip gilt. Wenngleich die OHADA die Individualisierung der Ware nicht ausdrücklich vorsieht, geht die Gefahr vorbehaltlich anderer Absprachen der Parteien an den Käufer nicht über, solange eine Zuordnung der verkauften Ware zu dem Vertrag unmöglich ist, da „die mit dem Gefahrübergang verbundene Risikozuweisung an den Käufer nur gerechtfertigt ist, soweit eindeutig diesem Käufer zugedachte und nicht etwa noch dem Verkäufer oder anderen Adressaten zuzuordnende Ware betroffen ist“[1170]. Die Zuordnung kann durch Kennzeichen oder Beförderungszeichen passieren, die an der Ware angebracht werden[1171]. Diese kann ZB durch Etikettierung der Verpackungseinheit, durch Frachtbriefe, andere Vorlademodalitäten (FCL-full Container Load) oder eine Sammelladung.

Wie im UN-Kaufrecht (Art 67 S. 3) hat eine Befugnis des Verkäufers (aufgrund zurückbehaltener Dokumente oder sonstiger Umstände auch nach Übergabe der Ware dem Frachtführer Weisungen angesichts der Ware erteilen zu können) kein Einfluss in der OHADA auf den Gefahrübergang(Art 278 Abs 2 AU.DCG). Ein zugunsten des Verkäufers vereinbarter Eigentumsvorbehalt steht dem Gefahrübergang nicht entgegen[1172]. Gleichgültig ist für den Gefahrübergang, wer für den Abschluss des Beförderungsvertrags zuständig ist. Ob ein Fracht-oder Speditionsvertrag abgeschlossen werden muss, wird für den Gefahrübergang nicht berücksichtigt[1173](wenngleich nach den Incoterm-„C“- Klauseln CFR, CIF, CPT den Verkäufer diese Pflicht trifft und den Käufer bei Incoterm–„F“ - Klauseln FOB, FAS und FCA die Pflicht trifft), da der Verkäufer zur Übergabe der Ware an den Beförderer im

[1166] *Honsell*, 890:
[1167]OLG Scheswig-Holstein, 22.8. 2002, Ew.4, CISG-online Nr 710; Vgl *Honsell*, 901.
[1168]OLG Koblenz, 14.12.2006, CISG-online Nr 1408; Vgl *Honsell*, 901.
[1169]; *China North Cemical Industriesv. Boston Chemical Corp., U.S District oft Texas, 7. 2. 2006, CISG-online Nr 1177 betr. “Explosive boosters*; Vgl *Honsell*, 901.
[1170] *Piltz,* 230.
[1171] *Haberl*, 24.
[1172] *Piltz, 231*.
[1173] *Honsell*, 900.

Hinblick auf deren Übermittlung an den Käufer verpflichtet ist. Diese Vorgehensweise ist lediglich im UN-Kaufrecht nachvollzierbar.

Anders ist im Zusammenhang zu Art 67 Abs 1 vorzugehen, wenn die Lieferverpflichtung nicht eine reine Schickschuld, aber eine Bringschuld oder eine kombinierte Bring- und Schickschuld ist (also die Incoterm-„F"- und „C"-Klauseln). Hier tritt der Gefahrübergang nach hL erst ein, wenn der Verkäufer seiner Lieferpflicht am Bestimmungsort nachgekommen ist und die Ware in die Obhut des Beförderers gelangt ist[1174]. Ab diesem Zeitpunkt reist die Ware auf das Risiko des Käufers, sodass ein Entlastungsbeweis aufgrund Hinderung außerhalb des Einflussbereiches Dritter bzw (Artt 79 CISG; 294 iVm 295 AU.DCG) beim Untergang oder bei Beschädigung der Ware der Kaufpreisgefahr nicht entgegensteht. Der Gefahrübergang an den ersten Beförderer liegt vor, wenn die Ware einem vom Verkäufer unabhängigen Transportunternehmen ausgehändigt wird. Entscheidend ist der Zeitpunkt der Beendigung der Übergabe[1175]. Ab Beginn der Einfüllung von Flüssigkeiten in ein Tankfahrzeug wird die Gefahr übergeben[1176]. Der Gefahrübergang wird nicht ausgelöst, wenn die Beförderung durch eigene Leute des Verkäufers erfolgt[1177]. Anzumerken ist, dass „die Kaufpreisgefahr wieder auf den Verkäufer zurück fällt, wenn dieser die Ware umleitet bzw zurücksendet und nicht mehr dem Käufer übermittelt, ohne dass dafür eine vorweggenommene Vertragsverletzung des Käufers iSd Art 71 Anlass wäre"[1178] . Art 282 AU.DCG beinhaltet keine mit Art 71 Abs 2 vergleichsweise Tatbeständebestimmung. Über Art 239 AU.DCG und subsidiär Art 237 AU.DCG können derartigen Situationen behandelt werden.

3.1.2 Verkauf von reisender Ware

Wie schon Art 68 des UN-Kaufrechts sagt, regelt Art 279 Abs 1 AU.DCG den Sonderfall des Verkaufs von im Augenblick des Vertragsabschlusses in Transport befindlicher rollender, fliegender oder schwimmender Ware. Hier geht die Gefahr zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses, wenn die Ware hinreichend individualisiert ist (Art 280 AU.DCG). Wenn die Ware bei einem Versendungskauf hinreichend individualisiert

---

[1174] *Piltz, 231.*
[1175] *BGer Uretl YA 326/2008 Ya- 406/2008, 16.12.2008, CISG-online Nr 1800, E. 4 ;*
[1176] *Bgh. 5.12. 1990, Erw. II für das deutsches Recht*; *Vgl Honsell*, 906.
[1177] *Piltz,* 231.
[1178] *Honsell*, 906.

ist, bzw eindeutig dem Vertrag zugeordnet wurde (Spezieskauf)[1179], gilt dafür nicht Art 68 CISG entspricht Art 279 AU.DCG sondern Art 67CISG entspricht 278 AU.DCG oder Art69 (entspricht im wesentlich 280 AU.DCG). Art 279 Abs 1 AU.DCG oder Art 68 CISG gilt nicht nur, wenn der Vertrag vor der Beförderung der später zu individualisierenden Ware abgeschlossen wird, sondern auch wenn der Vertrag die Lieferung eines noch zu individualisierenden Teils von bereits auf dem Transport befindlichen Waren zum Gegenstand hat. Hier geht die Gefahr weder zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses (Satz.1) noch rückwirkend zum Zeitpunkt der Übergabe der Ware an den Beförderer (Satz.2), sondern grundsätzlich mit dem Zeitpunkt des Vertragsabschlusses auf den Käufer über. Anders als im UN-Kaufrecht sieht die OHADA ausschließlich die Rückwirkung des Gefahrübergangs bei reisender Ware im Falle der Bösgläubigkeit des Verkäufers vor(279 Abs 2 AU.DCG).

Da in der OHADA beim Verkauf reisender (rollender, fliegender oder schwimmender) Ware („intransitu“) die Preisgefahr grundsätzlich im Moment des Vertragsabschlusses auf den Käufer (279 Abs 1 AU.DCG) übergeht, ist auszuschließen, dass die Kaufpreisgefahr bereits zum Zeitpunkt der Übergabe der Ware an den Beförderer wie im UN-Kaufrecht auf den Käufer übergeht[1180]. Dabei ist es im UN-Kaufrecht unerheblich, ob die Ware bei Abschluss des Kaufvertrages schon in ein Transportmittel verladen ist oder dieses sich gar in Bewegung gesetzt hat. Vielmehr kommt es darauf an, dass die Risiken in der vorausgesehenen Zeitspanne vor Übergabe der Ware zum Transport noch nicht auf den Käufer übergegangen sein kann.

Die Variante im UN-Kaufrecht (Art 68 S 2) mit Rückwirkung der Gefahr bei reisender Ware bereits zum Zeitpunkt der Übergabe der Ware an den Beförderer wurde in Art 279 AU.DCG in der OHADA nicht vorgesehen. Wenn es aus den Umständen erkennbar ist[1181] (zB eine Transportversicherung abgeschlossen wurde), kommt kein rückwirkender Gefahrübergang wie im UN-Kaufrecht in Frage, da die Möglichkeit zur Vorverlegung des Gefahrübergangs lediglich im UN-Kaufrecht nachvollziehbar ist, wenngleich die Rückwirkung des Gefahrübergangs zweckmäßig die Rechtssicherheit gewährleistet. Die Orientierung des Gefahrübergangs am Zeitpunkt des

[1179] *Haberl,* 24**;** *Piltz,*229 Spezieskauf von Gattungskauf.
[1180] Wenn der Verkäufer zu diesem Zeitpunkt um den vertragswidrigen Zustand der Ware weiß (alten Art 287 Abs 2 AU.DCG). Außerdem hat die Vorschrift der alten 287 Abs 1 zur Folge die Rückkehr zum Konsensprinzip so *Hagge*, 165; Vgl *Santos* in Kommentar, Anm. zu altem Art 287 AU.DCG.
[1181] *Haberl,* 24; *Schönle/Koller* 2009, Art 68 Rz 15.927.

Vertragsabschlusses kann im Einzelfall Schwierigkeiten bei der Feststellung des genauen Zeitpunkts der Einwirkung der Beschädigung oder Untergang der Ware bereiten[1182]. Ob mit der Vorverlegung der Gefahr beim Verkauf reisender Ware der Zweck zur Feststellung des Zeitpunktes des Gefahrübergangs weitgehend erreicht wird, ist in der Literatur fraglich[1183]. Insofern kann keine teleologische Erwägung für die Rückverlegung des Gefahrübergangs in derartiger Form in der OHADA plädiert werden, da die Rechtssicherheit nicht vollkommen damit gewährleistet werden kann. Daher erübrigt es sich nach der Frage der Rechtsicherheit im Fall der Rückwirkung des Gefahrübergangs zu gehen. Entscheidend ist, ob tatsächlich Dokumente über den Beförderungsvertrag ausgestellt oder ersetzende elektronische Formen genutzt werden (damit die Vorverlegung des Gefahrübergangs problemlos erfolgt). Entbehrlich ist auch das Bestehen einer Transportversicherung als ausschlaggebender Umstand, der die Rückverlegung des Gefahrübergangs nahe legt[1184], sodass lediglich im UN-Kaufrecht beim Verkauf reisender Ware empfohlen wird, den Zeitpunkt des Gefahrübergangs im Kaufvertrag ausdrücklich zu regeln. Der Käufer soll nicht bereits mit der Übergabe der Ware an den ersten Transporteur mit der Preisgefahr belastet werden. Wenn der Zeitpunkt der Verwirklichung der Gefahr genau bestimmt wird, kommt keine Rückverlegung der Gefahr in Frage, auch wenn ein Versicherungsschutz vorliegt[1185]und auch im Zweifel über den Zeitpunkt der Gefahr.

Dagegen ist in der OHADA (Art 279 Abs 2 AU.DCG) wie im UN-Kaufrecht (Art 68 S. 3 CISG) der Gefahrübergang im Falle der Bösgläubigkeit des Verkäufers entsprechend eingeschränkt, weil es beim Verkauf insbesondere für den Käufer praktisch unmöglich ist, die sich auf dem Transport befindliche Ware zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses tatsächlich zu übernehmen oder zu untersuchen. Daher wird der Übergang der Preisgefahr rückwirkend im Sinne des Art 68 S. 2 oder 68 S. 1 ausgeschlossen. Entsprechendes gilt in der OHADA (Art 279 Abs 2 AU.DCG), wenn der Verkäufer bei Abschluss des Kaufvertrages wusste oder wissen musste, dass die sich zu diesem Zeitpunkt auf dem Transport befindliche Ware bereits untergegangen oder beschädigt war. Bei „Wissen müssen“ ist in der Literatur unerheblich, ob der Verkäufer grob oder einfach fahrlässig gehandelt hat. Entscheidend ist, was eine

[1182] *Piltz, 232*.
[1183] *Honsell*, 922.
[1184] *Honsell*, 927.
[1185] *Vulliéty, 352; Honsell*, 928.

vernünftige Person in gleicher Stellung unter den gleichen Umständen aufgefasst hätte[1186].

In der Literatur wird im Falle der Bösgläubigkeit folgende Vorgehensweise empfohlen: Wenn der Verkäufer von der Vollständigkeit des Untergangs der Ware vor Vertragsabschluss erfahren hat, so findet selbstredend überhaupt kein Gefahrübergang statt. Insoweit dagegen der Verkäufer bei Vertragsschluss von einer Beschädigung oder von einem teilweisen Untergang keine Kenntnis erlangt hat, geht der Gefahrübergang insbesondere im UN-Kaufrecht nicht rückwirkend auf den Erwerber über[1187], da diese Möglichkeit nicht in der OHADA geregelt ist, geht der Gefahrübergang hinsichtlich des unbeschädigten Teils, von dem der Verkäufer keine Kenntnis hatte und auch keine Kenntnis haben musste, zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht auf den Käufer über. Informiert der Verkäufer den Käufer nicht von der bereits erfolgten Beschädigung oder von einem Untergang (teilweise oder vollständig), steht dem Käufer aufgrund arglistigen Verhaltens das Recht zur Vertragsaufhebung zu, ohne dass die Haftung aus culpa in contrahendo des soeben genannte Rechtsbehelfes der Aufhebung im Sinne der beiden Regelwerke beeinträchtigt wird. Allein steht hier die Nicht- oder Schlechterfüllung der Pflicht zur Lieferung vertragsgemäßer Ware im Vordergrund. Ein Anspruch auf den Schadensersatz steht dem Käufer gleichermaßen in der OHADA wie im UN-Kaufrecht zu, wobei kein Entlastungsbeweis (aufgrund Nicht-Beherrschung des Ereignisses, das außerhalb des Einflussbereiches des Verkäufers liegt (Art 79 CISG; 294 AU.DCG)), in Frage kommt. Zudem geht die Gefahr wie im UN-Kaufrecht nicht auf den Käufer über[1188]. Außerdem ist der Gefahrübergang auch für späteren Totaluntergang bei Unterlassung der Anzeige ausgeschlossen, auch wenn der Verkäufer keine Kenntnis darüber hat bzw erlangen hätte müssen. Stellt sich heraus, dass ein vernünftiger Käufer bei Kenntnis der Beschädigung bzw des Teiluntergangs den Vertrag auch hinsichtlich des unbeschädigten Teils nicht ausgeschlossen hätte, kann er vom Rechtsbehelf der Aufhebung Gebrauch machen, wenn in „diesem Zusammenhang jede Aufklärungspflichtverletzung als wesentliche Vertragsverletzung qualifiziert“ wird.

[1186] *Staudinger/Magnus; Vgl Honsell*, 929.
[1187] *Honsell*, 931.
[1188] Siehe Vgl *Audit*, Anm. 88*; Enderlein/Maskow/Strohbach*, Vor Art. 66 , Anm. 1 ; *Heuzé* Anm. 373; *Reinhart*, Art 66, Rn. 2; Staudinger/Magnus, Vor Art 66 ff., Rn. 2 ; Witz/Salger/Lorenz, Art 66 Rn. 1.

3.1.3 Sonstige Verkäufe

Die OHADA hat nicht wie das UN-Kaufrecht den Zeitpunkt des Gefahrübergangs (Art 69 Abs 1) (ausgenommen Beförderungsverkauf, Verkauf von auf dem Transport befindlicher Ware sowie Verkauf der Ware deren Übernahme nach dem Kaufvertrag an einem anderen Ort als der Niederlassung erfolgen soll) genau geregelt, in dem der Käufer die Ware am Ort einer Niederlassung des Verkäufers (Platzkauf) übernimmt oder hätte übernehmen sollen . Aus der Lieferpflicht in Artt 250 iVm 253 sowie Art 280 AU.DCG ergibt sich, dass die Gefahr wie im UN-Kaufrecht vermutlich gleichermaßen anzusehen ist. Daher geht die Gefahr auf den Käufer über, sobald die Lieferung fällig ist und der Käufer die Ware übernimmt[1189], wenn er mit der Übernahme der Ware (der Auslösung des Gefahrübergangs) bis zum letzten Moment wartet, sofern ihm ein gewisser Zeitraum zur Verfügung steht. Unerheblich ist, wenn ihm die Ware in diesem Fall während der gesamten Zeit zur Verfügung steht[1190]. Wenn der Käufer die Ware nicht rechtzeitig übernimmt, geht die Preisgefahr zu dem Zeitpunkt auf ihn über, zu dem ihm die Ware zur Verfügung gestellt wird. Es ist nicht erforderlich, dass die Herbeiführung des Gefahrübergangs von der Übernahme der Ware durch den Käufer abhängig gemacht wird. Der Gefahrübergang bei Nicht-Mitwirkung des Käufers an der Übernahme der Ware besteht bereits durch Bereitstellung (der Verkäufer hält die Ware für den Käufer abholbereit und gegebenenfalls ausgesondert oder gekennzeichnet zur Verfügung, der Käufer wirkt aber nicht vertragsgemäß, insbesondere nicht rechtzeitig an der Übernahme mit), sofern der Käufer dadurch eine Vertragsverletzung begangen hat und der Verkäufer ihm die Bereitstellung der Ware bekannt gemacht hat oder er selbst von der erbrachten Leistung wissen musste.

Der Gefahrübergang stellt einen erforderlichen Wechsel der Sachherrschaft dar [1191] etwa durch tatsächliche Übernahme des Käufers (durch eine beauftragte Hilfsperson, ZB einen Frachtführer), die Gefahrbelastung liegt bereits mit Beginn des Verladevorgangs vor. Die Entgegennahme zur Zurückweisung oder Erhaltung führt zu keinem Gefahrübergang[1192].

[1189] *Honsell*, 938.
[1190] *Piltz,* 234.
[1191] *Piltz,* 234.
[1192] *Honsell*, 931.

Wenn der Annahmeverzug des Käufers zur Verletzung der Abnahmeverpflichtung führt, (sobald der Verkäufer ordnungsgemäß über die Zurverfügungstellung benachrichtigt hat) und der Verkäufer die Ware dem Käufer vertragsgemäß zur Verfügung gestellt und der Käufer hiervon Kenntnis erlangt hat (Art 69 Abs 1), geht daher der Gefahrübergang zu dem Zeitpunkt auf den Käufer über, zu dem dieser die Ware nach Zugang der Mitteilung nicht entgegennimmt[1193].

Die Zurverfügungstellung wird vermutlich bejaht, wenn der Verkäufer alles Notwendige getan hat, damit der Käufer die Ware in Besitz nehmen kann. Daher ist nicht erforderlich, dass eine Gewahrsamserlangung der Ware durch den Käufer besteht.

Es kann sein, dass dem Käufer ein gewisser Zeitraum zur Übernahme der Ware gewährt wird. Die Gefahr geht aber auf den Käufer über, aber ohne dass es auf den Ablauf der Zeit ankommt, wenn der Käufer über die Zurverfügungstellung Bescheid weiß (Zurverfügungstellung nicht zum vereinbarten Zeitpunkt, während der Käufer bereit gewesen wäre, sie zu übernehmen)[1194].Ein Entlassungsbeweis aufgrund Hinderungsgrund Art 79 UN-Kaufrecht; 294 AU.DCG kann den Gefahrübergang dadurch nicht beeinträchtigen.

Eine Pflicht zur Erhaltung der Ware kann bei Annahmeverzug das Risiko des Käufers mindern[1195].

Art 69 Abs 2 gilt sowohl für den vereinbarten Übernahmeort (Bringschuld, Fernkauf) als auch für den Verkauf von an dritter Stelle deponierter Ware (etwa Lagerung, Herstellung oder Erzeugung), die nicht die Niederlassung des Verkäufers ist. Dem Art 280 AU.DCG lässt sich auch so entnehmen.

Der Gefahrübergang kommt bei allen oben genannten Konstellationen in Frage, wenn die Ware hinreichend individualisiert[1196] ist (Art 69 Abs 3) und vom Verkäufer auf den Käufer übergeben wird[1197]. Soweit abseits des Beförderungsverkaufs und abseits des Verkaufs von auf dem Transport befindlicher Ware ein Gefahrübergang erfolgt und der

---

[1193] MünchKommBGB/ *Huber; vgl Honsell*, 939 f.
[1194] *Honsell*, 940, *Sevon* in Lausanner Kolloquim 204.
[1195] *Honsell*, 940; *HonsellSchlechtriem/Schwenzer/Hager/Maultzsch* Art 69 Rn 5; *Audit*, 90.
[1196] Der Grundsatz verhindert, dass der Verkäufer dem Käufer nachträglich das Risiko für Ware zuschiebt, die nicht speziell für ihn gedacht war, *Hagge*, 166; Vgl *Audit*, Anm. 90; *Enderlein/Maskow/Strohbac*, Art. 67, Anm 9; *Karollu*s, 195; *Staudinger/Magnus* , Art 67 Rn. 25.
[1197] *Haberl*, 21.

Käufer vertraglich die Ware an einem anderen Ort als einer Niederlassung des Verkäufers übernehmen muss, geht die Preisgefahr vermutlich in der OHADA aufgrund Artt 250 iVm 253 sowie Art 280 AU.DCG gleichermaßen wie im UN-Kaufrecht (Art 69 Abs 2) auf den Käufer über, sobald die Lieferpflicht fällig ist (bei Bereitstellung vor Fälligkeit geht die Gefahr nur auf den Käufer über, wenn er davon Kenntnis erhält und in die vorzeitige Übernahme einwilligt)[1198] und er Kenntnis davon hat, dass ihm die Ware an diesem Ort zur Verfügung steht. Es ist auch anzunehmen, dass die Sachherrschaft durch die bloße Zurverfügungstellung der Ware gewechselt werden kann[1199] oder durch Abtretung eines Herausgabeanspruchs gegenüber einem Dritten erfolgen kann, welcher unmittelbar Besitzer ist (durch Übergabe indossierter Traditionspapiere oder durch Anerkennung des Dritten, der die Ware für den Käufer besitzt). Eine Anerkennung des Besitzrechts des Käufers durch den Lagerhalter ist nicht erforderlich. Ausreichend für den Verkauf von der an dritter Stelle eingelagerten Ware ist, wenn der Lagerhalter bereit ist, die Ware an den Käufer auszuhändigen[1200] oder er tatsächliche Herrschaft über die Ware hat[1201]. Denkbar ist, dass der Käufer trotz Selbstverhinderung (etwa Unterlassung, das Transportschiff zu übernehmen, Nicht-Besorgung der Eröffnung von erforderlichem Akkreditiv[1202] die Preisgefahr der zur Verfügung gestellten Ware trägt[1203]. Anders als die Voraussetzung bei der Übernahme stellt die Nichtabnahme der Ware bei bloßer Zurverfügungstellung keine Vertragsverletzung dar.

3.2 Rechtsfolgen und Reichweite des Gefahrübergangs

3.2.1 Rechtsfolgen

Bei Leistungsgefahr stellt sich die Frage, ob der Verkäufer bei zufälligem Untergang der Ware (oder wenn infolge zufälliger Ereignisse Schaden nimmt) nach dem Zeitpunkt des Gefahrübergangs erneut leisten muss. Normalerweise muss der Verkäufer aufgrund Art 66 CISG; 277 AU.DCG nicht neuerliche Leistungsanstrengungen unternehmen, wenn die Leistungsstörungen nach dem Zeitpunkt des Gefahrübergangs eintreten. Im Gegenzug muss er bei sämtlichen Einwendungen des Käufers etwa

[1198] *Honsell*, 943.
[1199] Urteil des Randers Country Court Denmark, BS vom 8.7.2004; Vgl *Honsell,* 942.
[1200] *Piltz,* 233.
[1201] *Honsell*, 943.
[1202] ICC Court of Arbitration Paris, Schiedsspruch Nr 7197/1992
[1203] Botschaft BB1. 1989 I 815; Vgl *Honsell*, 943.

gegen Kaufpreispflicht Rechnung dafür tragen, wenn die Ware vor dem Zeitpunkt des Gefahrübergangs untergeht oder beschädigt wird. Daher kann der Käufer für Waren Rechtsbehelfe (wie die Vertragsaufhebung, Minderungsrecht wegen Vertragsverletzung) geltend machen, welche infolge zufälliger Ereignisse eine physische Beeinträchtigung erfahren haben bzw untergegangen sind.

Somit ist der Käufer nach Gefahrübergang trotz Untergangs der Ware zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet.

Übrigens ist die Verteilung der Leistungsgefahr in beiden Regelwerken nicht besonders geregelt. Kann sie aus dem Inhalt der Lieferpflicht abgeleitet werden? Wenn es um den Tatbestand der Nichtlieferung (vollständiger Untergang oder Verlust der Ware) geht, vertritt *Karollus* die Ansicht, dass der Verkäufer bis zur vollständigen Erfüllung der Lieferpflicht die Leistungsgefahr trägt[1204], nach Übergabe und Zurverfügungstellung der Käufer. Bei bloßer Beschädigung der Ware entscheidet nach *Karollus* hingegen der Gefahrübergangszeitpunkt. Dh der Verkäufer haftet für die Vertragswidrigkeit, die zum Zeitpunkt des Übergangs der Gefahr auf den Käufer besteht, auch wenn die Vertragswidrigkeit (infolge Verletzung einer Pflicht oder einer Garantie) erst nach diesem Zeitpunkt offenbar wird. Die Vertragswidrigkeit kann auch infolge Verletzung einer Pflicht oder einer Garantie erfolgen[1205].

Dieser Lösungsansatz bezüglich Beeinträchtigung der Ware infolge von Umständen, die dem Verkäufer zuzurechnen sind, kann in der OHADA berücksichtigt werden. Ausgehend davon trägt der Verkäufer das Risiko, wenn der Verlust oder die Beschädigung der Ware vor dem Zeitpunkt des Gefahrübergangs erfolgt oder nach dem Prinzip der Verteilung der Leistungsgefahr. Allerdings muss die Ursache für den Untergang oder die Beschädigung (hinsichtlich des letztgenannten Aspekts) auf gefährdende Handlungen oder Unterlassung des Verkäufers zurückführen. Beispielsweise bei „verdeckten Mängeln“, die für den Käufer bei Gefahrübergang noch nicht erkennbar waren. Da zum einen eine gesonderte Verkäuferhaftung für „*vices cachés“* (also versteckte Mängel; alter Art 231 Abs 1 AU.DCG sprach von *"defauts cachés"*) im achten nunmehr keinen Eingang findet, ist der Käufer grundsätzlich vom Beweis aufgrund verdeckter Mängel nicht mehr befreit(neuer Art 259 AU.DCG), zum

[1204] Art 31 bis 34 UN-Kaufrecht.
[1205] *Haberl*, 25; Art 36 Abs 1 iVm Art 67 – 69 UNK bzw Art 36 Abs2 UNK.

anderen wird alter Art 231 AU.DCG anders als neuer Art 259 iVm 270 AU.DCG nicht von der Untersuchungs- und Rügeobliegenheit erfasst. Da die Funktion eines "Sicherheitsventils" aufgrund Art 231 Abs 1 nicht mehr besteht, könnte dem Käufer in der Praxis mit Bezug auf AU.DCG des achte Buches nicht mehr leicht die Funktion eines "Sicherheitsventils" des alten Art 231 Abs 1 AU.DCG zukommen mittels dessen die den Verkäufer schützende Wirkung der Art 259 iVm Art 270 AU.DCG (hinsichtlich der Verletzung der Untersuchungs- und Rügeobliegenheit) mehr ausgehebelt wird[1206].Auch im UN-Kaufrecht kann der Käufer nicht vom Beweis befreit werden, wenn er die Untersuchungs- und Rügeobliegenheit nicht wahrnimmt. Bei Haltbarkeits- und Funktionsgarantie ist anders davon auszugehen, dass der Käufer im Ergebnis vom Beweis befreit werden kann, gleichermaßen wie der Käufer in der OHADA ohne vertragliche Garantiehaftung[1207].

Wenn die Vertragswidrigkeit des Verkäufers vor dem Zeitpunkt des Gefahrübergangs eine wesentliche Vertragsverletzung ausmacht, kann der Käufer die Rechtsbehelfe der Ersatzlieferung verlangen oder die Aufhebung des Vertrags erklären bzw geltend machen sowie Schadenersatzanspruch geltend machen.

Ein Anhaltrecht[1208] und Maßnahmen zur Verhinderung oder Verringerung[1209] des Schadens bieten keinen Anlass zur Abweichung von der allgemeinen Gefahrtragungsregel *(Art 66 UN-Kaufrecht; Art 277 AU.DCG)*. Die Risikozuweisung nach Art 66 UN-Kaufrecht oder 277 AU.DCG ist den Rechtsbehelfen des Käufers gegenüber dem Verkäufer infolge einer wesentlichen Pflichtverletzung vorbehaltlich Absprachen bzw beachtlicher Gebräuche bzw Gepflogenheiten vorrangig[1210].Dh die Leistungsgefahr bei Beschädigung oder Untergang der Ware trägt der Verkäufer (erneut Lieferung) wenn er vor dem Zeitpunkt des Gefahrübergangs nicht liefert oder nicht vollständig liefert. Bei bloßer Beschädigung der Ware ist hingegen der Gefahrübergangszeitpunkt entscheidend. Der Käufer, der Transportschutz genießt, trägt die Verantwortung für die Preisgefahr. Daher muss nach *Karollus* der Verkäufer nicht erneut leisten, wenn die Ware beschädigt wird[1211]. Es ist davon auszugehen,

[1206] *Schroeter*, cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/schroeter.html (31.1.2012)
[1207] *Honsell*, 891.
[1208] *Piltz,* 209.
[1209] *Santos/Toé, 417.*
[1210] *Piltz,* 236; *Haberl*, 25.
[1211] *Haberl,* 25.

dass hier die Anwendung des Prinzips Sachherrschaft oder der Beweisnähe berücksichtigt wurde[1212].

3.2.2 Reichweite des Gefahrübergangs

Was die Reichweite der Regelung über den Gefahrübergang anbelangt, sind die beiden Regelkörper im Wesentlichen insbesondere inhaltlich harmonisch. Sie weichen von dem Grundsatz des Übergangs solo consensu und dessen Auswirkungen ab. Vom Kaufvertrag betreffend die beiden Regelwerke entstehen wechselseitig Verpflichtungen gegenüber den Parteien und aus dem handelsrechtlichen Kaufvertrag entstehen diese Pflichten und insbesondere die Pflicht des Verkäufers zur Eigentumsverschaffung auf den Käufer. Aus den beiden Kaufrechten geht ein kohärentes Verhältnis zwischen dem Inhaber und dem Eigentümer hervor und demzufolge wird erleichtert, dass die Rechte der Parteien oder Dritter (ZB Beförderer) transparent ausgeübt werden können. Diese Regelung ist hilfreich, wenn der Eigentumsübergang nicht nach dem Konsens-Prinzip erfolgt. Schwierigkeiten bereiten der der Eigentums- und Gefahrübergang nach solo Consensus, nämlich hinsichtlich des Kaufvertrags über noch nicht hergestellte oder angefertigte Sachen, sowie abtretbare Sachen (das Eigentum erfolgt hier nach Abnahme der Lieferung). Der Gefahrübergang erfolgt also nach Zurverfügungstellung oder nach Übergabe.

Wenn die Ware an einem anderen Ort als einer Niederlassung des Verkäufer vertraglich übernommen wird und der Käufer darüber in Kenntnis gesetzt wurde, dass sich die Ware an jenem Ort befindet und ihm zur Verfügung steht, geht die Gefahr über.

Man kann jedoch bemängeln, dass der Nutzen- und Lastenübergang nicht ausdrücklich geregelt wurde. Dieser soll vorbehaltlich vertraglicher Vereinbarung auf den Zeitpunkt des Kaufpreisgefahrübergangs verlegt werden. Die Mehrkostentragung bei Störungen im Transportwesen, die vor dem Gefahrübergang auftreten, sind von derjenigen Partei zu tragen, die den Transport zu organisieren hat. Die Mehrkosten nach Gefahrübergang trägt der Käufer, und zwar unabhängig davon, welche Vertragspartei gemäß Vertrag die (gewöhnlichen) Transportkosten zu übernehmen

[1212] *Honsell*, 895.

hat[1213]. Ob das Immaterialgüterrecht in den Anwendungsbereich der OHADA fällt, ist umstritten.

Kapitel E Rechtsbehelfe

Neben den Pflichtenprogrammen des Verkäufers und des Käufers enthält das UN-Kaufrecht Regelungen über die erwachsenden Rechte des Verkäufers (Art 61 bis 65 CISG) und des Käufers (Art 45 bis 52), wenn der Verkäufer bzw der Käufer den Kaufvertrag nicht ordnungsgemäß erfüllt.

Zu erwähnen ist, dass bestimmte Rechtsbehelfe(ZB Ersatzlieferung und Aufhebung) einer Partei im UN-Kaufrecht nur zustehen, wenn eine wesentliche Vertragsverletzung gemäß Art 25 CISG vorliegt. Die Rechtsbehelfe des Käufers wegen Pflichtverletzung durch den Verkäufer wurde in Art 45 CISG vorgesehen und in Artt 46 bis 52 näher ausgeführt. Jene des Käufers im Art 61 CISG zusammengefasst und in Artt 62 bis 65 CISG darauf näher eingegangen. Eine Unterscheidung zwischen Haupt- und Nebenpflichten kommt nicht in Frage. Daher beruft sich das Rechtsbehelfssystem auf ein einheitliches Konzept der Pflichtverletzung, sodass im Grundsatz alle Pflichten und alle Pflichtverletzungen gleich behandelt werden.

Artt 46 bis 52 CISG sehen vor, dass der Käufer bei Vertragsverletzung des Verkäufers Erfüllung verlangen, Vertragsaufhebung oder Kaufpreisherabsetzung begehren kann. Nach Art 46 Abs 1 letzter HS CISG scheidet der Erfüllungsanspruch aus, wenn der Käufer einen anderen Rechtsbehelf wie beispielsweise die Vertragsaufhebung ausgeübt hat. Diese begründet eine Unvereinbarkeit mit dem Erfüllungsverlangen. Als Unterfälle des Erfüllungsanspruches kennt das UN-Kaufrecht das Recht auf Ersatzlieferung und auf Nachbesserung, wenn die Ware nicht vertragsgemäß ist (Art 46 Abs 2 und 3 CISG)[1214]. Sowohl das Recht auf Aufhebung als auch jenes auf Ersatzlieferung setzen grundsätzlich eine wesentliche Vertragsverletzung[1215] voraus (Art 49 Abs 1lit a; Art 46 Abs 2 CISG).Bei an sich unwesentlicher Vertragsverletzung

[1213] *Honsell*, 892.
[1214] *Koziol/Welser*, II/12a 174.
[1215] *Koziol/Welser*, II/12a; *Drains/Ghestin*, 100.

kommt aber eine Vertragsaufhebung wegen Nichtlieferung in Betracht, wobei der Käufer dem Verkäufer hier allerdings eine angemessene Nachfrist setzen muss, außer er weigert sich, den Vertrag zu erfüllen (Art 49 Abs 1 lit b CISG).

Wegen vertragswidriger Beschaffenheit der Ware oder zu geringer Quantität kann der Käufer auch den Preis herabsetzen (Art 50 CISG). Die Minderung erfolgt wie im österreichischen Recht nach der relativen Berechnungsmethode, wobei allerdings der Zeitpunkt der Lieferung maßgebend ist[1216].

Konkurrierend zu den Rechtsbehelfen der Art 46 bis 52 CISG kann der Käufer Schadenersatz verlangen (Art 74 bis 77 CISG). Das Kumulationsprinzip geht bereits aus Art 45 Abs 2 CISG. Wie im österreichischen Recht beseitigt daher die Aufhebung des Vertrags nicht den Anspruch auf das Erfüllungsinteresse. Der Käufer kann aber selbstverständlich einen Nachteil nicht „doppelt liquidieren“[1217]. Der Schadensersatzanspruch kann vorbehaltlich zu beachtender nationalrechtlicher Gültigkeitsverbote, frei ausgestaltet oder vertraglich ausgeschlossen werden Art 6 CISG. Beim Schadensersatz gilt das Prinzip der verschuldensunabhängigen Garantiehaftung. Die auf Schadensersatz fallenden Zinsen sind nach Art 78 CISG geregelt.

Bei vertragswidriger Leistung, also bei Rechts- oder Sachmängeln, auch bei Aliud- oder Minderlieferung[1218], läuft eine relative Frist zur Geltendmachung von Ansprüchen(Art 39 Abs 1, Art 43 Abs 1).

Die Vertragswidrigkeit muss dem Verkäufer innerhalb angemessener Frist ab tatsächlicher oder möglicher Feststellung angezeigt werden[1219]. Hat der Käufer für die Unterlassung der Rüge aber eine “vernünftige Entschuldigung“, bleibt ihm das Recht auf Preisminderung und Ersatz des positiven Schadens (Art 44 CISG). Ein Sachmangel kann überdies nur geltend gemacht werden, wenn ihn der Käufer spätestens zwei Jahre nach Übergabe anzeigt, es sei denn, dass eine Frist vereinbart wurde (Art 39 Abs 2 CISG).

[1216] *Koziol/Welsel*, II/12 a, 174.
[1217] *Koziol* in Doralt, UNICITRAL-Kaufrecht, 111.
[1218] *Koziol/Welsel*, II/12a, 174.
[1219] *Koziol/Welsel*, II/ 12a, 174.

Da nach Art 38 CISG eine Untersuchungsobliegenheit des Käufers besteht, hat die Zweijahresfrist im Ergebnis nur Bedeutung für verborgene Mängel, die Verantwortlichkeit des Verkäufers und Sachhaftung.

Art 5 CISG schließt aus dem Anwendungsbereich die Verantwortlichkeit des Verkäufers aus, wenn durch die Waren jemand getötet oder verletzt wurde. Das Europaratsübereinkommen ist für diese Tatsache zuständig. Auch andere Richtlinien oder Abkommen können anwendbar werden.

Die Rechtsbehelfe erfolgen auch als präventive Maßnahmen. Bei vorweggenommenen Vertragsverletzungen können die Erfüllungspflichten ausgesetzt werden. Art 71 UN-Kaufrecht umfasst Fälle, die das Zurück-und Anhalterecht der Parteien begründet werden können. Art 72 CISG beschreibt die vorzeitige Aufhebung des Vertrages bei antizipiertem Vertragsbruch. In der Art 73 CISG wird die Spezifität der Sukzessivlieferungsverträge statuiert. Die Verjährung des Rechtsbehelfs Schadensersatz wird über das IPR berufenes nationales Recht bestimmt.

Der Titel 5 des neuen OHADA-Rechts besteht anders als das Fünften Buch aus 7 Kapiteln. Zunächst wird im Kapitel insbesondere nach Art 281 AU.DCG im Allgemeinen die Rechtsbehelfe, die bei einer Vertragsverletzung zur Aufhebung des Vertrags führen, festgelegt. Dabei wird nunmehr die Wesentlichkeit der Verletzung iSd Art 248 AU.DCG des Fünften Buches gestrichen, die funktionell als vergleichbare Norm zu 25 CISG war. Dieser Rechtsbehelf steht jeder Partei bei Nichterfüllung und teilweise Erfüllung des Vertrags zu, wobei die Aufhebung des Vertrags innovativ durch einseitige- oder richterliche Gestaltung erfolgt wird. Danach enthält das OHADA-Kaufrecht im Kapitel 2 (Artt 282-284 AU.DCG)Regelungen über die erwachsenden Rechte des Käufers wie Zurückhalterecht bei Annahme vorzeitiger Pflichtverletzung(Art 282 AU.DCG), wobei ein Anhalterecht entsprechend Art 71 Abs 2 CISG nach wie vor nicht erwähnt wurde. Die sekundären Erfüllungsansprüche werden nicht ausdrücklich geregelt. Art 283 AU.DCG normiert lediglich das Recht auf Ersatzlieferung inklusiv Nachfristsetzung, Schadensersatzanspruch(Artt 283 bis 284 AU.DCG) bei Vertragsverletzungen des Verkäufers. Im Kapitel 3 werden die Rechtsbehelfe des Verkäufers beschrieben(Artt 285-287 AU.DCG). Der Verkäufer kann bei vorweggenommenen Vertragsverletzungen das Zurückhalterecht in Anspruch nehmen(Art 285 AU.DCG), Nachfristsetzen und Schadensersatzanspruch geltend

machen bei Vertragsverletzungen Käufers(Artt 286 bis 287 AU.DCG). Augenmerk, dass die Kaufpreisherabsetzung(Art 288 AU.DCG) systemwidrig in der Stelle zu den Rechtsbehelfen des Verkäufers befinden. Überraschend sind in dessen Stelle auch die Regelungen der Käuferverhalten bei teilweise Nichterfüllung; vorzeitige-und Zuviellieferung (Art 89-290 AU.DCG). Die Zinsen, der Schadensersatz, Schadenberechnung und Schadensminderung finden sich im Kapitel in Artt 291- 293 Eingang. Die Befreiungen sind Artt 294-295 des Kapitels 5 und im Kapitel 6 befindet sich die Folge der Vertragsaufhebung(Artt 296-300 AU.DCG). Die Verjährung ist in Artt 301-302 AU.DCG zum Kapitel 7 geregelt.

Da Kurioserweise sich das Minderungsrecht im Art 288 des Kapitels III hinsichtlich Verkäuferrechte befindet und überraschend in dessen Stelle auch die Regelungen der Käuferverhalten bei teilweise Nichterfüllung; vorzeitige-und Zuviellieferung (Art 89-290 AU.DCG) angeführt wurden, unterscheidet sich daher das OHADA-Recht bzw das Achten Buch zum Teil systematisch zum Teil redaktionell vom seinen Vorbild[1220]. Eine bemerkenswerte inhaltliche Abweichung wird hinsichtlich der Ausübung der Vertragsaufhebung und Befreiungstatbestände angezeigt. Insbesondere werden anders als alter 254, 259 AU.DCG des Fünften Buches die einseitige- und richterliche Aufhebungserklärung im Achten Buch 281 AU.DCG eingeführt. Damit wird ein Hybridsystem anders als UN-Kaufrecht(Art 49 Abs1, 64 Abs 1 CISG) ausdrücklich dargestellt. Zudem wurde auch wie schon im Fünften Buch das Verjährungsrecht in das Achte Buch eingeführt, ein vom UN-Kaufrecht komplett unberücksichtigter Regelungsbereich[1221]. Nach wie vor erfolgt Schadenberechnung ansatzweise nach Deckungspreis. Innovativ sind die zwangsweise Durchführung der Ersatzlieferung(Art 283 Abs 1 letzter HS AU.DCG) und die einstimmige Nachfrist(Art 283 Abs 2 AU.DCG). Weitere Neuerung ist die Verankerung des Hybridsystems bei Ausübung der Aufhebung. Dieses stellt weitere Abweichung vom UN-Kaufrecht dar. Das Fehlen der Nachbesserung(Nur bei vorzeitiger Lieferung vorgesehen) und des Wesenlichkeitsbegriffs(lediglich wurde das schwerwiegende fehlerhafte Verhalten einer Partei erwähnt) stellt eine markante Zäsur vom Fünften Buch und demzufolge vom UN-Kaufrecht. Anzumerken ist, dass sich das Kumulationsprinzip anders als im CISG auf die Vertragsaufhebung ausdrücklich beschränkt.

[1220] Siehe Art 287 AU.DCG, der schreibt fehlerweise“ le delai prévu à l´art 289 ci-dessus“, die vorgesehene Frist nach obengenanntem Art 289. Dieser Art 289 ist oben, sondern unter dem Art 287.
[1221] Diesbezügliche Regelungen sin dem VerjährÜ vom 1974 vorbehalten, siehe *Hagge*, 114.

Die beiden Kaufrechte regeln nur die Ersatzpflicht für Sach- und Vermögensschäden, nicht aber für Personenschäden. Fraglich ist, ob neben vertraglichen Ansprüchen zusätzlich nationale Rechtsansprüche infrage kommen dürfen. OHADA- und UN-Kaufrecht bringen auch den verschuldensunabhängigen Schadenersatzanspruch als eine Art von „Garantiehaftung“ zum Ausdruck. Strittig ist allerdings in der Literatur zum OHADA-Recht, ob die Vorhersehbarkeit der Haftungsgrenze statuiert wurde. Das CISG bekennen sich im Prinzip zur Aufhebung des Vertrages lediglich nach erfolglosem Verstreichen der Nachfrist im Fall der Nicht-wesentlichen Vertragsverletzung. Da im Achten Buch das gravierende fehlerhafte Verhalten lediglich die eigenverantwortliche Vertragsaufhebung begründet, kann der Vertrag ohne wesentliche Vertragsverletzung anders als im CISG aufgehoben werden. Außerdem wurden in der Philosophie der beiden Regelkörper zwei geteilte Regeln privilegiert, nämlich die gemeinsamen und spezifischen Regelungen der jeweiligen Vertragspartei aufgrund der Leistungsstörungen. Die gemeinsamen Regelungen bestehen aus der Aufhebung, monetäre Ersatzleistungen und Befreiungen.

Anzumerken ist, dass der Schadensersatz stark ins Zentrum der Betrachtung gerückt wird.

I Rechtsbehelfe des Käufers

Zu Rechtsbehelfen des Käufers zählen die vorläufigen bzw vorzeitigen Rechtsbehelfe bei Störungen, die im Vorfeld der Erfüllung durch den Verkäufer verursacht werden: Art 71 CISG regelt die Aussetzung der Erfüllungspflichten, wenn sich nach Vertragsabschluss herausstellt, dass eine der Vertragsparteien einen wesentlichen Teil seiner Pflichten nicht erfüllen würde. Art 72 CISG statuiert die offensichtig vorzeitige Vertragsverletzung und Art 73 CISG normiert diesbezüglich die Sukzessivlieferungsverträge. Art 45 CISG fasst die Rechtsbehelfe des Käufers wegen Vertragsverletzung durch den Verkäufer zusammen. Es handelt sich um das Verlangen auf Erfüllung (Art 46 CISG). Ist die Ware schon geliefert, aber Vertragswidrig steht der Käufer ohne weiteres das Recht auf Ersatz oder Nachbesserung zu (Art 46 Abs 1 und 2 CISG). Nach Art 49 CISG kann die Aufhebung des Vertrages erklärt werden, wenn die Pflichtverletzung des Verkäufers von wesentlicher Bedeutung ist oder die gesetzte Frist zur Nacherfüllung fruchtlos abgelaufen ist. Art 50 CISG sieht die Herabsetzung des Kaufpreises im Fall der Lieferung vertragswidriger Ware vor. zu den sonstigen

Rechtshelfen gemäß Art 46-52 CISG kann zusätzlich Schadensersatz nach Art 74 bis 77 CISG verlangt werden.

Der neue AU.DCG vom 15.Dezember 2010 auch genannt Achte Buch normiert im Art 282 AU.DCG nahezu wie Art 71 CISG die Aussetzung der Erfüllungspflichten des Käufers bei vorweggenommenen Vertragsverletzungen des Verkäufers , aber -nicht wie schon im alten AU.DCG des Fünften Buches vorgesehen war- der antizipierte Vertragsbruch. Die vorläufige bzw vorzeitige Rechtsbehelfe des Käufers nach Art 282 AU.DCG kommt in Betracht, wenn sich herausgestellt, dass der Verkäufer wegen eines Mangels ihrer Fähigkeit in der Herstellung bzw Erzeugung oder wegen der mangelnden Anpassung der Produktionsmittel den Vertrag nicht erfüllen kann.

Hinzu kommen das Recht auf Ersatzlieferung inklusiv Nachfristsetzung, Schadensersatzanspruch, Minderungsrecht sowie Vertragsaufhebung bei Vertragsverletzungen des Verkäufers. Es fällt aus, dass systematisch die Rechtsbehelfe im achten im Vergleich zum CISG anders aufgebaut sind. Zunächst sind die vorweggenommenen Vertragsverletzungen getrennt geregelt und danach die Rechtsbehelfe bei Verletzungen der Pflichten.

1 Rechtsbehelfe bei vorweggenommenen Vertragsverletzungen

Beim Kaufvertrag entstehen in der Regel die Erfüllungspflichten bereits nach der Fälligkeit. Im Einzelfall können die Erfüllungsansprüche teilweise (Sukzessivlieferungsverträge) oder erst später berechtigt sein. Zwischen dem Vertragsabschluss und der ordnungsgemäßen Durchführung ist nicht auszuschließen, dass eine der Parteienihre Leistung im Vorfeld nicht erbringt oder deren Leistung nicht ordnungsgemäß oder unvollständig erbringen könnte.

Um einen Nachteil zu Lasten des Gläubigers, dessen Leistung ordnungsgemäß erbringen würde, zu vermeiden, wurden in der OHADA die Vorkehrungsmaßnahmen verankert, um vorweggenommene Vertragsverletzungen entsprechenden vorzugehen. Art 282 AU.DCG regelt vorläufige bzw vorzeitige Rechtsbehelfe des Käufers, wenn sich herausgestellt, dass der Verkäufer wegen eines Mangels ihrer Fähigkeit in der Herstellung bzw Erzeugung oder wegen der mangelnden Anpassung der Produktionsmittel und Art 285 AU.DCG jene des Verkäufers und Käufer im Spiegel internationalen und regionalen Rechts Verkäufers wegen eines Mangels der

Kreditwürdigkeit oder wegen Zahlungsunfähigkeit des Käufers den Vertrag nicht erfüllen kann. Art 71 CISG ist vorbildlich für das OHADA- Recht bezüglich vorweggenommener Vertragsverletzungen, aber inhaltlich finden in den neuen AU.DCG des Achten Buches die Art 71 Abs 2 und 3 sowie Art 72 und 73 CISG beinhalten Rechtsbehelfe keinen Eingang mehr. Wie schon im Fünften Buch (alter Art 245 AU.DCG) hat der OHADA-Verfasser im Achten Buch(Art 282 AU.DCG) für die Ausübung dieser Rechte nicht das Prinzip der Eigenverantwortlichkeit nach dem UN-Kaufrecht[1222] für ihre vertraglichen Beziehungen vorgesehen. Lediglich wird diesbezüglich eine gerichtliche Stellungnahme bzw Zustimmung vorausgesetzt. Im Vorfeld muss die interessierte Partei zur Ausübung des Rechtsbehelfs auf Aussetzung der Erfüllungspflichten einen Antrag beim zuständigen Gericht- wie im französischen Recht- stellen. Offenbar wird den Parteien eine realistische Einschätzung der Lage und ein rücksichtsvoller und gesetzeskonformer Umgang mit der Aussetzung des Vertrages oder das Zurückhalterecht nicht zugetraut[1223]. Beim Abschluss des Vertrages entstehen bereits sowohl im UN-Kaufrecht als auch in der OHADA die präventiven Maßnahmen, deren Umsetzung vor der Durchführung des Vertrages möglich ist. Insbesondere im OHADA-Recht werden die vorzeitige Aufhebung des Vertrages bei antizipierter Vertragsbruch wie im Art 72 CISG und die Spezifität beim Sukzessivlieferungsvertrag gemäß Art 73 CISG nicht mehr normiert. Da der antizipierte Vertragsbruch noch im Fünften Buch alter Art 246 AU.DCG und alter Art 247 AU.DCG statuiert war, ist von der Bedeutung dieser Aspekte hervorzuheben. Der alte Art Art 247 AU.DCG gab anhand Auslegung mittel in der Hand Sukzessivlieferungsverträge bei Störungen im Vorfeld Vorkehrungen Maßnahmen zu treffen.

1.1 Aussetzung der Erfüllungspflichten(Zurückbehalterecht)

Man geht im UN-Kaufrecht und in der OHADA davon aus, dass die Pflichten des Verkäufers (Art 30, 31, 34 und 32 al 1 UN-Kaufrecht; 250-254 AU.DCG) und Käufers (Art 55 bis 59, 60, 54 UN-Kaufrecht; 263 – 268 AU.DCG) im Prinzip in einem wechselseitigen Bezug stehen. Demzufolge verankern die beiden Kaufrechte bei drohender Vertragsverletzung das Zurückhalterecht (Art 71 Abs 1; Art 282 und 285

[1222] *Hagge*, 115; *Honsell/Korullus*, Art 26, Rn 6. *Kappus*, RIW 1992, 528(532); *Schlechtriem*; Art 72, Rn 5.
[1223] 1221*Fénéon/Gomez*, alte Art 245, Anm 3 ; *Hagge,* 115; *Santos* in OHADA-Kommentar, Anm zu altem Art 245 AU.DCG.

AU.DCG)[1224]. Die Aussetzung der Erfüllungspflichten erfolgt, wenn nach Vertragsschluss durch wirtschaftliche Lage oder das Verhalten der anderen Partei begründete Zweifel an deren Vertragstreue aufkommen[1225]. Die beiden Regelwerke normieren kein allgemeines Zurückhalterecht wie die Unsicherheitseinrede des § 1052 ABGB [1226]oder „exceptio non adempleti contractus" im Zivilrecht[1227].

Ausgenommen Sukzessivlieferungsvertrag kommt das Zurückhalterecht (Aussetzungs- oder Leistungsverweigerungsrecht) in beiden Kaufrechten in Betracht, wenn sich nach Vertragsabschluss bzw nach Absendung der Ware (nach Absendung der Ware kommt das Anhalterecht in Frage, wenn die drohende Vertragsverletzung offenbar wird, aber lediglich im UN-Kaufrecht)[1228] herausgestellt hat, dass der andere Vertragsteil mit hoher Wahrscheinlichkeit aufgrund mangelnder Erfüllungsfähigkeit bzw Kreditwürdigkeit oder mangels Erfüllungsverhaltens einen wesentlichen Teil[1229]nicht identisch mit wesentlicher Vertragsverletzung*)* seiner Pflichten nicht vertragsgerecht erfüllen wird und wenn der jeweilige Gläubiger ungeachtet sonstiger ihm möglicherweise erwachsender Rechtsbehelfe (wie etwa Nachbesserung bzw Ersatzlieferung sowie Vertragsaufhebung und Herabsetzung des Kaufpreises einerseits und andererseits Vertragsaufhebung, Schadenersatzanspruch, Anspruch auf Zinsen) grundsätzlich berechtigt ist, mit der Erfüllung der ihm obliegenden Pflichten zurückzuhalten[1230], ohne dass die andere Vertragspartei daran Rechtsfolgen knüpfen kann[1231]. Der Berufung auf „exceptio non adempleti contractus" liegt eine Unsicherheit durch drohende Vertragsverletzung zugrunde, wobei vorausgesetzt wird, dass die Nichterfüllung eines wesentlichen Teils der Pflichten der anderen Partei zu erwarten ist[1232]. In der Rechtsprechung wird die Vorgehensweise als Ausdruck des funktionellen Synallagmas bezeichnet[1233]. Unter Nichterfüllung eines wesentlichen Teils der Pflichten

---

[1224] Eine Inspirationsquelle kommt aus UN-Kaufrecht, So *Hagge,* 116; Vgl *Audit,* Anm. 161; *Bianca/Bonell/Bennett*, Art 71 , Anm. 2.4; *Enderlein/Maskow/Strohbach*, Art 71 , Anm. 3; Piltz, § 4, Rn. 250; *Staudinger/Magnus*, Art 71, Rn. 15

[1225] *Hagge*, 115.

[1226] *Haberl*, 42.

[1227] *Santos/Toé*, 408; *voy Terre/Simler/Lequette, Droit civil, Les obligations, op. cit., no 609, 502.*

[1228] *Honsell*, 961.

[1229]*Audit,* la vente internationale de marchandise, 154; Die voraussichtliche Verletzung einer einzelnen Zusatzpflicht soll nicht genügen, siehe *Hagge* und *Santos/Toé*, Anm. 662; *Enderlein/Maskow/Strohbac*, Art 71, Anm. 3 ; *Herber/Czerwenka*, Art 71, Rn. 71, Rn. 5 ; *Honsell/Schnyder/Straub*, Art 71 Rn. 4.

[1230] Art 71 UN-Kaufrecht; 245 AU.DCG.

[1231] *Posch,* Bürgerliches Recht(Internationales Privatrecht), 201.

.

[1233] *OLG Köln vom 19. Mai 2008, CISG-online Nr 1700; Vgl Honsell, 961*

soll nicht nur die Nichterfüllung im engeren Sinn verstanden werden, sondern jede Art der Verletzung (etwa wie erhebliche Verspätung, schlechte Leistung), die zu einem Zurückhalterecht (Art 71 Abs 1 UN-Kaufrecht, 282 und 285 AU.DCG) führen kann. Eine gewisse Schwelle bei Verletzung jeder Pflicht soll erreicht werden, um das Zurückhalterecht bzw Anhalterecht zu legitimieren[1234].

Wie bereits angeführt soll die Nichterfüllung eines wesentlichen Teils der Pflichten nicht mit einer wesentlichen Vertragsverletzung verwechselt werden (Art 72 Abs 1 und Art 73 Abs 2). Eine besonders schwerwiegende Pflichtverletzung, nämlich eine „wesentliche Vertragsverletzung" im UN-Kaufrecht im Sinne des Art 25 wurde in der OHADA im alten Fünften Buch als „manquement essentiel" (alte Art 248 AU.DCG) bezeichnet[1235]. Es fehlt im Achten eine vergleichsweise Bestimmung. Dennoch können diesbezüglich historisch alter Art 248 AU.DCG ivm Art 237 AU.DCG herangezogen werden, um der Unterschied zwischen den beiden Begriffen hervorzuheben. Denkbar ist, dass auch Art 239 AU.DCG in Betracht gezogen wird. Dieser Artikel befasst sich mit der Heranziehung der Gebräuchen und Gepflogenheiten.

In beiden Regelwerken sind jedoch für das Zurückhalterecht weniger schwerwiegende Störungen ausreichend als für die wesentliche Vertragsverletzung oder "manquement essentiel" verlangt wird, welche zur Aufhebung bzw Schadenersatzanspruch führen kann. Auf ein Verschulden des Schuldners kommt es nicht an.

Der Verfasser des UN-Kaufrechts hat den Begriff des „wesentlichen Teils" nicht definiert. Das aus Art 71 Abs 1 UN-Kaufrecht dem Verkäufer und Käufer eingeräumte Zurückhalterecht kommt im Vorhinein aufgrund Treu und Glauben bei leichterer aus der „Nebenpflicht" stammenden Leistungsstörung nicht in Frage[1236]. Somit ist das Zurückhalterecht in der Lehre gerechtfertigt, wenn aufgrund bestimmter Umstände bei objektiver Beurteilung aus der Perspektive des Gläubigers prognostiziert wird, dass die andere Partei (Schuldner) mit beträchtlicher Wahrscheinlichkeit einen wesentlichen Teil der Pflichten nicht erfüllen werde[1237]. Unter der Prognose sind bloß subjektive Befürchtungen auszuschließen, sodass ZB mangelhafte Lieferung oder vertragswidrige

[1234] *Posch,* 201
[1235] *Schroeter*, Das einheitliche Kaufrecht der afrikanischen OHADA-Staaten im Vergleich zum UN-Kaufrecht cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/schroeter.html (31.1.2012).
[1236] *Santos/Toé,* 408; *Carbonier.*
[1237] *Posch,* 205.

sowie rechtsmangelhafte Warenlieferung ausreicht. Ob die Anforderungen an den Nachweis der drohenden Pflichtverletzung höher anzusetzen sind, ist fraglich[1238]. In der Judikatur wird das Aussetzungsrecht verneint, wenn die vorweggenommene Vertragsverletzung nicht maßgeblich ist[1239].

In Mitgliedstaaten der OHADA war das herkömmliche Zurückhalterecht gemäß Artt 1612 und 1653 C.civ in seinem Ausmaß beschränkt. Demnach kann die Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrages aus dem Erfüllungsverhalten (aber nicht bereits bei der Vorbereitungsakte) des Schuldners unzureichende Erfüllung. ableiten und rechtfertigen[1240]. Das „exceptio non adempleti contractus" als passendes Begriffsverständnis zur Aussetzung der Erfüllung eigener Vertragspflichten nach traditionellem Sinn soll nunmehr in der OHADA als Einrede der „inexécution par anticipation" als eine Art vorweggenommene Nichterfüllung bzw Vertragsbruch[1241] angesehen werden. Es Kommt infrage, wenn sich herausgestellt ist, dass der Verkäufer gemäß Art 282 AU.DCG wegen eines Mangels ihrer Fähigkeit in der Herstellung bzw Erzeugung oder wegen der mangelnden Anpassung der Produktionsmittel und der Käufer nach Art 285 AU.DCG wegen eines Mangels der Kreditwürdigkeit oder wegen Zahlungsunfähigkeit den Vertrag nicht erfüllen kann. Dabei werden wie im UN-Kaufrecht nicht nur gewichtige Veränderungen in der Kreditwürdigkeit und schwerwiegende Mängel der Erfüllung der verpflichteten Partei miteinbezogen, sondern auch deren Erfüllungsverhalten einbezogen, die aus finanziellen, technischen, wirtschaftlichen, rechtlichen und sonstigen Gründen die ordnungsgemäße Leistungserbringung gefährden könnten[1242].

Dazu kommen allgemeine Hindernisse wie etwa Zahlungsverbote, Embargos oder Tatbestände der höheren Gewalt. Bei einem Hindernis ergeht die Annahme der unzureichenden Vertragserfüllung unbeachtlich der Schuld des Schuldners. Typische Umstände wie Kriege, Katastrophen, Naturereignisse, Terrorakte oder hoheitliche Akte, Maßnahmen zur Aussetzung der Tätigkeit des Betriebes infolge Streik, Unfall[1243] und Aussperrungen sowie sonstige Beschaffung, Fertigungs- oder Distributionsstörungen

[1238] *Posch,* 205.
[1239] Cour d´Appel Angers*,* 14 avril 1934, 1935, II, 997, note *Hebraud; Voy Santos/Toé,* 410.
[1240] *Audit, 154*, Exécution du contrat de maniére non satisfaisante; *Santos/Toé,* 410.
[1241] *Posch,* 207; *Santos/Toé,* 410.
[1242] *Posch,* 205.
[1243] *Audit, 154*.

oder Erzeugungsstörungen (mangelnde Rohstoffe zur Erzeugung oder Nichtbeherrschung der nötigen Technologie[1244] können die Annahme nicht ordnungsgemäßer Erfüllung rechtfertigen. Die Voraussetzung für das Zurückhalterecht liegt weiter vor, wenn ZB die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Schuldners beantragt wird. Ob das Insolvenzrecht oder das OHADA- und UN-Kaufrecht zur Anwendung kommt, ist fraglich[1245]. Gleiches gilt, wenn der Schuldner ohne nachvollziehbaren Grund fällige Forderungen nicht begleicht oder wiederholt nicht begleicht[1246]. Unerheblich ist, ob die Fälligkeit gegenüber dem Gläubiger oder sonstigen Dritten besteht. Eine lediglich schleppende Zahlungsweise (sowie einzelne verspätete Zahlungen genügen aber noch nicht, um einen schweren Mangel der Kreditwürdigkeit anzuzeigen[1247], *die Argumentation wurde kritisiert*) oder unzureichende Aktivitäten des Schuldners bei sonstiger Vorbereitung und Erfüllung des zu beurteilenden Vertrages oder auch andere Verträge sowie gehäufte Reklamation oder Serienfehler betreffend andere Lieferungen können die Prognose unzureichender Vertragserfüllung rechtfertigen. Allerdings kommt die nicht ernsthafte Verletzung nicht als wesentlicher Teil der Pflichten des Schuldners in Frage, wenn derartige bereits beschriebene Situationen bloß existieren[1248]. Die beiden Gesetzgeber bringen dadurch die gute Sitte und die Loyalität im Schuldverhältnis zum Ausdruck[1249].

Eine weitere Voraussetzung, die die Annahme der Nichterfüllung eines wesentlichen Teils der Pflichten begründen kann, kann erst nach Vertragsabschluss (dh die wirksame Annahme des Vertragsangebots, die das Zustandekommen des Vertrages und den Ort als auch den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bewirkt) bzw nach Absendung der Ware in Betracht kommen[1250].Bei Kenntnisnahme der Leistungsstörung bei Vertragsabschluss liegt kein Aussetzungsrecht zugrunde, da die Umstände der Prognose eine unzureichende Vertragserfüllung nicht mehr begründet werden können. War die Leistungsstörung tatsächlich vorhanden, aber praktisch bei objektiver Beurteilung aus der Sicht des vernünftigen Gläubigers nicht erkennbar gewesen, kann vom Zurückhalterecht nicht Gebrauch gemacht werden. Das Zurückhalterecht kommt

---

[1244] *Santos/Toé,* 409.
[1245] *Audit, 154*.
[1246] *Audit* 154.
[1247] *OGH SZ 71/21 – CISG-online Nr 349.*
[1248] *Posch,* 206 f.
[1249] *Santos/Toé,* 409.
[1250] *Audit, 155*.

bei dieser Konstellation in Betracht, wenn die nicht ordnungsgemäße Erfüllung eines wesentlichen Teils der Pflichten bereits zur Zeit des Vertragsabschlusses bzw der Versendung existiert und sich für den Gläubiger noch danach zusätzlich herausstellt, dass eine weitere erhebliche Wahrscheinlichkeit für die Annahme nicht ordnungsgemäßer Erfüllung nachgewiesen werden kann. Beispielsweise können die Parteien auf nach Vertragsabschluss aufkommende Umstände (mangels Finanzierung für die Beschaffung der Ware, Fertigungsstörungen der Ware) mit einer Vertragsänderung reagieren[1251].

Oder ungeachtet des Mangels im Hinblick auf die Vorbereitung und im Hinblick auf die Erfüllung oder auf Serienfehler kann sich der Gläubiger nach beginnender Lieferung aus Anlass soeben genannter Situationen von dem ursprünglichen Vertragsprogramm lösen und Rechtsbehelfe geltend machen, die nicht mehr auf die Erfüllung des Vertrages gerichtet sind, nämlich nicht mehr auf die Pflichtverletzung, die erst bevorsteht oder aufgrund Fälligkeit ausgeblieben oder aufgrund unzureichender Leistungserbringung bereits eingetreten ist.

In der Judikatur finden sich Entscheidungen, in denen die Zug-um-Zug-Einrede bzw die Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrages bejaht wird[1252]. Die Verschlechterungseinrede ist von praktischer Bedeutung, wenn der Gläubiger vorleistungspflichtig ist. Risiko zur Annahme einer Vertragsverletzung aufgrund Ausübung des Zurückhalterechts ist nicht auszuschließen[1253].

Die Aussetzung der Erfüllung eigener Vertragspflichten bei drohender Vertragsverletzung (vorweggenommene Vertragsverletzung) ist bei der Umsetzung verfahrensgemäß im OHADA- und UN-Kaufrecht unterschiedlich.

1.1.2 Umsetzung des Zurückhalterechts

Während in der OHADA die richterliche Gestaltung zwingend ist(Art 282 letzter HS AU.DCG und 285 letzter HS AU.DCG(selten kommt die richterliche Gestaltung bei bedingter Aussetzung vor)[1254], setzt die Ausübung des Zurückhalterechts oder Anhalterechts im UN-Kaufrecht hingegen lediglich die Anzeige (Art 71 CISG) der

[1251] *Posch,* 206.
[1252] OGH 2 Ob 54779/310.11.1994; OHG 10 Ob 122/05x/12.9. 2006; Vgl *Haberl*, 42.
[1253] *Honsell, 962.*
[1254] *Gomez*, 140.

anderen Vertragspartei voraus. Dabei fallen die Behelfe weg, wenn die andere Partei Sicherheit für die Erfüllung leistet (Art 71 Abs 3 CISG)[1255].

Bei vorweggenommener Vertragsverletzung ist eine Partei in der OHADA zur Aussetzung der Erfüllung eigener Vertragspflichten berechtigt, wenn diese ihre Absicht beim zuständigen Richter wahrnehmbar macht. Wenn ein Richter bezüglich des Zurückhalterechts gerufen werden soll, geht man davon aus, dass der Richter bei diesen Angelegenheiten souverän entscheidet, ob die dem Gläubiger obliegenden Pflichten zeitweilig auszusetzen gerechtfertigt sind oder nicht. Daher steht ihm frei, das Zurückhalterecht zu bejahen oder zu verneinen. Je nach Lage des Falles kann er für die Schwierigkeiten betreffend die Waren, die bereits am Weg zur Lieferung sind, einen entsprechenden Beschluss fassen. Ob er auch in dieser causa eine geeignete Lösung (zwischen den Lösungsvorschlägen des OHADA-Gesetzgebers Artt 282 und 285 AU.DCG) für den Gläubiger durchsetzen wird, ist in der Literatur fraglich[1256]. Übrigens genügt im UN-Kaufrecht hingegen die Ausübung des Zurückhalterechts einseitig durch sofortige Anzeigen der anderen Vertragspartei (Art 71 Abs 3 iVm 27 CISG)[1257]. Die Anzeigepflicht steht im Dienste des das ganze CISG beherrschenden Grundsatzes der Aufrechterhaltung des Vertrages. Die Anzeige muss auch in der OHADA aus Gründen der Kooperations- und Rücksichtspflichten zwischen den Parteien notwendig sein[1258], damit die Nichtvertragstreue Partei die Möglichkeit die Störung abzuwenden hat. Das Unterlassen der Anzeigen kann Schadensersatzansprüche nach beiden Regelwerken begründen, aber ohne Folge auf Recht zum Zurückhalten der Vertragstreue Partei[1259]. Wahrscheinlich und sinnvoll sollte die Anzeige schon vor Antragstellung beim zuständigen Gericht erfolgen[1260].

Wie bereits oben angeführt, wenn eine der Parteien bei drohender Vertragsverletzung nach den Umständen geeignete Mittel (Telefax, Brief und Luftpost, E- Mail-Adresse und ordnungsgemäß(Rechtzeitig)[1261] seinen Wunsch zur Aussetzung der Erfüllung

[1255] *Honsell, 961.*
[1256] *Santos/Toé,* 410.
[1257] *Honsell, 971.*
[1258] Vgl *Hagge*, 116
[1259] *Hagge*, 116; der Schluss wigt im UN-Kaufrecht über, *Bianca/Bonell/Bennett*, Art 71, Anm 2.5; *Enderlein/Maskow/Sctrohbach*, Art 71 , Anm 47; *Herber/Czerwenka*, Art 71, Rn 12*; Neumayer/Ming*, Art 71, Anm 10; *Piltz,* § 4, Rn 262; *Schlechtriem* in lausanner Kolloquim, 156*; Staudinger/Magnus*, Art 71; insgesamt *Hagge*, Anm, 509, 116.
[1260] Vgl *Hagge*, 116.
[1261] *Posch,* 202.

eigener Vertragspflichten) versendet oder bekannt macht. Das Reiserisiko der Anzeige trifft folglich Erklärungsadressaten. Im Streitfall wird lediglich die zeitgerechte Absendung mit einem geeigneten Kommunikationsmittel bewiesen, aber nicht jedoch der Zugang der Anzeigen. Der Zeitpunkt der Absendung ist nicht entscheidend für die Wirksamkeit der Anzeige, sondern der Moment, zu dem unter regelmäßigen Umständen der Zugang hätte erfolgen müssen. Daher steht im UN-Kaufrecht das Absendeprinzip grundsätzlich im Vordergrund (Art 27 UN- Kaufrecht). Da Art 27 allerdings nicht zwingend ist und vertraglich abgewichen werden kann, muss man hier eine Differenzierung zwischen der Absendetheorie bei der Anzeige und Zugangstheorie bei Zustandekommen des Vertrages machen[1262]. Für einen bestimmten Sachverhalt kann das schlüssige Verhalten als Anzeige ausreichen - faktisches Zurückbehalterecht (das Aussetzungsrecht ist formfrei), wenn daraus für die andere Seite unschwer die Absicht des Gläubigen erkennbar wird[1263]. Die Anzeigen bzgl Ursachen der Leistungsstörung und die Auswirkungen auf die Vertragsdurchführung soll nicht mit Anzeigen infolge des Zurückhalterechts verwechselt werden[1264]. Die Nachricht über den Hinderungsgrund der Leistungsstörungen soll dem Gläubiger innerhalb angemessener Frist zugegangen sein und weicht damit von den Anzeigen bei Zurückhalterecht ab. Die Anzeige erfolgt lediglich mit Absendung der Mitteilung durch geeignete Mittel. Zu erwähnen ist, dass das Aussetzungsrecht an keine Frist gebunden ist, solange dieses besteht[1265]. Auch eine Begründungspflicht ist nicht erforderlich, aber empfehlenswert[1266], denn im Streitfall kann der Schuldner vom Gläubiger Ersatz für den Schaden verlangen, der auf die unterlassene Anzeige zurückzuführen ist[1267].

1.1.3 Folgen des Zurückhalterechts

In ihrer Rechtsnatur ist das Zurückhalterecht (Art 71 Abs 1 UN-Kaufrecht) eine provisorischen Maßnahme und ermöglicht dem Gläubiger bei Prognose einer zukünftigen Pflichtverletzung des Schuldners seine Vertragspflichten zeitweilig auszusetzen, ohne dadurch eine Vertragsverletzung zu begehen[1268]. In der OHADA ist

[1262] *Posch,* 203.
[1263] *Posch,* 209.
[1264] *Haberl*, 21.
[1265] *Honsell, 971.*
[1266] *Audit,* 156.
[1267] *Honsell, 972.*
[1268] *Honsell, 972.*

die eigenmächtige zeitweilige Aussetzung ausgeschlossen. Lediglich kann eine richterliche Gestaltung der Aussetzung des Gläubigers erlaubt werden (Artt 282 und 285 AU.DCG). Der Gläubiger entweder in der OHADA oder im UN-Kaufrecht kann darüber hinaus vorbehaltlich Gültigkeitsklauseln[1269] andere Rechtsbehelfe (Vertragsaufhebung oder Schadenersatzanspruch) ausüben. Der Anspruch des Gläubigers auf Zurückhaltung eigener Leistung soll entfallen, sobald der Schuldner „den wesentlichen Teil der ihm obliegenden Pflichten erfüllt [hat] oder die Annahme einer nicht ordnungsgemäßen Erfüllung eines wesentlichen Teils der Pflichten [des Schuldners] nicht mehr berechtigt ist oder [der Schuldner] ausreichende Gewähr geleistet hat".

Es ist in der OHADA nicht anders vorgesehen. Auch im OHADA-Recht kann der Schwebezustand aufgrund des Zurückhalterechts wie im UN-Kaufrecht beendet werden, wenn der Anspruch des Gläubigers auf Erfüllung infolge ZB Vertragsaufhebung und sonstige Maßnahme nicht mehr in Betracht kommt[1270].

Abgesehen davon soll das Zurückhalterecht in beiden Regelwerken nicht mehr wahrgenommen werden, wenn die bislang existierenden Störfaktoren nunmehr behoben werden, etwa ein Streik wurde beendet, eine andere Bezugsquelle wurde erschlossen, eine neue Bezugsquelle von Rohstoffen wurde gefunden oder eine Ausfuhrlizenz wurde (wieder) erlangt. Der Schuldner kann die Besorgnisse des Gläubigers widerlegen[1271]ausreichende Sicherheit)[1272]. Die ausreichende Gewähr für die Erfüllung der Pflichten wird gegeben. Die Gewähr kann durch ausstehende Leistungen oder angemessene Kompensation erfolgen und deren Art und Umfang hinreichend sein. Die Gewähr ist häufig ausreichend, wenn unabhängig von der Leistungsfähigkeit und dem Leistungswillen des Schuldners weitere Sicherheiten wie etwa dingliche sowie von Dritten gestellte persönliche Sicherheiten (Bankgarantie[1273] von seriöser Bank, Bürgschaften, Pfandrechte, fiduziarische Sicherheiten) angeboten werden[1274]. Andere Absicherung wie etwa Gewährleistung von Schadensansprüchen muss nicht unbedingt erforderlich sein, ist aber ab und zu notwendig, um neuerliche

[1269] *Piltz, 237.*
[1270] *Posch,* 208.
[1271] *Honsell, 972.*
[1272] *Posch,* 210.
[1273] *Audit, 156.*
[1274] *Honsell, 973.*

Befürchtung der Annahme einer nicht ordnungsgemäßen Erfüllung wesentlicher Pflichten ein Zurückhalterecht streitfrei in Anspruch zu nehmen. Sowie Patronatserklärung und bloße Zusagen[1275]. Bei Insolvenz ist die gewährte Absicherung nicht risikofrei. Die Fortsetzung der Erfüllung des Gläubigers hat infolge der späteren tatsächlich eintretenden Insolvenz des Schuldners die Forderungen nicht zu realisieren. Außerdem ist der Rückforderungsanspruch darüber hinaus bei Insolvenzverfahren auszusetzen[1276].

Im Hinblick auf das Zurückhalterecht muss keine Pflichtverletzung des Gläubigers dargestellt werden. Wie bereits angeführt können bei der Ausübung des Zurückhalterechts dem Gläubiger darüber hinaus weitere Rechtsbehelfe (Aufhebung des Vertrags, Schadenersatzanspruch) nicht verschlossen werden. Daher entstehen sämtliche Rechtsbehelfe allein aufgrund des objektiven Vorliegens einer Vertragsverletzung, ohne dass es auf ein Verschulden der nicht ordnungsgemäß leistenden Partei oder deren Vertreter ankommt[1277]. Allerdings entstehen keine Rechtsbehelfe, wenn die Versäumung (oder die Missachtung) von zur Wahrung der eigenen Interessen vorgesehene Obliegenheiten Rechtsnachteile zur Folge haben. Aufgrund von Absprachen, beachtlichen Gebräuchen sowie Gepflogenheiten könnten die Rechtsbehelfe weiter nicht infrage kommen, wenn der von dem UN-Kaufrecht oder OHADA erwartete Handlungserfolg (nämlich kaufvertragliche Verpflichtungen) ausgeblieben ist[1278].

Das Zurückbehalterecht infolge zukünftiger Pflichtverletzung kann gerichtlich oder schiedsgerichtlich ausgeschlossen werden (ZB das Gericht oder Schiedsgericht hat eine zusätzliche Frist zur Erfüllung der Pflichten eingeräumt Art 45 Abs 3; Art 61 Abs 3 CISG). Wie bereits oben erwähnt kommen das Zurückhalterecht und weitere Rechtsbehelfe nicht in Frage, wenn der Verkäufer und der Käufer keinen wirksamen Kaufvertrag abgeschlossen haben oder wenn der Pflichtverletzte freigestellt wird[1279] (ZB der Schuldner aufgrund nicht beherrsch- und nicht zurechenbarer Umstände nicht erfüllen kann und nur für Schadenersatz freigestellt wird).

[1275] *Honsell, 973.*
[1276] *Posch,* 210.
[1277] *Piltz, 4*, 238.
[1278] *Piltz, 237.*
[1279] Dazu *Posch,* 211.

Eine Nacherfüllung des Verkäufers infolge eines Mangels in der Erfüllung der Pflichten steht ihm zu, sobald er den Mangel auch nach dem Liefertermin ohne unzumutbare Verzögerung auf eigene Kosten beheben kann und dadurch dem Käufer weder unzumutbare Unannehmlichkeiten noch Ungewissheit über die Erstattung seiner Auslagen verursacht wird. Gleiches gilt bei vorzeitiger Lieferung der Ware. Der Verkäufer ist bis zu dem für die Lieferung festgesetzten Zeitpunkt berechtigt, fehlende Teile nachzuliefern, eine fehlende Menge auszugleichen, für nicht vertragsgemäße Ware Ersatz zu liefern oder Vertragswidrigkeiten der gelieferten Ware zu beheben. Die Ausübung dieses Rechts soll dem Käufer nicht unzumutbare Unannehmlichkeiten oder unverhältnismäßige Kosten verursachen.

Ebenso soll der Verkäufer die bereits vorher übergangenen Dokumente bis zu dem für die Übergabe vorgesehenen Zeitpunkt jede Vertragswidrigkeit der Dokumente ohne unzumutbare Unannehmlichkeit oder unverhältnismäßige verursachten Kosten dem Käufer beheben - nach Maßgabe der Art 48 Abs 1, Art 37 Satz 2 oder Art 34 CISG.

Wenn der Käufer diese Möglichkeit verhindert, werden die Rechtsbehelfe infolge nicht ordnungsgemäßer Leistungserbringung verschlossen.

Stellt sich heraus, dass der Käufer bei Gefahrübergang zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet ist, obwohl die Ware untergegangen oder beschädigt ist, steht dem Käufer kein Rechtsbehelf zu. Da das Zurückhalterecht ein Ausdruck der Befugnis der Leistung des Gläubigers ist, aufgrund der oben gegebenen Umstände einseitig modifizieren zu können, gilt dieses für die eigentlichen Erfüllungshandlungen und bezieht darüber hinaus auch die Aussetzung von Vorbereitungsakten ein. Für eine Verzögerung oder Unmöglichkeit der weiteren Vertragsdurchführung infolge einer berechtigten Zurückhaltung ist der Gläubiger grundsätzlich nicht verantwortlich[1280].

Da auch eine Frist für die Ausübung des Zurückhalterechts nicht besteht[1281], kann der Gläubiger zu einem späteren Zeitpunkt die Aussetzung oder die Wiedersetzung seiner Erfüllungshandlungen in Anspruch nehmen. Es sei denn, dass aufgrund der Schadensermittlung ZB eine Schadensminderung andere Verhaltensweisen vorliegen und es Anlass gibt, die weitere Entwicklung nicht abzuwarten und die Befürchtung des konkludenten Ausschluss des Zurückhalterechts im Raum steht. Wenn der

[1280] Dazu *Posch,* 208.
[1281] *Honsell, 971.*

Schwebezustand infolge der oben angeführten Situationen beendet wird, ist der Gläubiger verpflichtet, nun die ihm obliegenden Leistungen wieder aufzunehmen, auch die Anpassung des ursprünglichen Vertragsprogrammes nicht ganz auszuschließen und darüber hinaus weitere Rechtsbehelfe (ZB Aufhebung des Vertrages) zu ergreifen. Einem späteren Auftritt neuer Umstände bei der Abwicklung kann damit ein weiteres Zurückhalterecht erwachsen[1282]. Diesbezüglich ist die Einschätzung der Lage dem zuständigen Richter nach OHADA- Recht vorbehalten.

1.3 Vorzeitig offensichtliche Vertragsaufhebung

Die Möglichkeit zur vorzeitigen Aufhebung des Kaufvertrages ist lediglich im UN-Kaufrecht nunmehr verankert. Nach altem Art 246 AU.DCG des achten Buches war die vorzeitige Aufhebung des Kaufvertrages auch vorgesehen. Die Voraussetzungen zur Aufhebung des Vertrages bei vorzeitiger und offensichtlicher Pflichtverletzung waren zum Teil inhaltlich ähnlich, aber hingegen das Verfahren zur Erlangung der neuerlichen Dispositionsfreiheit des Verkäufers oder des Käufers vor dem maßgeblichen Fälligkeitstermin unterschiedlich gestaltet. Während in der OHADA (alter Art 246 AU.DCG) der gerichtliche Weg erforderlich ist, wird die Umsetzung der Vertragsaufhebung durch eine dahingehende einseitige Erklärung einer Vertragspartei vorausgesetzt (Art 72 Abs 1 UN-Kaufrecht).

Traditionell war die vorzeitige offensichtliche Vertragsaufhebung in OHADA-Mitgliedstaaten nicht bekannt[1283]. Aufgrund der Folge des auf den Inseln Mauritius (Port Luis) geschlossenen Vertrags (Übereinkommens) wurde somit der innovative Begriff vom „anticipatory breach“ aus den Common Laws in der OHADA statuiert. Möglicherweise findet das Motto zurück zur Tradition Widerhall und damit die Einzige Begründung des Fehlens im neuen AU.DCG eine mit Art 72 CISG vergleichsweise Vorschrift. Folglich wird das französische Rechtssystem zulasten eine Symbiose Konzeption des Rechts bezüglich der Würdigkeit der Integration. Aus der OHADA leitet dieser Gedanke ab.

1.3.1 Voraussetzungen der vorzeitigen Vertragsaufhebung

Es wird für die vorzeitige offensichtliche Vertragsaufhebung sowohl in der OHADA insbesondere nach altem AU.DCG (Art 246 iVm Art 248 AU.DCG) als auch im UN-

[1282] Dazu *Posch,* 208.
[1283] *Fénéon/Gomez*, Art 246, Anm 3; *Santos/Toé*, Anm.665; *Hagge*, 117.

Kaufrecht (Art 72 Abs 1 ivm Art 25 UN-Kaufrecht) vorausgesetzt, dass eine Partei mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit eine wesentliche Vertragsverletzung begehen würde, wobei ein Verschulden des Schuldners nicht erforderlich ist[1284]. Dabei braucht die andere Partei nicht auf Erfüllung zu bestehen und den für die Vertragserfüllung angesetzten Zeitpunkt abzuwarten[1285]. Die wesentliche Pflichtverletzung soll sich bereits offensichtlich abzeichnen und es muss eine so schwerwiegende Vertragsstörung drohen, die die Aufhebung des Vertrages rechtfertigen. Dabei sollen der maßgebliche Fälligkeitstermin zur Erfüllung und die Durchsetzung einer vorherigen Erledigung keine Rolle mehr spielen[1286]. Als Folge der drohenden Pflichtverletzung würden die berechtigten Vertragserwartungen der anderen Partei in oben beschriebenem Maß beeinträchtigt werden und somit das Interesse an der Durchführung des Vertrages praktisch entfallen würde[1287]. Wenn offensichtlich ist, dass die Nichterfüllung von Käuferpflichten (ZB Missachtung der Zahlungs- oder Abnahmeverpflichtung sowie anderer aus dem Kaufvertrag resultierender Pflichten) und demzufolge wesentliche Vertragsverletzungen begangen würden. Die vorzeitige offensichtliche Vertragsaufhebung umfasst nicht nur das vollständige Ausbleiben der Leistung sondern auch alle vorstellbaren Gestaltungen der Pflichten nach deren gebotenen Art und Weise. Entsprechend gilt auch für den Verkäufer, wenn bereits der Umstand der nicht ordnungsgemäßen Lieferung (die Annahme einer Nichtlieferung oder einer Lieferung von nicht vertragsgemäßer oder von rechtsmangelhafter Ware) offensichtlich wäre und dadurch ein Recht des Käufers zur Vertragsaufhebung aufgrund einer wesentlichen Verletzung rechtfertigen würde (Art 25 UN-Kaufrecht).

Eine offensichtliche Begehung einer wesentlichen Vertragsverletzung hängt im konkreten Fall von sorgfältiger Verprobung des Einzelfalls und von der Berücksichtigung ausreichender Gewähr zur Absicherung des Gläubigers ab, der die Vertragsaufhebung angedroht hätte[1288].

Die Annahme einer wesentlichen Vertragsverletzung kann bereits bei Vertragsabschluss bekannt oder jedenfalls absehbar sein und demzufolge zur

---

[1284] *Honsell, 978*
[1285] Dazu *Hagge*, 117; *Fénéon/Gomez*, Art 246, Anm. 1; S*antos* in Komentar, Anm. zu altem Art 246 AU.DCG; *Santos /Toé,* Anm. 665.
[1286] *Piltz,* 321, 375.
[1287] *Honsell, 978* .
[1288] *Piltz* 321.

Risikoverteilung führen[1289] Da der Interessefortfall des Vertrags für den Gläubiger voraussehbar sein muss und damit sein Interesse an dem Vertrag aufgrund wesentlicher Vertragsverletzung berechtigt entfallen könnte, hängt die Annahme einer wesentlichen Vertragsverletzung im konkreten Fall von sorgfältiger Reflexion über den Einzelfall ab; wobei die Frage gestellt wird, ob die drohende schwerwiegende Vertragsstörung bei ihrem Eintritt zur Vertragsaufhebung nach Art 49 UN-Kaufrecht oder altem Art 246 AU.DCG führen würde[1290].

Diese Anforderungen begründen, dass die vorzeitige offensichtliche Vertragsaufhebung höheren Stellenwert der Pflichtverletzung als das Zurückhalterecht voraussetzt.

Vorbehaltlich abgesprochener besonderer Bewertungskriterien oder zu beachtender Begleitumstände nach objektiver Beurteilung und unter Berücksichtigung der im Vertrag verfolgten Zwecke erfolgt die Annahme einer gewichtigen Verfehlung des Schuldners, die zu einer potentiellen Nichterfüllung des Vertrages führen könnte. Wenn die sich aus dem Vertrag ergebenden Interessen des Gläubigers privilegiert werden, soll demnach die arglistige Pflichtverletzung nicht in erster Linie als wesentliche Pflichtverletzung angesehen werden Gleiches gilt für die nicht rechtzeitige (ZB infolge hoheitlicher Maßnahmen) und/oder nicht vollständige Zahlung des Kaufpreises. Ebenso soll nicht in erster Linie die Annahme einer wesentlichen Pflichtverletzung für die nicht rechtzeitige und/oder sonst nicht vertragsgerechte Eröffnung des Akkreditivs sowie die bloß verzögerte Zahlung des Kaufpreises oder Abnahme der Ware sowie erhebliche Versäumnisse begründet werden[1291]. Jedoch stellt die Annahme eine wesentliche Vertragsverletzung dar, wenn eindeutig und ernsthaft zu erkennen ist, dass der Kaufpreis bei Fälligkeit nicht gezahlt oder die Ware nicht abgenommen würde oder die Nachholung der Zahlung bzw Abnahme nicht absehbar wäre (ZB der Käufer hat den vereinbarten Akkreditiv endgültig und ernsthaft verweigert oder hat schlicht dessen Existenz bestritten; der Käufer hat die Bezahlung oder die Gestaltung des Akkreditivs an zusätzliche Bedingungen - nachträgliche Einräumung eines Preisnachlasses, Erledigung von Ansprüchen aus anderen Vorgängen - geknüpft sowie von Umständen abhängig gemacht, die in dem konkreten Kaufvertrag keine

[1289] *Piltz,* 321.
[1290] *Piltz,* 312.
[1291] Idem, 240, 374 , 380f.

Grundlage finden, die Berechtigung über das eröffnete Akkreditiv wird durch die Akkreditivabrede entbehrt, die Nichtabnahme der Ware in besonders gelagerten Situationen kann nicht gerechtfertigt werden - die Einhaltung des Termins fällt mit dem Nichtstellen einer vereinbarten Sicherheit)[1292]. In der Rechtsprechung wurde die Annahme einer wesentlichen Vertragsverletzung bejaht, nämlich das Nichtstellen von Sicherheiten nach Verlangen des Verkäufers, weil der Käufer einen früheren Vertrag seit Monaten nicht bezahlt hat[1293]. „Dagegen fehlt es an einer drohenden (wesentlichen) Vertragsverletzung, wenn die Wahl des Transportmittels im Ermessen des Verkäufers liegt und dieser den Transport statt wie vom Käufer verlangt nicht per Lastwagen sondern mit der Bahn durchführen will“[1294]. ZB nehmen die Vernichtung der Niederlassung des Verkäufers infolge eines Brands oder die Insolvenz des Gläubigers (wobei fraglich ist, ob Insolvenz- oder Kaufrechte zur Anwendung kommen[1295]) sowie Embargo, Exportverbot[1296], oder Krieg einen anderen Stellenwert ein und können die vorzeitige Aufhebung legitimieren. Auch die Erklärung des Verkäufers, wonach er nicht im Stande sei, den vereinbarten Liefertermin beim Fixgeschäft einzuhalten[1297] kann die Vertragsaufhebung legitimieren. Da „die künftige Vertragsverletzung für einen vernünftigen Gläubiger unter gleichen Umständen eine sehr hohe sein muss, auch wenn dies nicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist“[1298], wird den Parteien die vorzeitige offensichtliche Aufhebung des Vertrages unter Vornahme einer Abwägung der Interessen empfohlen. Demnach soll der Verkäufer bereits bei Lieferung der Ware darauf bedacht sein, ob die Aufhebung des Vertrages tatsächlich seinen Interessen entspricht. Bei Nichtabnahme der Ware bestehen die Möglichkeit und gegebenenfalls die Pflicht zum Selbsthilfeverkauf (Art 84). Das Risiko einer späteren gerichtlichen ablehnenden Entscheidung einer wesentlichen Vertragsverletzung soll bei Aufhebung eingeschätzt werden. Folglich soll grundsätzlich das Setzen einer hinreichend bemessenen Nachfrist sinnvoll sein[1299]. Darüber hinaus liegt nach der Judikatur die Erfüllungsverweigerung vor, wenn die verweigernde Partei ihre „Vertragspflicht ernstlich und ausdrücklich oder unzweideutig“ verneint oder

[1292] *Piltz,* 380.
[1293] OLG Düsseldorf 14.01.1994, CISG-online Nr 119; Vgl *Honsell, 979.*
[1294] *Honsell, 979.*
[1295] *Audit,* 158
[1296] *Santos/Toé,* 411.
[1297] vgl ICC-Schiedsspruch Nr 8786 1997, ICC Bull. 2000, 70, CISG-online Nr 749; Vgl *Honsell, 979.*
[1298] LGF Berlin 30. 09.1992, CISG-online Nr 70.
[1299] *Piltz,* 382.

leugnet[1300]. Für das Aussetzungsrecht bedeutet diese hohe Wahrscheinlichkeit einen geringeren Grad der Vertragsverletzung, die erst nach Fälligkeit eintritt. Diese Wahrscheinlichkeit der Vertragsverletzung wird für die vorzeitige Aufhebung nicht erfasst.

Anzumerken ist, dass eine besonders schwerwiegende Pflichtverletzung, die das UN-Kaufrecht als "wesentliche Vertragsverletzung" bezeichnet (Art 25 UN-Kaufrecht), in der OHADA „manquement essentiel“ (alter Art 248 AU.DCG) genannt wird. Hier fällt zunächst auf, dass der darin verwendete Begriff - "manquement essentiel" - vom Wortlaut des UN-Kaufrechts abweicht. Im Übrigen, wie *Schroeter* feststellt „übernimmt [die OHADA] die Vorschrift der Legaldefinition aus Art 25 HS 1 CISG jedoch wörtlich; die entscheidende Abweichung findet sich dann in dem begrenzenden Element im 2. HS der Vorschrift. Während nach CISG eine wesentliche Vertragsverletzung ausscheidet, wenn die eingetretenen Folgen für die vertragsbrüchige Partei nicht vorhersehbar waren, liegt ein manquement essentiel nach altem Art 248 AU.DCG dann nicht vor, wenn der Vertragsbruch auf Einwirkung eines Dritten oder höherer Gewalt *(force majeure)* beruht“. Er kritisiert die Vorgehensweise des OHADA-Verfassers wie folgt: „Da ein Tun oder Unterlassen eines Dritten häufig (mit-)ursächlich für eine Nichterfüllung von Pflichten ist, wird somit die Wesentlichkeit einer Vertragsverletzung schon deshalb regelmäßig zu verneinen sein. Force majeure-Fälle finden zudem nach dem UN-Kaufrecht lediglich im Rahmen des Art 79 CISG und auch nur dann Beachtung, wenn die vertragsbrüchige Partei nach den getroffenen Absprachen keine garantieähnliche, unbedingte Einstandspflicht trifft; eine solche vertragliche Risikoverteilung wird aber häufig zu bejahen sein“[1301].

1.3.2 Ausübung des vorzeitigen Aufhebungsrechts

In der Umsetzung der vorzeitigen Aufhebung wurden wie beim Zurückhalterecht verfahrensgemäß unterschiedliche Wege eingeschlagen. Während im UN-Kaufrecht besonders gegen automatische Vertragsaufhebung wie im Haager EKG) eine dahingehende Erklärung des Käufers[1302](soweit zeitlich möglich, nach vernünftigen Umständen und sofern nach Abs 3 kein Fall der Erfüllungsverweigerung des

[1300] OLG Düsseldorf 22.07.2004 CISG-online Nr 916; Vgl *Honsell,* 979.
[1301] *Schroeter*, cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/schroeter.html (31.1.2012)
[1302] *Piltz,* 338.

Schuldners vorliegt)[1303] an den Verkäufer oder umgekehrt vorausgesetzt wird, bedurfte es zur Umsetzung der vorzeitigen Aufhebung des Vertrages in der OHADA nach dem Fünften Buch zwingend den gerichtlichen Weg, wobei eine Prognose über die Wesentlichkeit der zukünftigen Vertragsverletzung durch einen Richter autonom festgesetzt wurde[1304]. Da das Achte Buch die vorzeige Aufhebung nunmehr nicht vorsieht, ist die folgende Auseinandersetzungen bedeutend nur für das CISG. Der Hinweis auf das Fünfte Buch hat in dieser Hinsicht historische Wirkung.

Ob die Aufhebung oder Nicht-Aufhebung in Bezug auf künftige Teillieferungen oder die nicht ordnungsgemäße Bezahlung sowie Abnahme einer Einzellieferung einerseits beschränkt wird oder andererseits (lediglich hinsichtlich des Käufers)[1305] aufgrund eines Zweckzusammenhanges auf bereits erhaltene und/oder künftige Lieferungen erstreckt wird, hängt von dem Ergebnis infolge der souveränen Beurteilung des Richters ab[1306]. Vorbehaltlich Vereinbarungen der Parteien ist im UN–Kaufrecht anders als im Fünften Buch (das Achte Buch kennt beide Aspekte) eine eigenverantwortliche Aufhebung - die gerichtete Erklärung des Käufers oder des Verkäufers statt einer automatischen Vertragsaufhebung wie im Haager EKG vorgesehen (Art 72 Abs 1 UN-Kaufrecht)[1307]. Eine dahingehende Willensäußerung der Parteien ist an keine Form gebunden. Die Anzeigepflicht soll dem Schuldner ermöglichen, die Aufhebung durch die Stellung von Sicherheiten abzuwenden (durch ausreichende Sicherheitsstellung entfällt das Aufhebungsrecht)[1308]. In der OHADA insbesondere nach AU.DCG des Fünften Buches sollte auch die beabsichtige Aufhebung des Vertrags der anderen Partei angezeigt werden. Durch diese Möglichkeit konnte diese Partei, die Vertragspflicht noch rechtzeitig erfüllen[1309]. Das Unterlassen der Anzeige löste wie im CISG Schadensersatzansprüche aus[1310]. Inhaltlich musste wie im UN-Kaufrecht die Anzeige den Grund der drohenden wesentlichen Vertragsverletzung nennen. Die

---

[1303] *Honsell,* 981.
[1304] *Hagge*, 117; Vgl *Fénéon/Gomez*, Art 246, Anm. 3.
[1305] *Piltz,* 383.
[1306] *Santos/Toé,* 412.
[1307] *Piltz,* 338; *Hagge*, 117, in der OHADA scheidet eine eigenverantwortliche Aufhebung durch die vertragstreue Patei aus. damit wurde in diesem Punkt dem französischen Code civil gefolgt, der für Vertragsauflösung gemäß 1184 ebenfalls eine gerichtliche Gestaltungserklärung fordert; *Audit*; Anm. 135 Fn. 1 ; *Ghestin*, R.D.A.I. 1988, 1(21); *Niggemann* in *Hoyer/Posch*, 103. Zu Art. 1184 Code civil, Anm. *Henry/Tisserand/Vernandet*.
[1308] *Honsell,* 983.
[1309] *Hagge*, 117; *Fénéon/Gomez*, Art 246, Anm. 2.
[1310] *Hagge*, 117.

Begründung war/ist hilfreich zur Stellung geeigneter Sicherheiten oder eine faire Basis für die Entscheidung des Schuldners[1311]. Dessen Entscheidung kann/konnte a fortiori zur Aufhebung des Vertrages führen[1312]. Die Anzeige kann aufgrund der Erfüllungsverweigerung des Schuldners (Art 72. Abs 3) oder ausnahmsweise aus Zeitgründen entbehrlich sein. Die Dispositionsfreiheit soll aus berechtigtem Interesse wie starker und rascher Preisschwankungen der Ware hervorgehen und die vorzeitige Vertragsaufhebung kann auch begründet werden wenn nur ein kurzer Zeitrahmen für ein allenfalls erforderliches Deckungsgeschäft zur Verfügung steht[1313]. Aufgrund der modernen Kommunikationsmittel ist diese Beschränkung überraschend[1314]. Daher wird der Gläubiger bezüglich Aufhebung (Art 72 CISG) besser dargestellt als unter dem Aussetzungsrecht. Bei Zweifel am Aufhebungsrecht bzw an der Erkennbarkeit der drohenden Vertragsverletzung nach Vertragsabschluss und vor dem Erfüllungszeitpunkt werden zuerst die Aussetzung mit Anzeigepflicht und dann die Aufhebung empfohlen. Der Gläubiger kann diesbezüglich bereits bei der Anzeige der Ausübung des Aussetzungsrechts seine Aufhebungsabsicht begründen.

Für die Aufhebungserklärung gelten die Artt 26, 27 UN-Kaufrecht. Die Aufhebungserklärung ist im Unterschied zur Vertragsaufhebung nach Art 49, 64 und 73 Abs 2 CISG (angemessene Frist beginnt nach Lieferung oder Zahlung) an keine Frist gebunden und kann bis zum Erfüllungszeitpunkt abgegeben werden[1315]. Die Rechtsfolgen des Aufhebungsrechts gelten in Regelwerken gleichermaßen. Abgesehen von der Anrufung eines Gerichts um Erlass eines Gestaltungsurteils, welche im OHADA-Recht erforderlich war(im Fünften/ist zum Teil im Achten Buch), führt ohne Unterschied die berechtigte vorzeitige Vertragsaufhebung zum Rückabwicklungsverhältnis. Lediglich auffallend im UN-Kaufrecht kann der Gläubiger zu Unrecht die vorzeitige Vertragsaufhebung erklären und folglich für den Schuldner umgekehrt die Rechtsbehelfe der Vertragsaufhebung und Schadenersatz ermöglichen[1316].

[1311] *Honsell,* 981.
[1312] *Audit,* 159.
[1313] *Honsell,* 981
[1314] *Audit,* 159
[1315] *Honsell*, 980
[1316] *Honsell,* 963

Im CISG-Regelwerk ist der Schuldner für das Vorliegen ausreichender Sicherheit beweislastpflichtig. Anders als im UN-Kaufrecht Kam im Fünften Buch keine Anzeigepflicht in Betracht. Daher soll lediglich der Schuldner im UN-Kaufrecht für den Beweis zur Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen wegen unterlassener Anzeige gemäß Art 72 Abs 2 CISG „die den Schaden begründenden Ursachen sowie das Kausalitätsverhältnis zwischen unterlassener Anzeige und Schadenseintritt" verpflichtet sein[1317]. Ausschließlich im UN-Kaufrecht „trägt der Gläubiger die Beweislast, dass eine Ausnahme von seiner Anzeigepflicht vorliegt, in der die Anzeige entbehrlich war"[1318](ausführlich ferner).

1.3.3 Fall des Sukzessivlieferungsvertrags

Das nunmehr Achte Buch hat auf Regelungen zu den Sukzessivlieferungsverträgen verzichtet. Im Fünften Buch gab es keinen vergleichbaren Artikel wie Art 73 Abs 2 UN-Kaufrecht, aber eine weite Auslegung des alten Art 247 Abs 1 AU.DCG wurde offenbar von einer Stimme in der Literatur befürwortet. Damit könnte bei der Pflichtverletzung einer Partei hinsichtlich einer Teillieferung bei Sukzessivlieferungsverträgen angenommen werden, dass auch die übrigen Teillieferungen nicht mehr erfolgten und insofern der anderen Partei das Recht zustehe, die Aufhebung des Vertrags zu beantragen[1319]. Für *Hagge* konnte die Vorschrift des alten Art 247 Abs 1 entweder weiter oder enger ausgelegt werden. Er sprach sich gegenüber dem alten Art 247 Abs 2 AU.DCG für eine restriktive Interpretation aus[1320].

Nach Abs 2 sollte aufgrund weiterer Interpretation das Aufhebungsrecht des alten Art 247 AU.DCG auf schon durchgeführte oder noch ausstehende Teillieferungen oder den ganzen Vertrag erweitert werden, wenn entsprechender Zweckzusammenhang der aufgehobenen Teillieferung mit diesen übrigen Vertragsteilen bestand, und hinsichtlich der noch ausstehenden Lieferungen, die Aufhebung zu beantragen. Diese Meinungsverschiedenheit ist nunmehr entbehrlich, da im neuen AU.DCG des Achten Buches eine mit altem Art 247 AU.DCG vergleichsweise Vorschrift ohne Angabe von Gründen verzichtet wurde. So dass die vorzeitige Aufhebungsrecht bei Suzessivlieferungsverträgen lediglich dem UN-Kaufrecht Bedeutung erlangt. Gleiches

[1317] *Honsell,* 983
[1318] *Honsell*, 983
[1319] *Fénéon/Gomez*, Art 247, Anm. 1 a.
[1320] *Hagge,* 118 f. Art 247.

gilt gegenüber altem AU.DCG des Fünften Buches. Für den neuen AU.DCG des Achten Buches kann die Heranziehung des Art 239 AU.DCG über die anzuwendenden Gebräuchen und Gepflogenheiten, sinnvoll wäre. Das IPR kann je nach Lage des Falles in Betracht gezogen werden (Art 234 Abs 2 AU.DCG). Von einer Heranziehung des Art 237 AU.DCG über das anzuwendende nationale Recht ist abzusehen. Zumal der „droit commun" das eigentlich französisch Recht ist, die vorzeitige Aufhebung des Vertrages nicht kennt[1321].

Hinsichtlich der Sukzessivlieferungsverträge (das Liefervolumen soll in mindestens zwei, zu unterschiedlichen Zeitpunkten fälligen Teillieferungen erbracht werden - die Teillieferungen sollen nach Bedarf und Abruf erfolgen - maßgeblich ist, dass die Gesamtlieferung eines einheitlichen Vertrages in Teillieferungen ausgestaltet wird[1322] kann der Gläubiger berechtigt sein, die erst künftig fällig werdenden Teillieferungen vorzeitig aufzuheben (Art 73 Abs 2 CISG)[1323] mit ex nunc-Wirkung[1324], wenn bezüglich künftiger Teillieferungen eine offensichtliche wesentliche Vertragsverletzung zu erwarten ist und diese Erwartung aufgrund der Leistungsstörung einer (Art 73 Abs 1 entspricht dem alten Art 247 Abs1 AU.DCG[1325]) oder mehrerer bereits fälliger Teillieferungen begründet ist (Art 73 Ab 3 entspricht dem alten Art 247 Abs 2 AU.DCG[1326]). Es ist zu erwähnen, dass die bereits erfolgte Vertragsverletzung nicht wesentlich im Sinne des Art 25 UN-Kaufrecht; 248 AU.DCG sein muss. Die Möglichkeit einer vorzeitigen Vertragsaufhebung beim Sukzessivlieferungsvertrag entspricht in den Auswirkungen jenen nach altem Art 246 AU.DCG und 72 Abs 1 UN-Kaufrecht. Anders als dort muss die vorzeitige Aufhebung jedoch nicht für bereits offensichtliche Vertragsverletzung erforderlich sein. Dabei wurde im OHADA-Recht die Aufhebungskompetenz dem zuständigen Gericht vorbehalten(alter Art 247Abs 1 AU.DCG). Als Sukzessivlieferungsvertrag kommen Bezugsverträge (ZB Getränkelieferungs- oder Gaslieferungsverträge - bei denen kann die Einzellieferung nach Bedarf angefordert werden), Rahmenverträge (wie Alleinvertriebsverträge, falls sie selber eine Pflicht, mehrere Lieferungen zu erbringen, mit hinreichender Bestimmtheit entfalten, und das Aufhebungsrecht auf die Einzellieferung begründet

[1321] *Fénéon/Gomez*, Art 246, Anm 3; *Santos/Toé*, Anm.665; *Hagge*, 117.
[1322] *Honsell,* 986.
[1323] In der OHADA gibt es keinen Vergleichbaren Artikel wie Art 73 Abs 2 UN-Kaufrecht.
[1324] *Santos/Toé*, Anm. 665; *Hagge*, 118 f
[1325] *Hagge;* 119*; Santos* in Kommentar , Anm. zu altem Art 247 AU.DCG.
[1326] Dazu *Hagge,* 119 ; *Santos/Toé*, Art 247 Ab 2.

werden kann. Ob die Einzellieferungen vorliegen sollen, ist im Streitfall zu prüfen[1327]. Hinzu kommen mehrere Bestellungen innerhalb einer kurzen Zeitperiode (wenn die Bestellungen wirtschaftlich als Einheit anzusehen sind) in Betracht[1328].

Stellt sich heraus, dass eine der Parteien im Rahmen eines einheitlichen Vertrages bereits eine Vertragsverletzung begangen hat und mit Prognosesicherheit die Erwartung einer wesentlichen Vertragsverletzung vorhanden wäre, würde folglich die Annahme einer künftigen Vertragsverletzung genügen und „kann die Vertragsaufhebung bzgl einer Einzellieferung auf bereits erfolgte Lieferungen (Art 73. Abs 1) oder auch auf künftige Lieferungen erstreckt werden" (Art 73. Abs 3 - ex nunc-Wirkung). Die Erweiterung bezieht sich auf die in einem Zweckzusammenhang stehenden Vertragsteile[1329]. Die Erweiterung des Aufhebungsrechts infolge Zweckzusammenhang kann sich auch (muss sich aber nicht) auf den gesamten Vertrag beziehen (ex tunc-Wirkung)[1330]. Gibt es hingegen bislang nur Drohung einer wesentlichen Vertragsverletzung ohne vorhergegangene Leistungsstörung kann in diesem Zusammenhang der Rechtsbehelf der offensichtlich vorzeitigen Vertragsaufhebung nicht in Anspruch genommen werden[1331] . Dies wird durch eine geringere Prognosesicherheit begründet. Dagegen genügt die Aufhebung des Vertrages für die Zukunft, wenn bereits verschiedene Vertragsverletzungen nachgewiesen wurden[1332].

Bei Leistungsstörung im Sukzessivlieferungsvertrag wird der Partei die vorzeitige Aufhebung künftiger Teillieferungen ermöglicht[1333] und ist es unerheblich, ob die Besorgnis über die aktuelle Vertragsverletzung selbst von wesentlicher Bedeutung ist. Allerdings darf sie auch nicht unerheblich sein. Da sonst der Eintritt einer künftigen wesentlichen Vertragsverletzung nicht als wahrscheinlich erscheint[1334]. Die Geltendmachung von Rechtsbehelfen aufgrund der bereits erfolgten Leistungsstörung ist nicht erforderlich. Auch die Aufhebung des Vertrages infolge der bereits erfolgten

[1327] OLG München 22.09.1995, CISG-online Nr 208
[1328] Idem
[1329] Dazu *Hagge,* 119; *Santos/Toé*, Anm. 665, alter Art 247 Abs 2.
[1330] *Honsell, 985.*
[1331] *Piltz,* 336.
[1332] *Honsell, 989.*
[1333] Art 73 Abs 2.
[1334] *Honsell, 989.*

Pflichtverletzungen soll nicht wahrgenommen werden sowie der Zweckzusammenhang muss nicht bestehen wie nach Art 73 Abs 3 CISG.

Da die erfolgte Pflichtverletzung vom Standpunkt eines objektiven Betrachters wahrgenommen werden soll, ist entscheidend für die Aufhebung ohne Rücksicht auf die Art der erwarteten wesentlichen Vertragsstörung (Annahme der gleichen Pflichtverletzung wie die bereits erfolgte Leistungsstörung), dass der Schluss der Begehung einer wesentlichen Vertragsverletzung hinsichtlich ZB zumindest einer künftigen Teillieferung des Verkäufers nahe liegt[1335].

Die hM geht bezüglich künftiger wesentlicher Vertragsverletzung von einem geringeren Wahrscheinlichkeitsgrad aus als nach Art 72 UN-Kaufrecht; alter Art 246 AU.DCG. Strittig ist hingegen, ob die Wahrscheinlichkeit bei Art 73 Abs 2 niedriger als bei Art 71 (Aussetzungsrecht) anzusetzen ist. Im Ergebnis wäre nach altem Art 247 al 2 AU.DCG wie nach Art 73 Abs 2 UN-Kaufrecht in Zusammenhang mit Art 71 UN-Kaufrecht, 246 AU.DCG gleichermaßen vorzugehen. Da eine wesentliche Vertragsverletzung iSd Art 25; altem 248 AU.DCG zu erwarten ist bzw vorausgesetzt wird, wurde in der Judikatur und im Schrifttum die künftige wesentliche Vertragsverletzung angenommen, „wenn bisherige Lieferungen Mängel aufwiesen und der Verkäufer keine Zusicherungen abgibt, wie er die Mängel künftig vermeiden kann[1336], wenn der Verkäufer weiter die Bezugsquelle oder die Materialien benutzt, die bereits zu erheblichen Mängeln bei früheren Teillieferungen geführt haben. Wenn der Verkäufer eine Teillieferung auch nach Ablauf einer angemessenen Nachfrist nicht geliefert hat und nicht erkennen lässt, dass er künftig liefern werde[1337], wenn der Verkäufer bisherige Teillieferungen jeweils erheblich verspätet erbracht hat und eine rechtzeitige Lieferung für zukünftige Lieferungen nicht erwartet werden kann[1338]. wenn der Verkäufer erklärt, dass er nur gegen zusätzliches Entgelt lieferbereit sei oder seine Lieferung von der Erfüllung anderer unberechtigter Forderungen abhängig macht[1339], wenn der Käufer die Rate für eine vorangehende Teillieferung während einer längeren Zeit (oder trotz Ablauf einer angemessenen Nachfrist) nicht bezahlt und keine Sicherheit leistet, woraus der

[1335] *Piltz,* 336
[1336] Schiedsgericht der Börse für Landwirtschaftliche Produkte im Wein 10.12. 1997, CISG-online Nr 351
[1337] HG ZH 05.02.1997, IHR 1998, 75 f, CISG-online Nr 327; *Honsell, 991f:*
[1338] Audiencia Provincial de Barcelona 03.11.1997, CISG-online Nr 442
[1339] Schiedsgericht der Hamburger freundschaftlichen Arbitrage 29.12. 1998, IHR 2001, 36, CISG-online Nr 638

Verkäufer schließen könnte, dass er zukünftig nicht bezahlt werde[1340], wenn eine Partei eine wichtige Nebenpflicht verletzt und weitere Verstöße gegen die Nebenpflicht zu erwarten sind[1341]. Das Aufhebungsrecht muss innerhalb angemessener Frist ausgeübt werden, wenn ein triftiger Grund zur Annahme besteht, dass eine wesentliche Verletzung in Bezug auf künftige Teillieferungen zu erwarten ist. Dies muss erfolgen, entweder nach Kenntniserlangung oder nachdem er Kenntnis erlangen müsste von der nicht ordnungsgemäßen Teillieferung[1342]. Hinsichtlich der Leistungsstörungen der Einzellieferungen in einem einheitlichen Vertrag, die bezüglich einer Teillieferung auftreten, steht der Partei das Recht zur Aufhebung (ex tunc-Wirkung) des gesamten Vertrages zu. Die Möglichkeit einer (vorzeitigen) Vertragsaufhebung kann, wie oben angeführt, beispielsweise auf die bereits erhaltenen und/oder künftigen Teillieferungen erstreckt werden, wenn der verfolgte Zweck des Vertrags unter Beachtung des erkennbaren Zusammenhangs der einzelnen Teillieferungen durch wesentliche künftige Vertragsverletzung entfremdet wird. Ein einheitliches Vertragsziel liegt nicht mehr vor, wenn beispielsweise wegen der gestörten Teillieferung die gleiche Qualität der Rohstoffe nicht mehr erreicht werden kann oder ein Teil einer komplexen Maschine fehlt[1343] oder wenn die Produktionsanlage in mehreren Teillieferungen geliefert wird und ein zentraler Teil (ZB Motor) einen nicht zu behebenden Mangel aufweist[1344]. Entscheidend ist der Zweckzusammenhang nach Sichtweise einer vernünftigen Person. Die Erweiterung der Vertragsaufhebung ist nur eine Variante von vielen[1345] und nicht als alternativ anzusehen. Die Beanstandungen solcher Zweckzusammenhänge kommen zum Anlass, wenn das Übergreifende des in Betracht gezogenen Vertragsziels bei Vertragsabschluss nicht mehr erreicht werden kann. Bezüglich des Verwendungszwecks im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses kommt es darauf an, ob der Zweck vertraglich ausdrücklicher Inhalt war oder der Partei (Verkäufer) bekannt war. Der beabsichtigte Verwendungszweck ist zu beachten, wenn der Verkäufer ihn bei

[1340] Vgl OLG Düsseldorf 14.01.1994, CISG-online Nr 119;
[1341] Vgl Cour d´Appel de Grenoble 22. 02. 1995, CISG-online Nr 151.
[1342] *Honsell, 991f.*
[1343] *Audit,* 162.
[1344] *Honsell, 992.*
[1345] Dazu *Piltz,* 336.

Vertragsschluss zumindest erkennen konnte[1346].Es ist vorteilhaft für den Käufer einfach eine untrennbare Bindung zwischen Teillieferungen zu vereinbaren[1347].

Im Fünften Buch war nicht ausdrücklich vorgesehen, ob die Aufhebung infolge Leistungsstörungen eine einzige oder mehrere Teillieferungen wie im UN-Kaufrecht betrifft oder alle Teillieferungen. Aufgrund der Lücke aus altem Art 247 AU.DCG wurden in der Literatur Spekulationen ausgelöst. Nämlich die vorzeitige offensichtliche Vertragsaufhebung könnte nicht nur die künftig werdenden Teillieferungen, sondern eine einzige, mehrere oder alle Teillieferungen betreffen. Da der alte Abs 2 des Art 247 das Aufhebungsrecht lediglich für künftige Teillieferungen oder eine sowie mehrere bereits fällige Teillieferungen begründet, wurden die Spekulationen zugunsten der (nicht alle Teillieferungen) autonomen Lieferung beendet[1348].Es lag der Schluss nahe, dass statt einer Lücke eher ein Fehler bei der Redaktion aufgetreten war und somit stimmten die Regelungen über die vorzeitige offensichtliche Vertragsaufhebung beim Sukzessivlieferungsvertrag des UN-Kaufrechts mit jener des Fünften Buches überein[1349].Wie im UN-Kaufrecht lag in der OHADA ein Sukzessivlieferungsvertrag vor, wenn sich eine Partei aufgrund eines einheitlichen Vertrages zur Erbringung einer Leistung verpflichtet. Die Leistung sollte in mindestens zwei, zu unterschiedlichen Zeitpunkten fälligen Teillieferungen erfolgt werden. Dabei grenzte sich die Teillieferung von der Minderlieferung (Art 51 UN-Kaufrecht; alter255 AU.DCG) ab. Die Minderlieferung kann auch bei der Sukzessivlieferung nachvollziehbar sein, wenn eine im Rahmen des Sukzessivlieferungsvertrags geschuldete einzelne Lieferung wiederum teilbar war und – für sich genommen – teilweise unvollständig oder teilweise mängelbehaftet war[1350]. Die Sukzessivlieferung des Art 73 UN-Kaufrecht (entspricht altem Art 247 AU.DCG) ist dem Art 51 UN-Kaufrecht vorrangig. Gleiches galt gegenüber altem Art 255 AU.DCG.

Das Zurückbehalterecht kommt bei der Sukzessivlieferung zur Anwendung[1351]

Stellt sich bei einem Dauerschuldverhältnis heraus, dass ZB eine Gesamtmenge der Ware geliefert werden soll, muss diese nicht bereits im Vorhinein feststehen[1352]. Es

[1346] *Honsell, 99.*
[1347] *Audit,* 162.
[1348] *Santos/Toé*, 412; *Hagge*; 118f.
[1349] *Santos/Toé* , 412, *le terme manquement et noncontravention:*
[1350] *Honsell, 987.*
[1351] Idem.

kann sein, dass ein Dauerliefervertrag mit unbegrenzter Laufzeit abgeschlossen wird. Die Gesamtmenge muss nicht von vornherein feststehen, damit ein Sukzessivlieferungsvertrag iSd der Art 73CISG; alter Art 247 AU.DCG in Betracht kommt. Ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grund kann nicht ausgeschlossen werden[1353]. Die Gesamtheit eines Vertrages soll vereinbart werden, sodass die Teillieferungen gleichartig oder jeweils für sich selbständig nutzbar oder letztlich abtrennbare Teillieferungen sind. Unerheblich ist, wenn auch die Zahlung des Kaufpreises in Raten vorgesehen ist[1354]. Erforderlich ist jedoch, dass die vorgesehene Teillieferung aufgrund eines einheitlichen Vertrages erfolgt. Wie im UN-Kaufrecht sollen auch in der OHADA nach altem AU.DCG des Fünften Buches die Rahmenvereinbarungen von Lieferungen mit Zahlung in Raten (Sukzessivlieferungverträge) unterschiedlich gewertet werden, sodass alle noch nicht verbindlichen Bestimmungen für künftige Geschäftsabschlüsse unter gemeinsam geregeltem Rahmenvertrag und nicht unter den Sukzessivlieferungsvertrag fallen. Auch teilweise Lieferung (Minderlieferung) soll sich von den von vornherein zu unterschiedlichen Zeitpunkten vertraglich vorgesehenen erfolgten Teillieferungen unterscheiden.

Da sich der Vertrag in der Teillieferung erschöpft, sollen die Leistungsstörungen grundsätzlich nach den allgemeinen Regeln lediglich für die Teillieferung beurteilt werden. Dabei soll je nach Lage des Falles (das Recht zur Vertragsaufhebung kann gänzlich oder zeitweilig verschlossen werden, folglich kann der Kaufpreis wegen derselben Pflichtverletzung herabgesetzt oder Schadenersatz geltend gemacht werden. Ausdrückliche Beanspruchung des Nacherfüllungsrechts kann zeitweilig zur Selbstbindung des Käufers führen, Nachbesserung oder Ersatzlieferung kann aufgefordert werden.)[1355] Eine angemessene Frist beachtet werden, damit die Aufhebung begründet werden kann. Die Beweislast spielt eine große Rolle. Für das Aufhebungsrecht nach Abs 1 gelten die gleichen Beweislastregeln wie für die Aufhebung nach Art 49; alter Art 254 oder 64; alter Art 259. Für die Aufhebung infolge künftiger wesentlicher Verletzung oder Erweiterung des Aufhebungsrechts infolge Zweckzusammenhangs muss die Partei, die das Aufhebungsrecht beansprucht,

---

[1352] *Piltz,* 335.
[1353] *Honsell, 988.*
[1354] *Piltz* 336.
[1355] *Piltz,* 316.

dessen tatsächliche Voraussetzungen nachweisen. Eine künftige Vertragsverletzung ist zu erwarten, wenn dem Verkäufer der Zweckzusammenhang bei Vertragsschluss bekannt war[1356].

Wie bereits angeführt galt im OHADA-Recht lediglich die gerichtliche Aufhebung (alter Art 247 Abs 1 AU.DCG). Die Aufhebungserklärung für die weiteren Vertragsteile musste im Sinne des UN-Kaufrechts nach „Abs 3 Art 73 gleichzeitig mit derjenigen für die Einzellieferung erfolgt werden. Die Aufhebungserklärung für die betroffene Lieferung nach Abs 1 der genannten Artikel muss damit gleichzeitig bzw einheitlich mit derjenigen nach Abs 3 abgegeben werden. Die Aufhebung ist auf diejenigen Teillieferungen zu beschränken, die mit der auslösenden Teillieferung in einem Zweckzusammenhang stehen. Kann das Vertragsziel insgesamt nicht mehr erreicht werden, kann dies den Vertrag als Ganzes aufheben“[1357].

2 Rechtsbehelfe infolge Vertragsverletzungen

Die Pflichten können sich ausdrücklich oder durch Auslegung aus dem Vertrag (aus Sicht einer vernünftigen Person Art 8 UN-Kaufrecht, 238 AU.DCG) aus den ergänzenden Bestimmungen der Regelwerke sowie aus Handelsbräuchen oder den Gepflogenheiten ergeben. Ein Hinweis auf das Fünfte Buch kann bei Bedarf vorgenommen werden.

Die Rechtsbehelfe des Käufers sind in Art 45 CISG zusammengefasst und gelten vorbehaltlich anderer Absprachen der Parteien oder anderer Gebräuche oder Gepflogenheiten grundsätzlich für alle Vertragsverletzungen des Verkäufers. Art 45 regelt ungeachtet der Art und Gewichtigkeit alle Pflichtverletzungen unter anderen auch die verspätete oder die ausbleibende Leistung des Verkäufers, die Lieferung vertragswidriger oder rechtsmangelhafter Ware sowie die unberechtigte Aufhebungserklärung des Verkäufers. Bei Vertragsverletzungen des Verkäufers kann der Käufer weiterhin den Anspruch auf Erfüllung von dem Verkäufer geltend machen(Art 46 Abs 1 CISG). Bei Lieferung vertragswidriger Ware kann er unter bestimmten Voraussetzungen Ersatzlieferung oder Nachbesserung in Anspruch nehmen(Art 46 Abs 2 und 3 CISG) oder die Aufhebung erklärt, wenn eine wesentliche Vertragsverletzung dargestellt wird, oder die gesetzte Nachfrist fruchtlos abgelaufen ist

[1356] *Honsell,* 993.
[1357] Idem; *Hagge*, 119.

(Art 49 Ab1 a und b CISG). Hinzu kommt die Geltendmachung der Herabsetzung des Kaufpreises(Art 50 CISG), anstelle oder zusätzlich zu den sonstigen Rechtsbehelfen Schadensersatz geltend machen (Art 45 Abs 1 b und Abs 2 CISG).

Besondere Rechtsbehelfe des Käufers bei Pflichtverletzungen des Verkäufers kommen im OHADA-Recht durch die Initiative des Käufers in Betracht. In neuen Artt 283 bis 284 AU.DCG des Achten Buches sind die Rechtsbehelfe des Käufers beinhaltet und weisen gegenüber dem alten AU.DCG des Fünften Buches völlig andere Inhalte und Strukturen Auf. Neuerungen sind gegenüber dem UN-Kaufrecht sichtbar. Anders als Art 46 Abs 2 und 3 CISG befasst sich Art 283 AU.DCG lediglich mit die Ersatzlieferung wegen Lieferung vertragswidriger Ware, wobei für das Verlangen keine wesentliche Vertragsverletzung vorrausetzt wird. Folglich liegt bereits eine starke Abweichung vom Art 46 Abs 2 CISG vor. Gemäß Art 258 und 259 AU.DCG muss beachten, dass Anzeige-Obliegenheiten gehalten werden.

Die sofortige zwangsweise Durchsetzung der Erfüllung nach Ablauf der Lieferungstermin stellt weiter ein Unterschied zum UN-Kaufrecht. Wenngleich erwähnt wird, dass der Verkäufer auf eigene Kosten den Mangel sofort durch Ersatzlieferung beheben darf, wird es nicht evoziert, ob die Ersatzlieferung des Verkäufers unzumutbar wäre, wenn diese für den Käufer Unannehmlichkeiten und Ungewissheit über die Erstattung seiner Auslagen nach sich zieht. Für die Nacherfüllung verlangt Art 283 AU.DCG eine übereinstimmige Nachfrist. Dabei kommt kein Schadenersatzanspruch anders als in Art 48 Abs1 letzter S CISG, sofern der Verkäufer fristgerecht den Mangel behebt. Die Frage der Leistungsverweigerung und die Zumutbarkeit seitens von Verkäufer bleiben unbeantwortet. Offen sind die Rechtsfolgen, wenn der Erfüllungsversuch scheitert.

Augenmerk ist, dass auch in dieser Stelle kein ausdrücklicher Anspruch des Käufers auf Primärerfüllung der Verkäuferpflichten- also das Verlangen auf Erfüllung entsprechend Art 46 Abs 1 CISG - vorgesehen wird. Art 283 AU.DCG legt lediglich den Anspruch auf Ersatzlieferung fest, die eigentlich eine der Ausnahmen der in Abs 2 und 3 Art 46 CISG behandelten Pflicht zur vertragsgemäßen Lieferung ist. Artt 284 AU.DCG regelt den fruchtlosen Ablauf der Nacherfüllungsfrist. Dabei ist nicht ausdrücklich vorgesehen, ob die Leistungsverweigerung des Verkäufers zur Vertragsaufhebung oder zum Schadensersatzanspruch führen kann.

Die unterschiedlichen Möglichkeiten zur Rettung (Erhaltung) des Vertrages bei Pflichtverletzungen des Verkäufers wie etwa das Verlangen auf Erfüllung, die Ersatzlieferung oder Nachlieferung sowie Schadenersatz oder Minderung) waren bis Handelsrechtsreform vom 15.Dezember 2010 in alten Artt 249 ff. AU.DC weitgehend- entsprechend Art 45 CISG- vorgesehen. Der Hinweis, dass der Erfüllungsanspruch ausscheidet, wenn der Käufer einen anderen Rechtsbehelf ausgeübt hat(Art 46 Abs 1 letzter HS), fand keinen in AU.DCG des fünften Buches keinen Eingang. Allerdings waren die Rechtsbehelfe des Verkäufers(Schadensersatz, Erfüllungsanspruch Nach- und die Gnadenfrist etc.) infolge Pflichtverletzungen des Käufers waren in veralteten Artt 256 ff.AU.DCG des Fünften Buches normiert. Diese Vorgehensweise war- ausgenommen Vertragsaufhebung- eigentlich nicht als Sanktion sondern als Heilmittel angesehen[1358].

Art 281 AU.DCG des Achten Buches normiert im Vorfeld für Beiderseitige den Rechtsbehelf auf Aufhebung und deren Ausübung und weist diesbezüglich deutlich Abweichung vom CISG-Regelungen ab. Zum einen wird die Wesentlichkeit bei Vertragsverletzung nicht erwähnt. Die Aufhebung kommt grundsätzlich bei Nicht- und teilweise Erfüllung des Vertrages in Betracht. Zum anderen kann anders als im UN-Kaufrecht (Artt 49, 64 CISG) die Aufhebung einseitige allerdings nach gravierender Vertragsverletzung erklärt oder durch richterliche Gestaltung erfolgt werden.

Im Fall der Lieferung vertragswidriger Ware kann der Käufer das Minderungsrecht in Anspruch nehmen (Art 288 AU.DCG) sowie anstelle oder zusätzlich zu den sonstigen Rechtsbehelfen Schadensersatz verlangen(Artt 281 Abs 4, 284, 289, 292, 293 Abs 1 296, 299 AU.DCG).

Im Allgemeinen stellt sich die Frage des Verhältnisses der Abgeschlossenheit der Regelungen zu den Verkäuferrechten und umgekehrt den Käuferrechten gegenüber Behelfen der nationalen Rechte der OHADA-Vertragsstaaten. Im Hinblick auf die zwingende Anwendbarkeit und Lückenfüllung ist davon zu gehen, dass weitere Ansprüche die aus einem über Art 237 AU.DCG anwendbaren nationalen Recht herleiteten, kommt in Betracht, wenn das OHADA-Recht Raum für weitere Regelungen offen lässt und der ergänzende Rechtsbehelf nicht im Widerspruch zu einzelnen Rechtsbehelfen des soeben genannten Regelwerks oder zu dessen Rechtssystem

[1358] *Santos/Toé*, 419.

insgesamt steht[1359]. Besteht die Konkurrenz zwischen der vertraglichen Ansprüche aus dem OHADA-Recht und dem deliktischen Ansprüchen aus anzuwendenden nationalen Recht, so wird die Sperrwirkung aufgrund des Grundsatzes des non-cumul gelten. Somit geht die Vertragshaftung im Prinzip der Deliktshaftung nach Art 1382 ff. Code civil vor[1360].

Generell sind die Rechtsbehelfe, die das UN-Kaufrecht und die OHADA (vorbehaltlich anderer Absprachen der Parteien oder anderer Gebräuche oder Gepflogenheiten) dem Käufer oder dem Verkäufer zur Verfügung stellen, auf zwei Ebenen geteilt. Die Rechtsbefehle werden entweder von den Parteien freiwillig(im OHADA-Recht lediglich bei der Aufhebung des Vertrages) umgesetzt oder gerichtlich ausgesprochen.

Die nachstehende Arbeit befasst sich inhaltlich und strukturell mit den Rechtsbehelfen bei Vertragsverletzungen des Verkäufers. Dabei werden das Minderungsrecht unten die Rechtsbehelfe in Form vom Geld und der Schadensersatzanspruch behandelt.

2.1 Erfüllungsanspruch

Art 283 AU.DCG räumt dem Käufer den Rechtsbehelf die Ersatzlieferung wegen Lieferung vertragswidriger Waren ein und Art 284 AU.DCG schreibt die Voraussetzungen für die Nacherfüllung vor. Danach wird die Ersatzlieferung als einziger sondererfüllungsanspruch dargestellt und demzufolge eine deutliche Abweichung vom Erfüllungsanspruch gemäß Art 46 CISG Abs 1 CISG. Der allgemeine Erfüllungsanspruch im UN-Kaufrecht umfasst (mit Ersatzlieferung und Nachbesserung bereits gelieferter rechtsmangelhafter Ware) das Recht auf Lieferung der Ware oder eines fehlenden Teils, die Übergabe von Dokumenten und der Eigentumsübergang sowie die Vornahme aller andere Handlungen, die nach der ursprünglichen Vereinbarung zur Vertragserfüllung notwendig sind[1361].

Hinsichtlich des alten 249 iVm 250 S 1 AU.DCG des Fünften Buches war der Erfüllungsanspruch entsprechend Art 45 iVm 46 Abs1 CISG statuiert.Danach bezog

[1359] Die Betrachtung geht aus der grundlegenden Bestimmung des Art 10 OHADA-Vertrag und speziell für den AU.DCG, aus Art 1 Abs 1 und 2 AU.DCG vom 15.Dezember 2010, hervor; vgl *Hagge*, 121.
[1360] Die Mitgliedstaaten der OHADA weitgehend entstammen dem französischen Rechtskreis, *Hagge*, 122; Vgl *Flour/Aubert/Flour/Savaux,* Anm 173 ff; *Hüber/Constantinesco*, 181; *Schlechtriem/Hüber*, Art 45, Rn 2; *Schlechtriem*, Vertragsordnung, 66 ff; *Starck/Roland/Boyer*, Anm 1753 ff.; Insgesamt sieht *Hagge*, 122.
[1361] Vgl *Hagge*, 123*; Piltz*, 308.

sich der Erfüllungsanspruch des Käufers auf alle Haupt- oder Nebenpflichten des Verkäufers[1362], die der Käufer relativieren kann, wenn der Verkäufer nicht seinen Pflichten nachkommt. Dabei kommt darauf nicht an, ob die Pflichtverletzung des Verkäufers wesentlich war. Der Anspruch auf Erfüllung stand soweit zur Verfügung, wenn er nicht gänzlich oder zeitweilig verschlossen war. Der Hinweis aus Art 46 Abs 1 letzter HS UN-Kaufrecht fand in den Fünften Buch keinen Eingang. Verlangt der Käufer beispielsweise die Aufhebung, die Herabsetzung des Kaufpreises oder der Schadensersatz, erschloss die Unvereinbarkeit des Anspruchs auf Erfüllung zudem bereits aus der Natur der Sache (ZB alter Art 267 AU.DCG).

Die Haftung des Verkäufers ist auch im Achten Buch unabhängig von den Ursachen der Nichterfüllung zu verstehen. Dessen Verschulden ist bedingungslos (Einstandspflicht des Verkäufers)[1363]. Bei Nichterfüllung wird inhaltlich keine Unterteilung der Erfüllungsmängel (Verzug, Unmöglichkeit und Schlechterfüllung) wie in der kontinentaleuropäischen Tradition vorgenommen. Dabei sind diese im umfassendsten Sinn zu verstehen und ist hinreichend, wenn die Pflichtverletzung von einer Handlung oder Unterlassung abgeleitet wird[1364]. Der Verkäufer haftet nicht, wenn der Eintritt der Pflichtverletzung durch eine Handlung oder Unterlassung des Käufers selbst verursacht wurde. Auch eine Befreiung des Verkäufers von der Haftung ist beim Schadenersatzanspruch möglich, sofern der Eintritt der Pflichtverletzung auf einem außerhalb des Einflussbereichs des Verkäufers liegenden Hinderungsgrund beruht(Art 79 Abs 1 CISG). Anders als im UN-Kaufrecht umfasst die Befreiung in der OHADA jenseits des Schadensersatzanspruchs(früher Art 267 (jetzt Art 294 AU.DCG)). Zu erwähnen ist, dass andere Ansprüche insbesondere aus Delikt oder aufgrund einer arglistigen Täuschung des Verkäufers auch im OHADA-Recht beachtet werden können. Die Konkurrenz der vertraglichen Ansprüche ist sowohl im UN-Kaufrecht als im OHADA-Recht nach dem im Einzelfall anzuwendenden nationalen Recht zu beurteilen[1365]. Insbesondere im Achten- bzw Fünften Buch wird die Sperrwirkung durch das Prinzip des non-cumul gelten, da die Mitgliedstaaten der OHADA weitgehend dem französischen Rechtskreis entstammen[1366]. Zudem kann Anspruch

[1362] *Haberl,* 29
[1363] *Honsell,* 476f
[1364] *Honsell,* 477
[1365] *Hagge,* 123; *Vgl Schlechtriem/Huber*, Art. 45, Rn. 52; *Staudinger/Magnus*, Art 5, Rn. 14.
[1366] Daher hat die Vertragshaftung grundsätzlich vor der Deliktshaftung nach Art. 1382 ff. Code civil Vorrang, siehe, *Hagge,* S 122; Vgl *Flour/Aubert/Flour/Savaux*, Anm. 173 ff.; *Hüber/Constantinesco*, S

auf Herausgabe des Eigentums, sofern der Eigentumsübergang aufgrund von Rechtsordnungen bereits durch Abschluss des (kausalen) Schuldvertrages erfolgen[1367].

Wie bereits angeführt regeln Art 283 ivm Art 284 AU.DCG lediglich die Nachholung der Erfüllung bei Sachmängeln und deren Voraussetzungen. Hingegen ist der allgemeine Erfüllungsanspruch ausdrücklich im UN-Kaufrecht vorgesehen(Art 46 Abs 1 CISG). Der Verzicht auf sekundären Erfüllungsanspruch stellt insoweit anders als das UN-Kaufrecht die Verankerung eines geprägten anglo-amerikanischen Vertragsverständnisses dar[1368].

Art 283 AU.DCG kennt anders als UN-Kaufrecht eine zwangsweise Durchsetzung der Erfüllung und darüber hinaus eine Nacherfüllung unter gesetzter Frist, sofern es sich um auffallende und versteckte Mängel der Ware handelt. Im UN-Kaufrecht sind verschiedene Rechtswirkungen an diese Frist geknüpft, die teilweise den Käufer (er kann nach dem fruchtlosen Ablauf einer Frist später den Vertrag auflösen), teilweise den Verkäufer (die Nachfrist hat für ihn eine Bindungswirkung) begünstigen. Die Verletzung der Nachfristsetzung führt ausschließlich zum Schadensersatzrecht(Art 283 Abs 3 AU.DCG). Anders als im UN-Kaufrecht sieht das Achte Buch ein weitgehende Entlastungsmöglichkeiten des Verkäufers in Art 294, 295 vor[1369]. Die Unvereinbarkeit der Erfüllung(Ersatzlieferung) mit der Ausübung anderer Rechtsbehelfe(ZB Aufhebung) ist nicht ausdrücklich im OHADA-Recht wie im UN-Kaufrecht vorgesehen. Aber diese ergit sich meist aus der Natur der Sache auch im Achten Buch[1370].

Ob es um vom Verkäufer zu erbringende Leistungen (wie etwa die Lieferung der Ware zur richtigen Zeit, am richtigen Ort zum Eigentumsübergang sowie bei Verpflichtung zur Übergabe von Dokumenten) oder um sonstige Handlungen (Verletzung der Ausschließlichkeitsbindungen, Unterlassung eines wettbewerbswidrigen Verhaltens, Montage- und Instruktionspflichten sowie Pflicht zur Durchführung von

---

181; *Schlechtriem/Huber*, Art 45, Rn. 52; *Schlechtriem*; Vertragsordnung, 63 ff.; *Starck/Roland/Boyer*, Anm. 1753ff.

[1367] Art.1585 frz. Code Civ.

[1368] Vgl *Piltz*, 297.

[1369] Dazu *Hagge*, 123, Anders als herkömmliches Recht (Art 1142 Code Civil) wurde im OHADA-Recht damit eine zwangsweise Durchsetzung von Vertragspflichten ausgeschlossen.

[1370] *Hagge*, 123, ZB im Fall der Aufhebungserklärung ergibt sich der Ausschluss des Erfüllungsanspruchs bereits aus altem Art 267 AU.DCG.

Werbemaßnahmen) geht, ist gleichgültig[1371]. Das Achte Buch kennt diesbezüglich lediglich die Ersatzlieferung von Sachmängeln und diese ist anders gestattet. Die noch darüber hinaus zur erbrachten Leistung kann anhand drohende Schadensersatz oder Preisminderungsrecht erfolgen sein(Art 288, 289, 281 AU.DCG).

Der Erfüllungsmangel nach Art 46 CISG soll nach Erfüllungstermin oder nach Ablauf angemessener Frist nach Vertragsschluss begründet werden. Der Erfüllungsanspruch zielt insbesondere auf die Beseitigung einer vollständigen Nichtlieferung der Ware sowie die ganz oder teilweise fehlende Erbringung einer sonstigen Verpflichtung ab. Aufgrund von Sonderregelungen bezüglich der Ersatzlieferung und Nachbesserung ist der allgemeine Anspruch auf Erfüllung in natura kein einheitlicher und umfassender Anspruch, der für alle Sachverhaltsvarianten in gleicher Art und Weise nach beiden Regelwerken zur Anwendung gelangt. Daher kommen die Sondervorschriften (Art 46 Abs 2 und 3 UN-Kaufrecht; alte Art 250 Abs2 und 3 AU.DCG) zur Beseitigung des Sachmangels. Beiden Ansprüchen sind aufgrund der Artt 82, 79 UN-Kaufrecht; alte Artt 271; 272, 267 AU.DCG jedoch gewisse Grenzen gesetzt. Nach hM kommen die Sondervorschriften für den Sachmangel (Schlechtlieferung) und nicht für Nichtlieferung zur Anwendung[1372]. Ob der Rechtsmangel aus den Sondervorschriften zum Erfüllungsanspruch auszuschließen ist, ist in der Literatur umstritten[1373]. Durch sachliche Gründe wird die Vornahme der Differenzierung zwischen Sach- und Rechtsmängel gerechtfertigt. Es wäre gerechtfertigt, den Rechtmangel dem allgemeinen Erfüllungsanspruch zu unterstellen. Verneint wird mit der Begründung, Rechtsmängel können nicht wie Sachmängel von vornherein abgesetzt oder verarbeitet werden. Eine Untersuchung der Ware auf Rechtsmängel kann praktisch nicht vollzogen werden. Daher wäre auch eine Untersuchungs- und Rügepflicht des Käufers unangemessen, weshalb die Beseitigung von Rechtsmängeln ohne Einhaltung der Nachbesserung oder Ersatzlieferung durch allgemeinen Erfüllungsanspruch möglich ist. Da der Rechtsmangel im Achten Buch der Gewährleistung zugeordnet ist, erübrigt sich dieser Problematik nach zu gehen.

Aufgrund der Sondervorschrift kann der Pflichterfüllungsanspruch auf teilweise fehlende Lieferung (Art 51 UN-Kaufrecht, alte Art 255 AU.DCG) geltend gemacht

[1371] *Honsell,* 504, der Vorstoß gegen solche Unterlassungs- oder Schutzpflichten kann für die Zukunft nur durch einen Erfüllungsanspruch beseitigt werden.
[1372] *Honsell*, 502.
[1373] *Honsell*, 506.

werden[1374]. Art 289 AU.DCG des Achten Buches Sieht im Fall der Abnahme eines Teils der Lieferung bei teilweise fehlende Lieferung lediglich der Anspruch auf Schadensersatz vor. Da dabei die Vertragsaufhebung ausdrücklich ausgeschlossen ist, ist nachvollzierbar eine Ersatzlieferung im Sinne des Art 283 AU.DCG zu verlangen.

2.1.1 Voraussetzungen

Der Erfüllungsanspruch des Käufers ermöglicht es ihm, bei Vertragsverletzungen die Erfüllung aller Pflichten des Verkäufers ohne Unterschied[1375] der ursprünglich vorgesehen Leistung zu verlangen. Art 46 UN-Kaufrecht wie alte Art 250 Abs 1 AU.DCG normieren dieser Aspekt zur Nachholung der Erfüllung. Eine angemessene Frist zur Nachholung der Erfüllung kann der Käufer dem Verkäufer einräumen (Art 47 UN-Kaufrecht; alter Art 251 Abs 1 AU.DCG).Im Vorfeld kann der Verkäufer von der Aussetzung der eigenen Erfüllungspflicht oder von der Zurückweisung für den Fall einer vorzeitigen mangelhaften Lieferung und einer Zuviellieferung Gebrauch machen. Die Mehrlieferung ist ein Sachmangel und kann ergänzend durch Erfüllungsansprüche auf Nachbesserung und Ersatzlieferung beseitigt werden[1376]. Der Ersatzlieferung iSd Art 283 AU.DCG liegt Lieferung mangelhafter Ware zugrunde.

Vorbehaltlich anderer Absprachen der Parteien (die gegebenenfalls auch in den AGB niedergelegt oder stillschweigend getroffen sein können) oder anderer Gebräuche oder Gepflogenheiten steht dem Käufer im Fall von Leistungsstörungen (der Verkäufer ist seinen Pflichten überhaupt nicht oder jedenfalls nicht in der gebotenen Art und Weise nachgekommen) das in Altem Art 250 Abs 1 AU.DCG und Art 45 CISG zusammengefasste Recht zu. Die Leistungsstörung ist als einheitlicher Begriff zu verstehen[1377](Vom einheitlichen Begriff ausgenommen sind Irrtumsanfechtung wegen Irrtum der Leistungsfähigkeit, Zurückbehalterecht, Anfechtung wegen Irrtum über Eigenschaften der Kaufsache, Anfechtung des Kaufvertrags, falsche Angabe, (nach nationaler Institution ZB Wegfall der Geschäftsgrundlage, Hardship, imprevision, Nichtigkeit, Verantwortung, punitive oder exemplary damages).

[1374] *Honsell,* 507.
[1375] *Santos/Toé*, 420.
[1376] *Honsell,* 507.
[1377] *Piltz,* 239.

Ein konkreter Anspruch auf Erfüllung setzt voraus, dass die Pflichtverletzung des Verkäufers durch sein Tun oder Unterlassen herbeigeführt wurde[1378] (Art 80 UN-Kaufrecht).

Die Rechtsbehelfe können als Leistung in natura erfolgen, wenn die Voraussetzungen vorliegen.

Einige Autoren gehen von bestehenden Heilmitteln aus, zumal die Erreichung der Zielsetzung des Vertrages dadurch ermöglicht wird. Wenngleich die Leistung in natura im OHADA-Recht(AU.DCG des Fünften Buches einschließend begrenzt im neuen AU.DCG des Achten Buches bei Ersatzlieferung Art 283 f.) oder im UN-Kaufrecht nicht wie in anderen nationalen Rechtssystemen beschränkt bzw verboten[1379] (Art 1142 C.civ. - französisches Zivilgesetzbuch) sowie ausgeschlossen ist (in Common-Law-Staaten wird grundsätzlich nur Schadenersatz zugesprochen)[1380], braucht dennoch „ein Gericht eine Entscheidung auf Erfüllung in natura nur dann zu fällen, wenn es dies auch nach seinem Heimatrecht bei gleichartigen Kaufverträgen täte, die nicht unter das UN-Kaufrecht oder in das OHADA-Recht fallen“[1381]. Eine Klage auf Erfüllung in natura kommt im österreichischen Recht in Betracht und kann verfahrensrechtlich durchgesetzt werden[1382]. Da die Ausübung des Rechtsbehelfs auf Erfüllung mit anderen Rechtsbehelfen (wie etwa auf Vertragsaufhebung, auf Minderung (Art 81 Abs 1 S. 1) oder auf Ersatz des unmittelbar entstandenen Schadens)) unvereinbar ist bzw da der Fortbestand des Anspruches auf Leistung in natura der Vereinbarkeit entgegensteht, ist dem Käufer eine alternative Verknüpfung zu empfehlen. Dh zunächst den Anspruch auf Pflichterfüllung geltend zu machen und dann Vertragsaufhebung oder Schadenersatz, aber auch Minderung, Hilfs- bzw stufenweise in Anspruch zu nehmen, wenn die geschuldete Leistung vom Verkäufer nicht ordnungsgemäß erbracht wird[1383]. Gleiches ist empefehlenswert bei Ersatzlieferungsanspruch nach Art 283 AU.DCG des Achten Buches.

Während die Befreiung bei Nichterfüllung lediglich im Wirkungsbereich des Schadenersatzanspruches (Art 79 Abs 5) anders als in Art 294 AU.DCG erfolgen soll,

---

[1378] *Haberl,* 29.
[1379] *Santos/Toé*, 420.
[1380] *Haberl,* 29.
[1381] *Karollus,* 199, 140; Vgl *Habderl,* 29.
[1382] *Haberl,* 29.
[1383] *Honsell,* 509.

kann die Beachtung der Erfüllungsfähigkeit zum Ausschluss des Erfüllungsanspruchs führen, wenn die objektive oder subjektive Unmöglichkeit bei einem Sachverhalt in Betracht gezogen wird. Es ist zwar richtig, dass der Erfüllungsanspruch und die Unmöglichkeit der Erfüllung in der Literatur umstritten sind. Eine Auffassung bejaht (billigt zu) die Erfüllung bei Unmöglichkeit, wenn ein Schadenersatzanspruch gerade ausgeschlossen ist. Für andere Ansicht hingegen kommt aufgrund der Möglichkeit der Befreiung Art 79 Abs 5 der Erfüllungsanspruch bei Unmöglichkeit nicht in Betracht – es sei denn angesichts der Erfüllungsfähigkeit ist eine Erfüllung in zeitlicher Hinsicht noch möglich. Es besteht eine Erfüllungsfähigkeit, wenn eine vorübergehende objektive Unmöglichkeit (durch Verschulden des Verkäufers und der intendierte Erfolg des Käufers durch den abgeschlossenen Vertrag) vorliegt und der Interessensausgleich der Parteien sohin wiederhergestellt werden kann, ZB durch das Ansetzen einer Nach- und Nacherfüllungsfrist. Eine Aufrechterhaltung des Vertrages bei subjektiver Unmöglichkeit hängt ausschließlich von persönlicher (wäre unter völlig unzumutbaren Bedingungen abzulehnen) Leistungserbringung (oder ersatzweise durch einen Dritten) ab. Abgesehen davon kann der Käufer bei Unmöglichkeit gegebenenfalls das Recht zur Aufhebung, die Geltendmachung von Minderung oder Schadenersatz[1384] beanspruchen. Auch ein Anspruch auf das stellvertretende commodum kann in Frage kommen. Denkbar ist es im Fall eines Versicherungs- oder Schadenersatzanspruches. Die Befreiung nach Artt 294 und 95 AU.DCG umfasst alle Vertragspflichten.

Wenngleich die Anzeige der Mängelrüge bei Ausübung des Anspruchs auf Pflichterfüllung grundsätzlich nicht erforderlich ist, ist der Käufer verpflichtet, den Rechtsmangel anzuzeigen (vorherig oder gleichzeitig mit der eindeutigen Erklärung auf Pflichterfüllung). Ordnungsgemäßes Verlangen auf Pflichterfüllung ist formfrei. Während die Erklärungspflicht im OHADA-Recht ab erkennbar der Vertragsverletzung zwei Jahre beträgt (Art 301 Abs 2 AU.DCG), ist im UN-Kaufrecht keine ausdrückliche Erklärungsfristregelung vorgesehen. Die jeweilige nationale Verjährungsfrist kann gegebenenfalls beachtet werden. Darüber hinaus kann die Verwirkung lediglich bezüglich untergeordneten Zusatzpflichten infrage kommen, wenn „der Käufer nach Ablauf des Erfüllungstermins längere Zeit verstreichen lässt, ohne dem Verkäufer aufgrund der konkreten ausgebliebenen Leistung zu verlangen, und der Verkäufer aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls darauf vertrauen durfte, dass der

[1384] *Honsell,* 509, 511.

Käufer die Erfüllung nicht mehr geltend machen werde“[1385]. Der Erfüllungsanspruch ist mit ordnungsgemäßer Absendung wirksam. Es erübrigt sich, eine vorhergehende Mahnung oder Ablehnungsandrohung zu unternehmen. Eine Nachfrist kann gesetzt werden aber diese ist nicht erforderlich.

Als positive Rechtsfolge des Anspruchs auf Erfüllung kann der Käufer die Lieferung der Ware und der vertraglich geschuldeten Form verlangen. Das Begehren kann auf vollständige oder teilweise Nicht-Vornahme einer Handlung oder auf Rechtsmangel gerichtet werden. „Dem Verkäufer steht das Recht zur Wahl des Mittels zu, mit denen er den geschuldeten Erfolg herbeiführen will“. Das gewählte Mittel darf für den Käufer keine unzumutbaren Verzögerungen oder Unannehmlichkeiten mit sich bringen. Die Durchsetzbarkeit eines Anspruchs erfolgt durch Erfüllungsklage. Die Kosten im Zusammenhang mit nachträglicher Erfüllung trägt der Verkäufer[1386]. Dabei sind auch im UN-Kaufrecht Verzögerungs- und Begleitschäden (Vermögenseinbußen) infolge nachträglicher Erfüllung miteinzubeziehen.

Der Käufer ist beweispflichtig, dass der Verkäufer verpflichtet und der Pflichterfüllung nicht nachgekommen ist. Auch für die Kosten und Schäden, auch für die Unmöglichkeit der Erfüllung und die Ausübung unvereinbaren Rechtsbehelfs.

Zu erwähnen ist, dass die Erfüllungsansprüche auf Ersatzlieferung und Nachbesserung dem allgemeinen Erfüllungsanspruch vorrangig ist.

2.2 Sonderformen des Erfüllungsanspruchs

Die Sonderformern des Erfüllungsanspruches sind auf Ersatzlieferung und Nachbesserung gerichtet(Art 46 Abs 2 und 3 CISG. Art 283 AU.DCG regelt lediglich die Ersatzlieferung. Das Rechtsinstitut der Erfüllung macht eine Differenzierung hinsichtlich Sachmängel und sonstige Erfüllungsmängel. Als Sachmängel gelten alle Abweichungen von den sachlichen Anforderungen an Menge, Qualität und Art der Kaufsache sowie an ihre Verpackung oder ein entsprechendes Behältnis. Daher ist eine Falschlieferung- die Lieferung von Ware einer anderen Art als vertraglich vereinbart- als Sachmangel zu qualifizieren, aber nicht die Nichtlieferung[1387]. Auch

[1385] *Honsell,* 5 12.
[1386] ; OLG Hamm, Urteil vom 9.6. 1995, CISG-online Nr 146; Vgl *Honsell,* 513.
[1387] OLG Stuttgart, Urteil 5 U 216/99 vom 12.3.2001, CISG-online Nr 841, Ew. III/1); *Honsell,* 481:

Mehrlieferung und qualitative Minderlieferung fallen unten die Sachmängel[1388]. Hingegen wird reine quantitative Minderlieferung in Form von teilweise fehlender Ware als Nichtlieferung qualifiziert (Art 51 CISG; Art 289 AU.DCG) oder als Rechtsmangel). Das Recht zur Ersatzlieferung oder Nachbesserung kommt bei Sachmangel und deren Umsetzung in Betracht.

2.2.1 Ersatzlieferung

Im UN-Kaufrecht besteht der Anspruch auf Ersatzlieferung, wenn die vertragswidrige Lieferung eine wesentliche Pflichtverletzung ausmacht. Im OHADA-Recht wird das Verlangen auf Ersatzlieferung anders geregelt. Wenn der Verkäufer vertragswidrige Ware geliefert hat und der Käufer fristgerecht angezeigt hat, kann der Verkäufer noch zwangsweise auf eigene Kosten und unverzüglich mangelfreie Ware nachliefern (Art 283 Abs 1 AU.DCG). Nach Abs 2 Art 283 kann der Verkäufer mit Zustimmung des Käufers innerhalb vereinbarte Nachfrist vertragsgemäße Ware gegen mangelhafte Ware austauschen. Erfüllt der Verkäufer innerhalb vereinbarter offener Frist, ist er vor Drohung eines Schadensersatzes befreit. Die kosten für Ersatzlieferung trägt allein der Verkäufer. Gemäß Art 284 AU.DCG kann der Verkäufer auch nach fruchtlosem Ablauf der gesetzten Frist immer noch der Sachmangel(auffallende und versteckte Mängel) beheben, aber dem Käufer steht bei Nichtablehnung der Erfüllung das Recht auf Schadensersatz zu. Da im Achten Buch die Wesentlichkeit der Vertragsverletzung für den Ersatzanspruch nicht vorausgesetzt wird, erscheint das OHADA-Recht in dieser Hinsicht gegenüber dem CISG käuferfreundlicher. Im Umkehrschluss ist das UN-Kaufrecht verkäuferfreundlicher.

Die Ersatzlieferung kann nur dann erfolgen, wenn bereits eine Warenlieferung durch den Verkäufer vorgenommen wurde. Die sogenannte „Erstlieferung“ liegt vor, wenn eine Abnahme (Art 262 AU.DCG; 60 lit b UN-Kaufrecht) durch den Käufer stattgefunden hat. Dabei ist die Entgegennahme in Verwahrung (Art 86 UN-Kaufrecht, 272 AU.DCG Erhaltungspflicht) bzw zur Zurückweisung der Ware bei vorzeitiger Lieferung (Art 52 CISG, 290 AU.DCG) oder aufgrund eines faktischen Zurückweisungsrechts infolge einer wesentlichen Vertragsverletzung

[1388] *Honsell,* 481.

auszuschließen[1389]. Der jetzige Art 281 Abs 2 AU.DCG ermöglicht bei gravierend fehlerhaftem Verhalten einer Partei die einseitige Aufhebung einseitig zu erklären.

Ob die Ersatzlieferung durch den Verkäufer selbst erfolgt oder der Käufer sich an einen neuen Partner (einen Dritten) wenden soll, war im herkömmlichen Recht fakultativ. Nach Art 285 C.O.C.C soll der geschuldete Vertragspartner (der Verkäufer) die Mehraufwendungen für die durch den Dritten erworbene Ware oder darüber hinaus entstandene Kosten infolge der Vertragsverletzung dem Käufer zurückerstatten[1390]. OHADA- und UN-Kaufrecht weichen von dieser Konzeption ab, insofern kann der Käufer die Ersatzlieferung (die Rücknahme der Erstlieferung und die Vornahme einer neuerlichen Warenlieferung) lediglich beim Verkäufer begehren, wobei die dadurch entstandenen Kosten allein der Verkäufer trägt(Art 283 iVm Art 284 AU.DCG).

Abgesehen davon ist der Anspruch auf Ersatzlieferung zusätzlich an recht strenge Voraussetzungen gebunden: Ein Ersatzlieferungsanspruch muss im nationalem Recht vorgesehen und durchsetzbar sein. Diese Anforderung ist ausdrücklich lediglich im UN-Kaufrecht vorgesehen (Art 28 UN-Kaufrecht). Weiter besteht der Anspruch auf Ersatzlieferung anders als im Achten Buch nur, wenn die vertragswidrige Lieferung eine wesentliche Pflichtverletzung ausmacht („die der Art schwerwiegt, dass die Rechtsbehelfe Nachbesserung, Kaufpreisherabsetzung und/oder Schadenersatz bei Aufrechterhaltung des Vertrages für den Käufer keinen angemessenen Ausgleich bedeuten“) und auch im OHADA-Recht die erhaltene vertragswidrige Ware im Wesentlichen in unverändertem Zustand zurückgegeben wird[1391] (Art 82 UN-Kaufrecht; Art 298 AU.DCG). Die Rückgabeverpflichtung kann unter bestimmten Umständen nicht mehr gegeben sein, wenn ZB die Verschlechterung oder der Untergang der Ware nicht auf einer Handlung oder Unterlassung des Käufers beruht (Art 82 Abs 2 lit a UN-Kaufrecht; Art 298 letzter HS AU.DCG) oder infolge einer Untersuchung (Art 38 UN-Kaufrecht; Art 270 AU.DCG). Beim normalen Geschäftsverkehr der Ware kann der Käufer diese nicht mehr zurückgeben, wenn er sie weiterverkauft oder verwendet hat,

[1389] *Honsell,* 515; siehe Art 281 AU.DCG, nur Nicht- oder teilweise Lieferung begründet eine Aufhebung des Vertrages.
[1390] *Santos/Toé*, 420.
[1391] *Piltz,* 306.

bevor er die Vertragswidrigkeit entdeckt hat oder hätte entdecken müssen Art 8 CISG iVm Art 38 Ab3 CISG[1392]; Artt 270 Abs 2 iVm 238 AU.DCG.

Da der Verkäufer das allgemeine Verwendungsrisiko sowie das Rückabwicklungsrisiko bei allen Verschlechterung und bei Untergang der Ware trägt[1393], soweit diese Risiken nicht auf Handlungen und/oder Unterlassung des Käufers beruhen oder der Käufer keine Rechnung dafür tragen muss, ist zum Ausdruck zu bringen, dass diese einseitige oder doch überwiegende Belastung des Verkäufers mit den genannten Risiken sich nur mit deren Verursachung durch den Verkäufer infolge dessen Vertragsverletzung erklären lässt, wobei Veränderungen der Ware durch Zufall und höhere Gewalt nicht einzubeziehen sind. Dem Verkäufer steht ein Wertersatz für alle Vorteile (Nutzungen aus der Sache, Früchte und Gebrauchsvorteile) zu, wenn der Käufer die Ersatzlieferung verlangt. Die Ersatzlieferung kommt, wie bereits angeführt, nicht in Betracht, wenn der Käufer die Ware nicht im ursprünglichen bzw wesentlichen Zustand zurückgeben kann[1394]. Der Käufer muss abschließend seine Untersuchungs- bzw Rügeobliegenheit erfüllt haben. Sonst ist dem Käufer die Geltendmachung der Erfüllung oder Schadenersatz verwehrt[1395].

Die Anforderung der Nacherfüllung (Ersatzlieferung und Nachbesserung) gilt nur bei Lieferung vertragswidriger Ware, die in Menge, Qualität und Art sowie hinsichtlich Verpackung oder Behältnis nicht dem Vertrag entspricht[1396], sodass nach ganz herrschender Auffassung anderen Arten nicht ordnungsgemäßer Leistungserfüllung (ZB vollständige Nichtlieferung oder Lieferung von Mindermengen (Art 51 CISG; Art 289 AU.DCG iVm 281 AU.DCG) die Möglichkeit zur Ersatzlieferung verschlossen ist[1397]. Dabei steht nur der allgemeine Erfüllungsanspruch zur Verfügung (Art 46 Abs 1 iVm 51 UN-Kaufrecht). Gleiches galt nach altem Art 250, al 1 AU.DCG des Fünften Buches. Nunmehr kommen Schadenersatz und/oder Vertragsaufhebung in Betracht(Art 281 ivm 289 AU.DCG). Diese Art von Erfüllungsanspruch setzt keine Erfordernisse der wesentlichen Vertragsverletzung(lediglich im UN-Kaufrecht) und der

[1392] *Haberl,* 30, 32.
[1393] Art 283 iVm 284 sowie 298 AU.DCG.
[1394] Zum UN-Kaufrecht *Haberl,*33; Art 298 AU.DCG
[1395] Zum *Honsell,* 482; zur OHADA Art 258, 259 iVm 283 AU.DCG.
[1396] *Haberl,* 31.
[1397] *Honsell,* 517; (MünchKommHGB/benicke Art46Rn 14 *Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen* Art 46 Rn 43

unversehrten Rückgabe der gelieferten Ware voraus[1398]. Bei einem abgrenzbaren Teil der Lieferung kommt die dargestellte Konstellation in Betracht, wenn sich der Ersatzlieferungsanspruch auf diesen Teil der Lieferung (vertragswidrige Ware) konzentriert[1399].

Bei der Lieferung als Zurverfügungstellung stellt sich die Frage, ob der Anspruch auf allgemeine Pflichterfüllung (Art 46 Abs 1CISG; alter Art 250 al 1) oder der Ersatzlieferungsanspruch vorliegt. In der Literatur werden verschiedene Ansichten vertreten. „Da die Ware sich aber noch an ihrem ursprünglichen Ort befindet und ein Transport noch nicht stattgefunden habe", also keine Kosten entstanden sind, wären die Anwendungsvoraussetzungen des Anspruchs auf Ersatzlieferung noch nicht erfüllt[1400].

Verneint wird hingegen diese erste Ansicht, weil keine Sicherheitstellung bzw ausreichende Handhabe für den Käufer einen Pflichterfüllungsanspruch bietet, damit eine unverzügliche Lieferung anderer Ware ermöglicht wird[1401].

Gleiche Differenzierungen gelten hinsichtlich des Charakters des Geschäftes. Bei einem Gattungskauf ist grundsätzlich die Ersatzlieferung wirksam, soweit die gesamte Gattungsware des Verkäufers nicht untergeht. Hingegen bei einem Spezieskauf ist die Geltendmachung eines Ersatzlieferungsanspruchs grundsätzlich ausgeschlossen (aufgrund von vornherein konkreter individualisierter Stückschuld, aber nicht aufgrund Beschaffungsschuld), soweit ein aliud bei einer Falschlieferung geliefert wurde und nicht abweichende Abrede diesbezüglich vorliegt[1402]. Aufgrund vager Formulierung des Art 283 iVm 284 AU.DCG ist der Ausschluss des Ersatzlieferungsanspruch bei einem Spezieskauf vor vornherein rechtlich nicht gedeckt. De facto ist vom diesem Ausschluss aus zu gehen.

Umstritten ist in der Literatur allerdings, ob „ein Rechtsmangel einen Anspruch auf Ersatzlieferung zu begründen vermag". Gemeint wird, ob der Rechtsbehelf auf Ersatzlieferung auf Qualitätsmängel einschränkt oder auch auf sachmängelfreie Ware

[1398] *Piltz,* 303.
[1399] *Piltz,* 304.
[1400] MünchKommHGB/benicke Art46Rn 14 *Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen* Art 46 Rn 43.
[1401] *Honsell,* 515 f
[1402] *Honsell,* 516

geltend gemacht werden kann[1403]. Nach *Honsell* findet der allgemeine Anspruch auf Pflichterfüllung bei Vorliegen eines Rechtsmangels Anwendung[1404]. Da unter Gewährleistung der Rechtsmangel unterliegt (Art 260 AU.DCG), wäre damit die mit der Pflicht zur Lieferung vertragsgemäße Ware gemäß Art 255 ff. AU.DCG unvereinbar.

Da die Ersatzlieferung den Austausch der vertragswidrigen gegen vertragsgemäße Ware zum Ziel hat, besteht der Ersatzlieferungsanspruch auch, wenn der Verkäufer nicht der verlangten Leistung nachkommen kann (etwa weltweit gibt es keine vertragskonformen Produkte, die Speziessache ist nur einmal vorhanden)[1405]. Der Anspruch auf Ersatzlieferung setzt jedoch die Rückgabemöglichkeit der ursprünglich gelieferten vertragswidrigen Ware voraus. Da die Unmöglichkeit infolge Untergang, Veränderung der Ware bei normalem Geschäftsverkehr (Art 82 Abs 2 UN-Kaufrecht; Art 298 AU.DCG) der Erfüllungsfähigkeit der Ersatzlieferung entgegensteht und folglich Schadenersatz ausgeschlossen ist, bleibt dem Käufer, andere Rechtbehelfe(Aufhebung des Vertrages[1406]) zu ergreifen. Ansonsten kann der Verkäufer befreit werden[1407]. Ob eine Ausnahme vom Prinzip der Rückgabe besteht, wenn die Rückgabe der Vertragsware von der Zug-um-Zug-Lieferung abhängig gemacht wird, wird verneint[1408]. Diese ist lediglich bei der Aufhebung möglich. Die Beschränkung des Anspruchs kann sich, wie bereits angeführt, auch aus Anwendungsbeschränkungen infolge Art 28 CISG ergeben. Das Ersatzlieferungsbegehren ist nicht beschränkt, wenn gerade der Verkäufer über vertragsgemäße Ware nicht verfügt (Bei Bedarf soll der Verkäufer in der Lage sein, die Ware anderweitig beschaffen zu können. Das ist das Ziel des Begehrens), auch wenn der Gegenstand des Kaufvertrages allgemeine marktgängige Ware ist und der Käufer sich diese über einen Deckungskauf unschwer selbst beschaffen könnte[1409].

[1403] *Haberl,* 32
[1404] *Honsell,* 517
[1405] *Piltz,* 297, 304,306
[1406] ausgenommen Aufhebung des Vertrages Art 298 AU.DCG.
[1407] Idem , Art 79 Abs1 und 3. UN-Kaufrecht ; 294 AU.DCG.
[1408] *Honsell,* 523, Art 81.
[1409] *Piltz,* 304:

2.2.2.1 Umsetzung

Wenn im Sinne des Art 35 UN-Kaufrecht, 250 AU.DCG vertragswidrige Ware oder die Erfordernisse der wesentlichen Vertragsverletzung(lediglich im UN-Kaufrecht) in Betracht gezogen werden, um die Ersatzlieferung zu rechtfertigen, muss der Käufer die Ersatzlieferung entweder zusammen mit der Rüge oder in angemessener Frist nach der Rüge verlangen (Art 46 Abs 2 CISG). Die Kriterien zum Bemessen der Frist in Literatur und Judikatur sind unklar. Der Umgang mit dem gerügten Mangel oder mit der Ansetzung einer Frist ist noch nicht in Verhandlung[1410]. Anzumerken ist, dass maßgeblicher Zeitpunkt für das Vorliegen der fehlenden Vertragsmäßigkeit der Zeitpunkt des Gefahrübergangs auf den Käufer ist[1411]. Art 257 des Achten Buches siecht hingegen den Zeitpunkt der tatsächlichen Lieferung vor. Bei Ersatzlieferungsanspruch wird vorausgesetzt, dass der Käufer die gelieferte Ware innerhalb einer kurzen Frist unter Berücksichtigung der Umstände untersuchen muss[1412], und im Falle der Vertragswidrigkeit rechtzeitig und formgerecht anzeigen muss (ordnungsgemäße Mängelrüge) (alter Art 227 AU.DCG, 38 UN-Kaufrecht). „Von Bedeutung ist insbesondere die Einhaltung einer angemessenen Frist für die Mängelanzeige zu dem Zeitpunkt, zu dem der Käufer die fehlende Vertragsmäßigkeit aufgrund der erforderlichen Untersuchung der Ware festgestellt hat oder hätte feststellen müssen“[1413]. Da unflexibel und lange Frist zur Anzeige der Mangelhaftigkeit der Ware dem Käufer zusteht(Artt 258,259, ist das Achte Buch diesbezüglich käuferfreundlicher. Auch wie in Art 40 UN-Kaufrecht ist ein Verzicht der Verkäufer auf Mängelrüge anzunehmen bei arglistigem Verhalten oder insbesondere bei „vices cachés“, versteckte Mangel. Die Untersuchungsobliegenheit ist nicht identisch mit dem Untersuchungsrecht des Art 58 UN-Kaufrecht, wonach der Käufer nicht den Kaufpreis zahlt, bevor er nicht Gelegenheit zur Untersuchung der Ware hatte. Da im UN-Kaufrecht die angemessene Anzeigefrist mit dem Zeitpunkt, zu dem der Käufer die Vertragswidrigkeit entweder „festgestellt hat oder hätte feststellen müssen“ beginnt,

---

[1410] *Vgl KGER Schaffhausen,* Urteil vom 27.1.2004, 11/1999/99, CISG-online Rr. 960, Ew. 37 f *betreffend Fristansetzung zur Nachbesserung; Vgl Honsell, 523*
[1411] *Koziol/Welser*, I/12a, 173
[1412] *Piltz,* 264
[1413] *Honsell,* 523

soll der Käufer bzgl Ersatzlieferung grundsätzlich damit rechnen können[1414], zumal ordnungsgemäßes Verlangen auf Ersatzlieferung an keine Form gebunden ist.

Die Ersatzlieferung nach Art 283 AU.DCG wie bereits angeführt, setzt die Rüge- und Anzeige der Vertragswidrigkeit voraus, wobei der Verkäufer auch gegen dem Willen des Käufers unverzüglich auf eigene Kosten die Ersatzlieferung durchsetzen kann. Bei vereinbarter Nacherfüllungsfrist kommt ein Schadensersatzrecht erst in Betracht, wenn nach fruchtlosem Ablauf der Frist eine Nacherfüllung nicht abgelehnt wird(Art 284 AU.DCG).

Da die Ersatzlieferung, wie bereits angeführt, an recht strenge Voraussetzungen gebunden ist (wie etwa die Erforderlichkeit der wesentlichen Vertragsverletzung), erschien ihre Bedeutung bzw Zweck im Fünften Buch als Schutzfunktion für die Interessen des Käufers in der Literatur zweifelhaft[1415]. Der Kritiker ging davon aus, dass solch strengere Voraussetzungen im UN-Kaufrecht verständlich sein sollen, zumal der internationale Warenkauf öfter als Beförderungsverkauf anzusehen ist und Ersatzlieferung wiederum Beförderung der (Ersatz)Ware und damit verbundenen Aufwand bedeutet. Im Fall des internen Warenkaufs bereitet dem Verkäufer das soeben Dargestellte keine Schwierigkeiten. Der Lösungsansatz im traditionellen Recht bietet dem Käufer mehr Schutz, indem sich dieser bei Lieferung vertragswidriger Ware an einen Dritten wenden kann, um die gewünschte Ware zu erwerben[1416].Nach Art 283 AU.DCG des Achten Buches wird nunmehr für die Ersatzlieferung keine wesentliche Vertragsverletzung begründet. Damit ist das neue Recht teilweise Käuferfreundlicher als das UN-Kaufrecht. Dennoch wird bemängelt, dass je nach Art des Mangels keinerlei differenzierte Rechtsbehelfe etwa Ersatzlieferung, Nachbesserung oder Preisminderung vorgenommen wird. Nach Art 283 sollte auch bei bloß geringfügigem Mangel das Ersatzlieferungsrecht in Anspruch nehmen. Ob die Ersatzlieferung mit erheblichen Unannehmlichkeiten verbunden oder aus in der Person des Verkäufers liegenden Gründen nicht zumutbar wäre, ist fraglich. Eine Verweigerung der Ersatzlieferung begründet eine Aufhebung des Vertrags(Art 281 AU.DCG) oder eine Kaufpreisherabsetzung (Art 2 88 AU.DCG) sowie Schadensersatz

[1414] *Piltz,* 264, 307
[1415] *Santos/Toé* , 421
[1416] *Santos/Toé* , 421

(Art 289 AU.DCG). Das österreichische Recht schließt anders als das Achte Buch ein Wandlungsrecht bei bloß geringfügigem Mangel ausgeschlossen[1417].

Im Übrigen steht der Anspruch auf Ersatzlieferung wie auf Nachbesserung im UN-Kaufrecht oder im Fünften Buch anders als im Achten Buch erst nach mangelhafter Lieferung zu, aber das Recht auf Ersatzlieferung setzt eine wesentliche Vertragsverletzung voraus, sodass keine Anspruchsgrundlagenkonkurrenz zwischen dem Erfüllungsbegehren und dem Ersatzlieferungs- und Nachbesserungsbegehren besteht[1418]. Da auch bei wesentlicher Vertragsverletzung die Aufhebung des Vertrages (Art 49 UN-Kaufrecht, alter Art 254 AU.DCG) in Frage kommen könnte, ist zu erwähnen, dass der Anwendungsbereich des Aufhebungsrechts auch im Achten Buch(Art 281 AU.DCG) alle Erfüllungsmängel erfasst, während die Ersatzlieferung nur bei fehlender Vertragsmäßigkeit der Ware zur Anwendung gelangt. Gleiches galt im Fünften Buch (alte Art 219 iVm 250 al 1 und 248 AU.DCG entsprechen(Artt 35, 25 UN-Kaufrecht). Die Wesentlichkeit als struktureller Tatbestand des Ersatzlieferungsanspruchs ist dem Aufhebungsrecht vorrangig[1419]. Wesentliche Vertragsverletzung wird definiert (Art 25 UN-Kaufrecht) oder angenommen, “wenn sie für die andere Partei einen solchen Nachteil zur Folge hat, dass ihr im Wesentlichen entgeht, was sie nach dem Vertrag hätte erwarten dürfen, es sei denn, dass die vertragsbrüchige Partei diese Folge nicht vorausgesehen hat und eine vernünftige Person der gleichen Art diese Folge unter den gleichen Umständen auch nicht vorausgesehen hätte“) „Das Fünfte Buch enthielt eine funktionell vergleichbare Norm in Art 248 AU.DCG. Hier fielt zunächst auf, dass der darin verwandte Begriff - "manquement essentiel" - vom Wortlaut des CISG abwicht. Im Übrigen übernahm die Vorschrift die Legaldefinition aus Art 25 HS. 1 CISG jedoch wörtlich; die entscheidende Abweichung fand sich dann in dem begrenzenden Element im 2. HS der Vorschrift. Während nach CISG eine wesentliche Vertragsverletzung ausscheidet, wenn die eingetretenen Folgen für die vertragsbrüchige Partei nicht vorhersehbar waren, lag ein „manquement essentiel“ nach altem Art 248 AU.DCG dann nicht vor, wenn der

[1417] *Kerschner/P.Bydlinski*, 18.
[1418] *Haberl,* 31.
[1419] *Honsell,* 518.

Vertragsbruch auf Einwirkung eines Dritten oder höherer Gewalt (force majeure)“ beruhte [1420].

Die Möglichkeit einer bestehenden Nacherfüllung des Erfüllungsmangels wird bei der Feststellung der Wesentlichkeit in der Literatur und in der Judikatur überwiegend befürwortet. Konkret erfolgt die Feststellung aufgrund der vertretenen Ermittlungstheorie. Nämlich die Abwägung zwischen der Erheblichkeit und den Modalitäten der Behebbarkeit der Pflichtverletzung im Rahmen einer hypothetischen Gesamtschau aller objektiven Umstände des Einzelfalls[1421]. Im Ergebnis können die Erheblichkeit des Erfüllungsmangels durch zumutbare Behebbarkeit (anderweitige Verwendbarkeit bzw adäquate anderweitige Verarbeitungsmöglichkeit der Ware) zum wirksamen Nacherfüllungsrecht (Art 48 UN-Kaufrecht, alter 252 AU.DCG) führen und demzufolge der Ersatzlieferungsanspruch entfallen oder Nachbesserung begründet werden kann[1422]. Anders ist, wenn die besonderen Interessen des Käufers vorliegen und die Erheblichkeit vor die Behebbarkeit geht. Diese Fälle können sich aus dem Geschäft mit Fixcharakter ergeben. Hier geht man von einer Unbehebbarkeit bzw Nichterfüllung aus, nicht aber von einer Behebbarkeit bzw Schlechterfüllung - gleiches gilt im Falle eines Verlusts der Vertrauensgrundlage. Daher ist eine Verhältnismäßikeitsprüfung (Erheblichkeit und Behebbarkeit anhand Nacherfüllungsrechts) auch entbehrlich und ist das Aufhebungsrecht anzunehmen, wenn „im Hinblick auf eine zu erwartende Dauer von bis zu einem Jahr für die Fertigstellung der vertraglich geschuldeten Installation einer Maschine, die gemäß Vertrag bereits seit mindestens einem Jahr vor dem Entscheid hätte betriebsbereit sein sollen“[1423].

Wenn die Nachteile des Käufers durch andere Rechtsbehelfe ausgeglichen werden können, ist eine Ersatzlieferung daher kaum gerechtfertigt(lediglich im UN-Kaufrecht). Darüber hinaus wird die Rückabwicklung von Verträgen möglichst vermieden. Dieses Anliegen teilen die Kaufrechte[1424].

[1420] *Schroeter,* cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/schroeter.html(2.2. 2012)
[1421] *Honsell,* 518.
[1422]CIETAC, Entscheid vom 11.11.2002, CISG-online Nr 1571; Vgl *Honsell,* 519.
[1423]ICAC, Entscheid vom 25.1.2004, CISG-online Nr 1437; Vgl Idem 522.
[1424] *Piltz,* 304

Bei der Ersatzlieferung wie bei Aufhebung muss der Käufer grundsätzlich die gelieferte Ware in dem Zustand zurückgeben können, in dem er sie erhalten hat. Wenn dieser Verpflichtung nicht nachgekommen werden kann, verliert der Käufer seinen Anspruch auf Ersatzlieferung. Bei Verschlechterung bzw Untergang der Ware gelten dieselben Regeln. Diese Regeln weichen von der Rechtslage im ABGB ab. Die Ansicht ist zu relativieren, insofern besteht weiterhin der Ersatzlieferungsanspruch des Käufers, wenn die folgenden Ausnahmetatbestände erfüllt sind: Die Unmöglichkeit der Rückgaben ist nicht vom Käufer zu verantworten, die Kaufsache ist als Folge der Untersuchung auf Mängel untergegangen, der Käufer hat die Ware im normalen Geschäftsverkehr weiterverkauft oder die Ware ihrer normalen Verwendung entsprechend verbraucht[1425]. Die Ersatzlieferung erfolgt in vollem Umfang und vertragsgemäß. Ort der Ersatzlieferung ist der Lieferort (Art 31)[1426]. Gleiches wäre gewesen vorbehaltlich anderer Absprache der Parteien und Begleitumstände im Fünften Buch(alte Artt 251 und 252 AU.DCG. Auch das Achte sieht nicht anders in dieser Hinsicht vor. Der Verkäufer trägt die entstandenen Kosten infolge Ersatzlieferung sowie Kosten für Verzögerungs- und Begleitschäden. Der Käufer kann eine Frist für die Ersatzlieferung setzen. Eine Übereinstimmigkeit wird in Art 283 AU.DCG verlangt. Eine Ersatzlieferungsklage zur Durchsetzung des Anspruchs ist vorstellbar sowie eine Nachbesserung (aufgrund des Rechts des Verkäufers zur Wahl der Mittel und aufgrund des Grundsatzes des Vorrangs des Nacherfüllungsrechts), soweit ein Ausschluss der Nachbesserung nicht vorliegt (Fall der Unzumutbarkeit Art 48). Bei Ersatzlieferung muss der Käufer die Pflicht zur Schadensminderung nach Art 293 AU.DCG wie im UN-Kaufrecht berücksichtigen[1427].

Der Käufer ist beweispflichtig für das Vorliegen einer (wesentlichen) Vertragsverletzung oder für die Einhaltung von Mängelrüge- und Erklärungsfrist sowie für die Entstehung von Kosten und Schäden. Hingegen trifft den Verkäufer die Beweislast hinsichtlich des Vorliegens einer Unmöglichkeit der Erfüllung sowie für die Ausübung eines Rechtsbehelfes, der unvereinbar ist[1428].

[1425] po*sch*, 209.
[1426] Cour d' Appel de Paris, Urteil vom 4.3.1998, 97/24418, CiSG-online Nr 535
[1427] *Hagge,* 127.
[1428] *Honsell,* 530.

2.2.2 Nachbesserung

Der neue AU.DCG des Achten Buches hat auf Anspruch auf Nachbesserung verzichtet. Überraschend wurde die Nachbesserungsrecht bei vorfristiger Lieferung dem Verkäufer eingeräumt(Art 257 AU.DCG).Vermutlich hat der OHAD-Gesetzgeber solche Ungleichbehandlung des Verkäufers nicht gewollt. Das Nachbesserungsrecht stellt sich als wenig durchgedacht dar.

In Art 250 Abs. 2 des Fünften Buches war den Anspruch auf Nachbesserung nach dem Liefertermin noch vorhanden. Daher wird das Nachbesserungsrecht nur im Vergleich zum AU.DCG des Fünften Buches in Erwägung gezogen. Wie im UN-Kaufrecht (Art 46 Abs 3) richtet sich der Anspruch auf Nachbesserung in der OHADA (alter Art 250 Abs 2 AU.DCG) darauf, dass der Verkäufer, der nicht vertragsgemäße Ware geliefert hat, den vertragsgemäßen Zustand nachträglich durch eine Ausbesserung der Ware herbeiführt. Die Nachbesserung grenzt sich zur Ersatzlieferung ab, in dem die nicht vertragsgemäße Ware bei Nachbesserung nicht vollständig ausgetauscht wird (bei einem Austausch von Teilen liegt eine Ersatzlieferung erst dann vor, wenn alle wesentlichen Teile ausgetauscht werden müssen und nur wenige nebensächliche Teile weiter Verwendung finden)[1429]. Die Anwendungsvoraussetzungen sind in beiden Regelwerken gleichermaßen. Da es sich bei Nachbesserung im Wesentlichen um Reparatur (Veränderungen am Aufbau), Einstellungen (Justierung von Maschinen) sowie den Austausch von Einzelteilen (Ersetzen einzelner Komponenten einer Maschine) handelt, muss wie bei Ersatzlieferung ein Sachmangel vorhanden sein.

Der Anspruch auf Nachbesserung besteht (ausgenommen wesentliche Vertragswidrigkeit des Verkäufers und vernünftige Entschuldigung des Käufers bei fehlender Anzeige, rechtsmangelhafte Ware sowie echte Quantitätsabweichungen der Ware) nicht nur, wenn "der Verkäufer in Erfüllung eines Kaufvertrages die Ware liefert, die im Hinblick auf Menge, Qualität, Art oder Verpackung sowie Aliud-Lieferungen nicht den vertraglichen Absprachen oder den sonst maßgeblichen Vorschriften entspricht", sondern auch, wenn nur Teile der gelieferten Ware vertragswidrig sind (Art 51 Abs 1 UN-Kaufrecht, 255 AU.DCG). Nach herrschender Meinung gilt dies jedoch nicht bei

[1429] *Honsell,* 534.

vollständiger Nichtlieferung oder quantitativer Minderlieferung[1430]. Demnach „gilt bei Quantitätsmängeln der Nachtrag des Fehlenden als Nachbesserung, sondern hier hat der Käufer hinsichtlich des Fehlenden einen Erfüllungsanspruch (Art 51)“. Hingegen steht dem Käufer der Nachbesserungsanspruch zu, soweit dieser sich lediglich auf einen abgrenzbaren Teil der vertragswidrigen Lieferung konzentriert[1431]. Art 289 AU.DCG des Achten Buches sieht ein Anspruch auf Schadensersatz vor, wenn die Teile der gelieferten Ware vertragswidrig sind und der Käufer die gesamte Lieferung nicht ablehnt.

Beim Nachbesserungsanspruch der fehlenden Vertragsmäßigkeit der Ware wird vorausgesetzt, dass bereits eine tatsächliche Warenlieferung (Inbesitznahme) stattgefunden hat. Ob es sich beim Geschäft um Gattungskauf oder Stückkauf handelt, ist unerheblich. Unerheblich ist auch, ob es sich beim Mangel um einfache oder um wesentliche Vertragsverletzung handelt[1432]. Anders bei Ersatzlieferungsanspruch, wie bereits angeführt. Zu erwähnen ist, dass maßgeblicher Zeitpunkt für das Vorliegen des Sachmangels der Zeitpunkt des Gefahrübergangs auf den Käufer ist[1433]. Die Beschränkungen des Anspruchs infolge bedingter Durchsetzbarkeit (aufgrund ZB Art 28), infolge Geltendmachung eines unvereinbaren Rechtsgeschäfts und infolge der Erfüllungsfähigkeit sind wie beim Anspruch auf Pflichterfüllung entsprechend.

Aufgrund der Unzumutbarkeit (ausschließlich seitens der Verkäufer ZB Art 48 Abs 1) liegt der Nachbesserungsanspruch nicht vor, wenn die Nachbesserung dem Verkäufer Unzumutbares abverlangt (Unzumutbarkeit seitens der Verkäufer war nicht ausdrücklich im Fünften Buch vorgesehen, aber aufgrund der Auslegung des alten Art 250 al 2 nachvollziehbar)[1434]. Obwohl dieser unter Berücksichtigung aller Umstände für den Verkäufer nicht zumutbar ist (ZB ist der schlichte Händler ohne eigene Produktion oder Werkstatt daher grundsätzlich nicht verpflichtet, besonderes Know-how oder nicht unerhebliche technische Ausstattungen voraussetzende Reparaturen vorzunehmen), übernimmt jedoch der Hersteller in der Regel eine Verantwortung für das Gesamtprodukt und kann ihm demzufolge die Nachbesserung zugemutet werden,

[1430] *Haberl,* 31.
[1431] *Piltz,* 302.
[1432] *Honsell,* 531.
[1433] *Honsell,* 531.
[1434] *Gomez*, 143.

wenn der Käufer unmittelbar von ihm erwirbt[1435]. Dabei wird bei der Beurteilung der Zumutbarkeit ein objektiver Maßstab angelegt, aber nicht die subjektive Sicht des Verkäufers berücksichtigt[1436]. Sodass auch über obligationsmäßige Aufwendungen oder Anstrengung des Verkäufers die nachträgliche Herstellung des von ihm eingegangenen Leistungsversprechens zumutbar wäre[1437].

Nachbesserung umfasst nicht nur die Reparatur, sondern auch den Austausch fehlerhafter Teile sowie die Lieferung von Ersatzteilen[1438].

Da die Nachbesserung zum Ziel hat, die bereits gelieferte Ware in einen vertragsgemäßen Zustand in vollem Umfang zu bringen, erscheint daher die Ersatzlieferung nicht unabdingbar. Der Nachbesserungsanspruch kommt zur Bedeutung, wenn Nachbesserung oder die alternative Möglichkeit[1439] zur Erreichung des gleichen Ziels (vertragsgemäße Ware) kurzfristig erfolgen[1440].

Anzumerken ist, dass ein Nachbesserungsanspruch bei belanglosen Abweichungen oder irreparablen Defekten nicht zugemutet werden kann[1441].

Zum Ausdruck zu bringen ist, dass „die Zumutbarkeit [danach] beurteilt wird, ob dem Verkäufer große Kosten (bzw technische Schwierigkeiten bei der Reparatur) entstehen bzw der Käufer den Mangel nicht auch selbst ohne großen Aufwand beheben könnte“[1442] .Unzumutbarkeit liegt vor, wenn der durch den Verkäufer aufzubringen erforderliche Aufwand für die Nachbesserung in einem - gemessen am berechtigten Interesse an einer vertragsgemäßen Erfüllung – sachlich nicht mehr rechtfertigenden Verhältnis zu dem daraus resultierenden Vorteil des Käufers steht[1443]. Dabei kann die Unzumutbarkeit auf wirtschaftlichen (erhebliche Aufwendungen müssen von vornherein zur Annahme eines Verzichts auf Ausbesserung führen[1444] - oder tatsächlichen Gründen (der Verzicht auf Ausbesserung muss angenommen werden, wenn der

[1435] *Piltz,* 302; *Haberl,* 33.
[1436] *Honsell,* 532.
[1437] *Honsell,* 532.
[1438] *Piltz,* 302.
[1439] *Piltz,* 302.
[1440] *Santos/Toé*, 421.
[1441] *Piltz,* 303.
[1442] *Haberl,* 33 ; *Piltz* 302.
[1443] *Honsell,* 532.
[1444] KGer Schaffhausen, Urteil vom 27. 1. 2004, 11 /1999/99, CISG-online Rr. 960, Ew. 3/f.; Vgl *Honsell, S 533*

Verkäufer mit außergewöhnlichen Schwierigkeiten zur Nachbesserung konfrontiert ist und der Käufer seinerseits hinsichtlich der Ausbesserung wesentlich einfachere Maßnahmen einleiten kann - er kann ZB die notwendigen Nachbesserungsarbeiten selbst organisieren und entsprechend Kosten als Schadenersatz gelten machen) beruhen. Eine Ersatzlieferung kann zumutbar sein als Ausbesserung, wenn der Aufwand für die Nachbesserung die Kosten für die eine Ersatzbeschaffung deutlich übersteigt. Denkbar ist ein Nacherfüllungsrecht des Verkäufers im Sinne der Ersatzlieferung[1445].

Die Geltendmachung der Nachbesserung muss wie bei Ersatzlieferung innerhalb angemessener Frist nach der Anzeige der Vertragswidrigkeit erfolgen[1446] (Art 250 Abs 3 AU.DCG; 46 Abs 3 UN-Kaufrecht).

Der Nachbesserungsanspruch liegt nicht vor, wenn der Käufer entweder ordnungsgemäß nicht gerügt hat oder der Verkäufer nicht auf die Rüge verzichtet hat und dem Käufer die nicht ordnungsgemäße Anzeige vorhalten kann. (Dh der Nachbesserungsanspruch liegt nicht vor bei Leistungsstörung, bei der keine Anzeige vorgesehen ist. Bei Leistungsstörung bezüglich anderer Verkäuferpflichten wie ZB „vices cachés“ nach Art 231 al 2 AU.DCG kann der Untererworbene die Nachbesserung unmittelbar gegenüber dem Vorlieferanten geltend machen, wenngleich dieser Anspruch vertraglich ausgeschlossen ist[1447]. Das Achte Buch hat auf derartiger Rechtsbehelf verzichtet.

Der Rechtsbehelf steht dem Käufer nicht zur Verfügung, wenn er die Vertragswidrigkeit bei Vertragsverletzung kannte oder nicht in Unkenntnis darüber sein konnte (Art 35 Abs 3). Die fahrlässige Unkenntnis schadet bereits bei fehlender Vertragsgemäßheit.

Bei ordnungsgemäßer Mängelrüge (nach überwiegender Ansicht sollen bei einer weiteren Geltendmachung des Nachbesserungsanspruchs aufgrund des Fehlschlagens der vorgängigen Nachbesserung die Rügeformalitäten nochmals einzuhalten sein[1448]) und Verlangen auf Nachbesserung (Anforderungen an Inhalt, Form, Übermittlung und Wirksamkeit) gelten die Ausführungen zur Ersatzlieferung entsprechend. Daher kann die Rüge mit der Erklärung des Begehrens der

[1445] *Honsell,* 534.
[1446] *Piltz,* 243.
[1447] *Gomez*, 135
[1448] *Honsell,* 534.

Nachbesserung unmittelbar verbunden sein oder innerhalb angemessener Frist nach der Mängelrüge verlangt werden (46 Abs 3 UN-Kaufrecht entspricht Art 250 al 3 AU.DCG des Fünften Buches). Da die Abklärungs- und Entscheidungsphasen im Hinblick auf die Bedeutung des Mangels bei Nachbesserung weniger Schwierigkeiten bereiten als bei Ersatzlieferung, ist von einer viel kürzeren Frist auszugehen[1449].

Der Ort der Nachbesserung ist jenem der Ersatzlieferung entsprechend. Nämlich der Lieferort[1450], der Bestimmungsort (aufgrund Bringschuld), der Belegenheitsort oder Nutzungsort (an den die Ware für ihre bestimmungsgemäße Nutzung verbracht wurde; an dem Ort, an dem sich die Ware bestimmungsgemäß befindet, ist von „Kostenneutralität" auszugehen) und dieser vorbehaltlich abweichender (2. fall stimmt) Absprachen der Parteien oder Gepflogenheiten und Handelsbräuche. Unter Berücksichtigung der Kostentragungspflicht des Verkäufers würden beim Platzkauf oder Verkauf von eingelagerter Ware für den Rücktransport zur Nachbesserung gesonderte zwingende Kosten anfallen. Beim Versendungskauf oder reisenden Kauf ist vernünftigerweise von dem Bestimmungsort als Ort zur Nachbesserung auszugehen. Fraglich ist, ob beim Verkauf von Massengütern ein Abbruch des vorgesehenen Weitertransports zur Nachbesserung veranlasset werden kann. Ein Abbruch wäre möglich, wenn der Käufer dem Verkäufer seine Absicht mitteilt und einschlägige sachdienliche Maßnahmen in Absprache mit dem Verkäufer trifft[1451]. Die Ortsveränderung ermöglicht das Nacherfüllungsrecht zur Vermeidung von Mehrkosten für den Verkäufer zu Lasten des Käufers. Dabei sind die verankerten Zumutbarkeitsgrenzen zu berücksichtigen. Insofern geht der Nacherfüllungsanspruch dem Nachbesserungsanspruch vor.

2.2.2.1 Umsetzung

Im UN-Kaufrecht wird grundsätzlich vorausgesetzt, dass bei Nachlieferung fehlender Teilmengen, Nachbesserung, Ersatzlieferung bereits gelieferter rechtsmangelhafter Ware oder bei sonstigen Leistungsstörungen[1452] ein dahingehendes Erfüllungsverlangen des Käufers erfolgen wird. Das Verlangen der Erfüllung (ausdrücklich, Aufforderung oder schlüssige Erklärung) muss im Falle der Lieferung

[1449] *Honsell,* 534.
[1450] Cour d´Apell de Paris, Urteil vom 4.3.1998, 97/24418, CISG-online Nr 535.
[1451] *Honsell,* 536.
[1452] *Piltz,* 308.

vertragswidriger Ware innerhalb angemessener Frist nach Anzeige der Vertragswidrigkeit erklärt werden: Gleiches galt im Fünften Buch(alte Artt 228 iVm 229 AU.DCG). Es steht dem Käufer das Recht zu, für jede Art von Erfüllungsverlangen eine Nachfrist zu setzen, damit der Verkäufer der Erfüllung seiner Pflichten nachkommen kann (Art 47 Abs 1 UN-Kaufrecht entspricht altem Art 251 Abs 1 1 AU.DCG)[1453]. Man geht davon aus, dass die Setzung einer Nachfrist für die Erfüllung vor deren Ablauf grundsätzlich die Überwechselung auf andere Rechtsbehelfe verschlossen werden kann[1454](Art 251 al 2 Art 47 Abs 2). Eine fakultative Verknüpfung stellt keine Ausübung im Sinne der Vorschriften dar. Allerdings steht dem Käufer das Recht zu, Schadenersatz infolge der Erfüllungsverspätung in Anspruch zu nehmen, wenn das Nachbesserungsverlangen erfolglos geblieben ist. Gleiches gilt bei der Minderung und Vertragsaufhebung. Ein Übergang vom Nachbesserungsanspruch zum Vertragsaufhebungsrecht kann ausnahmsweise zugelassen werden, wenn „sich die Wesentlichkeit des Sachmangels entgegen der ursprünglichen Annahme erst zu einem späteren Zeitpunkt aufgrund der fehlenden Beseitigung im Rahmen der Nacherfüllung ergibt."

Aufgrund der Schadenminderungspflicht und folglich der Einschränkung des Erstattungsanspruchs des Käufers insbesondere im UN-Kaufrecht (Art 77) ist eine schnelle Ersatzvornahme des Käufers nach dem Erfüllungstermin nicht anzuraten[1455].

Nach Art 28 UN-Kaufrecht können nationalrechtliche Vorschriften der prozessualen Durchsetzbarkeit jeder Art dem Erfüllungsanspruch entgegenstehen[1456]. Allerdings gelten diese Bestimmungen im Fall einer Erfüllung in natura (ZB Ersatzlieferungsbegehren oder Nachbesserung). Im OHADA-Recht hingegen wird die

[1453] Eine Nachfrist ist nicht mit der Gnadenfrist identisch. Ob aber grundsätzlich über die vom Gläubiger gesetzte Nachfrist hinaus eine richterliche „Gnadenfrist gestattet werden kann, ist in der Literatur fraglich. Siehe *Hagge*, 122, da Art 1184 Abs 3 iVm Art 1244-1 bis 1244-3 Code civil dem Gericht gestatten, das über die Aufhebung des Vertrags zu entschieden hat, diese unter gewissen Umständen zunächst abzulehnen und statt dessen dem Schuldner eine Gnadenfrist für die Erfüllung seiner vertraglichen Pflichten zu gewähren.so *Hagge* ; Vgl *Flour/Albert/Flour/Savaux*, Anm. 273.; *Ghestin*, R.D.A.I. 1988, 5 (23); *Kappus*, RIW 1992, 528 (532); *Huber /Constantinesco*, S 179.Im UN-Kaufrecht (Art 45 Abs 3) darf ein (Schieds-)Gericht dem vertragsbrüchigen Verkäufer keine solche zusätzliche Frist gewähren, wenn der Käufer ein Recht wegen Vertragsverletzung ausübt. Dazu *Hagge*, 125 f., er befürwortet, dass das Prüfungsrecht des Gerichts hinsichtlich der Angemessenheit sich auf der vom Käufer gesetzten Nachfrist beschränkt.

[1454] *Piltz,* 309, 314.

[1455] *Honsell,* 538.

[1456] *Hagge,* 123; *Santos/Toé*, anm .678.

Durchführung des Ersatzlieferungsanspruchs nicht wie im Art 28 des UN-Kaufrechts ausdrücklich beschränkt[1457]. Auch im Fünften Buch konnte das Entgegenstehen der Durchsetzbarkeit jeder Art des Erfüllungsanspruchs aufgrund der nationalrechtlichen Vorschriften ediglich als Folge des Kollisionsrechts in Betracht gezogen werden (Art 250, al 1 AU.DCG des Fünften Buches) zumal das OHADA-Recht vorrangig ist und als Nationalrecht der Vertragsstaaten gilt[1458].

Die Verjährung des Erfüllungsanspruchs war jedoch nicht wie im UN-Kaufrecht nach nationalem Recht zu beurteilen, sondern nach Ablauf einer Frist von zwei Jahren (alter Art 274 AU.DCG). Bei Ansprüchen wegen vertragswidriger Lieferung läuft diese ab Erkennbarkeit des Mangels (alter Art 275 Abs 2 AU.DCG) ab. Ohne Unterschied trägt der Verkäufer die Kosten der Nachbesserung und Kosten für Folge- und Begleitschäden.

Der Käufer ist beweispflichtig für das Bestehen der vertraglichen Verpflichtung und das Vorliegen eines Sachmangels nach rügeloser Abnahme der Ware, Einhaltung von Mangelrüge- und Erklärungsfrist sowie für die Entstehung von Kosten und Schäden. Den Verkäufer hingegen trifft die Beweislast für die Unzumutbarkeit und die Unmöglichkeit der Erfüllung sowie die Geltendmachung eines unvereinbaren Rechtsbehelfs durch den Käufer[1459].

2.2.2.2 Nacherfüllungsrecht und Angebot des Verkäufers als freiwillige Erfüllung

Begrifflich soll das Nacherfüllungsrecht vom Nacherfüllungsangebot sowie von der zweiten Andienung aufgrund vorzeitiger Lieferung differenziert werden. Das Verhältnis des Nacherfüllungsrechts zum Aufhebungsrecht zeigt den Vorrang der Aufhebung auf. Das Nacherfüllungsrecht ist in Art 283 und 284 AU.DCG beinhaltet. Da die Nacherfüllung bereits oben umfassend dargestellt wurde, wird im Folgenden die Nacherfüllung vorzeitige Nacherfüllung (Art 257 iVm 290 AU.DCG) berücksichtigt, wobei die Nacherfüllung des Fünften Buches überwiegend wird.

2.2.2.3 Begriff des Nacherfüllungsrechts und Angebots

Das Nacherfüllungsrecht des Verkäufers (alter Art 252 Abs 1 AU.DCG; Art 48 Abs 1 CISG) oder das Nacherfüllungsangebot des Verkäufers (alter Art 253 Abs 1 und 2

[1457] *Santos/Toé* , 420, Verweis 678.
[1458] *Santos/Toé* , 420, Verweis 678.
[1459] *Honsell,* 541.

AU.DCG; Art 48 Abs 2 bis 4 UN-Kaufrecht iVm 37 und 34 UN-Kaufrecht), auch genannt „sellers right to cure“ kommt aus dem amerikanischen Recht[1460] und räumt dem Verkäufer eine zweite Möglichkeit der Vertragsdurchführung trotz anfänglicher Erfüllungsschwierigkeiten ein, ohne dass der Käufer Ansprüche auf Erfüllungsersatz geltend zu machen braucht. Daher wird mit dem „Recht zur zweiten Andienung“ der Anspruch des Käufers auf Minderung oder Schadenersatz wegen unmittelbarem Erfüllungsmangel eingeschränkt. Allerdings wird ein Schadenersatzanspruch vorbehalten, wenn Beeinträchtigungen der Rechtssphäre des Käufers durch die Nacherfüllung nicht ausgeglichen werden[1461]. Der Art 252 Abs 2 AU.DCG hat dies nicht vorgesehen und wirk ähnlich Art 283 AU.DCG, die zwangsweise Durchführung des Vertrags jenseits des Liefertermin. Dem Nacherfüllungsrecht kommt durch die Vermeidung einer Ersatzvornahme durch den Käufer Bedeutung zu. Der Käufer kann nach seiner Mängelrüge den Erfüllungsmangel nicht sogleich selber beheben und die Kosten in Form einer Minderung oder Schadenersatzforderung auf den Verkäufer überbinden[1462]. Mit dem Recht zur Nacherfüllung kann der Verkäufer „bei Nichtlieferung bzw Lieferung nicht vertragsgemäßer Ware (auch bei vorzeitiger Lieferung) von sich aus den Liefertermin mittels sachlich und zeitlich vertretbarer Maßnahmen setzen, um nachträglich eine ordnungsgemäße Erfüllung herbeizuführen. Bei der Nacherfüllung ist bedeutungslos, ob es um Nichterfüllung oder Schlechterfüllung geht. Eine einfache oder eine wesentliche Vertragsverletzung sowie sonstige Pflichtverletzung (jene zur Montage der Ware, zur Stellung einer Bankgarantie, zur Durchführung von Werbemaßnahmen oder zur Einhaltung von Wettbewebsabreden) können das Nacherfüllungsrecht begründen[1463]. Es wird vorausgesetzt, dass die Möglichkeit zur Behebung des Erfüllungsmangels tatsächlich bestehen muss.

Dagegen kann das Nachlieferungsrecht infolge Lieferung der vertragswidrigen Ware jedoch nur zugelassen werden, wenn dieses für den Käufer weder unzumutbare Verzögerung(ZB beim Fixgeschäft, weil die Erfüllungsverzerrung grundsätzlich die Wesentlichkeit der Vertragsverletzung darstellt und die Nacherfüllung folglich nutzlos wäre. Der Zeitverzug kann als wesentliche Vertragsverletzung qualifiziert werden,

[1460] *Santos/Toé*, 422.
[1461] *Honsell,* 560.
[1462] *Vgl OLG Düsseldorf, Urteil vom 15.2.2001, 6 U 86/00, CISG-online Nr 658, Rn36* ; Vgl *Honsell,* 561
[1463] *Honsell,* 561

wenngleich eine einfache Erfüllungsverzögerung vorliegt[1464]. Für die Bemessung der Nacherfüllungsfrist können die Grundsätze der Festlegung der Nachtfrist gemäß Art 47CISG; Art 251 AU.DCG des Fünften Buches berücksichtigt werden. Unzumutbar sind beispielsweise ein Anfang April angebotener, eine unbestimmte Zeit in Anspruch nehmender Versuch zur Behebung gravierender Mängel an hochpreisiger Modebekleidung der Sommersaison, für die bereits im Mai der Ausverkauf beginnt[1465] sowie die drohende Schadenersatzpflicht des Käufers, die sich für die vom Verkäufer für eine Nacherfüllung benötigte Zeit ergeben hätte[1466]) noch unzumutbare Unannehmlichkeiten (Bei gravierenden Unterbrechungen oder Behinderungen im Betriebsablauf des Käufers, Mitarbeiterfreistellungen, umfangreichen Umbau- oder Aufräumarbeiten sowie Auswirkungen auf Verpflichtungen gegenüber den Abnahmen, ausgenommen unerhebliche Restarbeiten, kommt ein unfachmännisches Vorgehen des Verkäufers bei einer Mehrzahl von Versuchen in Betracht. Die Forderung zur Übernahme größerer Auslagen durch den Käufer kann zu einer unzumutbaren Unannehmlichkeit führen, dagegen stellt bloß subjektiver Vertrauensverlust des Käufers ohne konkrete und objektive Auswirkungen keine unzumutbare Unannehmlichkeit dar.) nach sich zieht. Dieses soll dem Käufer weder Schaden noch unverhältnismäßigen Kosten verursacht werden[1467].

Die Ungewissheit über die Auslagenerstattung durch den Verkäufer kann eine unzumutbare Situation darstellen. Die Situation liegt vor, wenn sich aus den Anhaltspunkten ergibt, dass er die Kosten nicht übernehmen kann oder will. Der Käufer kann die Stellung von Sicherheiten für die ihm voraussichtlich entstehenden Aufwendungen verlangen, soweit diese nicht unerheblich sind[1468]. Auch eine objektive oder subjektive Unmöglichkeit zur Beseitigung des Mangels kann von vornherein zum Ausschluss eines wirksamen Nacherfüllungsrechts führen[1469].

Die Art und Weise, wie die Vertragswidrigkeit behoben wird, soll mittels Auswahl der zum Zuge kommenden geeigneten Maßnahme durch den Verkäufer einer

[1464] HGer des Kantons Zürich, Urteil vom 10.2.199, HG 970238.1, CISG-ONLINE Nr: 488, Ew.3.1/c-
[1465] OLG Köln, Urteil 16 U 77/01 vom 14.10.2002. CISG-online Nr 709; Vgl *Honsell,* 562.
[1466] OLG München, Urteil vom 23.6.1995, 271 C 18968/94, CISG-online Nr 368
[1467] *Santos/Toé* , 422.
[1468] *Honsell* 562, Vgl *Herber/Czwerwenka* Art 48 Rn 8.
[1469] Dazu *Honsell,* 562; Vgl *Staudinger/Magnus* Art 48 Rn 10.

vollständigen und ordnungsgemäßen Erbringung der vertraglichen Verpflichtung Rechnung tragen.

2.2.2.4 Differenzierung der Nacherfüllung und Zeitpunkt

Bei vorzeitiger Lieferung (Art 257 AU.DCG des Achten Buches; 37CISG) muss die Nacherfüllung bis spätestens bis zu dem festgesetzten Liefertermin erfolgen. Daher stellt sich die Frage, ob hinsichtlich dieser Konstellation die Erfüllungsmitteilung des Verkäufers an den Käufer als Aufforderung zur Stellungnahme (hinsichtlich des Zeitraums oder des Zeitpunkts zur Behebung der bislang unzureichenden Leistung) erfolgen muss sowie ob die Aufforderung an den Käufer zu einer Mitteilung hinsichtlich der Beseitigung des Erfüllungsmangels erforderlich ist[1470]. Da die beiden Regelwerke bei dieser Frage schweigen (Art 257 wie alter Art 226 AU.DCG; Art 37 UN-Kaufrecht), ist davon auszugehen, dass keine Anzeige-Obliegenheiten des Verkäufers vorliegen sollen, wenn die Nacherfüllung vor der Fälligkeit des Liefertermins erfolgen muss. Zumal dem Käufer bei Pflichtverletzung erst nach dem Liefertermin die Rechtsbehelfe zustehen. Anders hingegen bezüglich des Nacherfüllungsrechts, welches nach dem Liefertermin besteht. Für das Nacherfüllungsrecht und Angebot ist unbedeutend, ob Vertragswidrigkeit wesentlich oder geringfügig ist. Fraglich ist weiter, ob die Nacherfüllung (fehlende Teile, Menge und Ersatz und Behebung der Vertragswidrigkeit der gelieferten Ware) bei vorzeitiger Lieferung verpflichtenden Charakter zu Heilung des Vertrages aufweist oder nicht[1471]. Da ab diesem Zeitpunkt der Entgegennahme der vorzeitig gelieferten Ware die Geltendmachung von Rechtsbehelfen wegen Lieferung vertragswidriger Ware verwehrt wird, erübrigt sich hier, den Auseinandersetzungen über den obligatorischen Charakter des Erfüllungsanspruchs bei vorzeitiger Lieferung vertragswidriger Ware nachzugehen, zumal der Verkäufer rechtlich die Möglichkeit hat, etwaige Vertragswidrigkeiten bis zu dem maßgeblichen Liefertermin zu beheben (Art 257 wie alter Art 226 AU.DCG; Art 37 UN-Kaufrecht).

2.2.2.5 Nacherfüllungsrecht im Sinne Art 48 Abs 1 UN-Kaufrecht, Art 252 AU.DCG

Bei Nacherfüllung im Sinne 48 Abs 1 sowie alte 252 AU.DCG des Fünften Buches ist der Zeitpunkt der Nacherfüllung nur nach dem Liefertermin. Dh als Abgrenzung zur ersten Variante soll die Maßnahme zur Beseitigung des Erfüllungsmangels nach dem

[1470] *Santos/Toé*, 422.
[1471] *Santos/Toé*, 422.

ursprünglich vorgesehenen Liefertermin durchgeführt werden. Unerheblich ist dagegen, wann der Verkäufer die Ware tatsächlich geliefert hat. Gleiches gilt bei allen sonstigen Verpflichtungen[1472].

Der verpflichtende Charakter des Erfüllungsanspruchs ist weiter nicht mehr entbehrlich, wenn die Feststellung einer Vertragswidrigkeit besteht und das Erfüllungsverlangen (aufgrund unvereinbarem Rechtsbehelf (vorzeitige Aufhebung Art 72 UN-Kaufrecht) oder Aufhebung des Vertrages ZB Art 49 UN-Kaufrecht) oder das Nacherfüllungsangebot (nicht abgelehnt wird)[1473] besteht sowie die Nacherfüllung möglich ist. Zu erwähnen ist, dass das nicht abgelehnte Nacherfüllungsangebot (Art 48 Abs 2 bis 4 UN-Kaufrecht; alter Art 253 AU.DCG) sich von der Nacherfüllung nach Art 48 Abs 1 UN-Kaufrecht; alter Art 252 AU.DCG differenziert. Die überwiegende Ansicht geht von einem eigenständigen Nacherfüllungsrecht des Verkäufers aus[1474], und davon, dass das Verfahren aus Art 48 Abs 2 keinerlei Auswirkungen auf die Nacherfüllung aus Art 48 Abs 1 hat. Von Gleichem war im Fünften Buch auszugehen (alter Artt 252 und 253 AU.DCG). Wenn der Käufer rechtzeitig widerspricht, kommt keine Bindungswirkung beim Nacherfüllungsangebot in Betracht. Aufgrund des Art 48 Abs 1 UN-Kaufrecht oder alter Art 252 AU.DCG soll der Verkäufer ungeachtet der Ablehnung immer berechtigt sein, bei Vorliegen der Voraussetzungen der soeben genannten Vorschriften die Nacherfüllung durchzuführen. Dennoch müssen die Regelungen zur Durchführung des Nacherfüllungsrechts aus Art 48 Abs 1 UN-Kaufrecht, alter Art 252 AU.DCG angesehen werden[1475]. Das Nacherfüllungsrecht des Verkäufers ist nicht wie im UN-Kaufrecht unter den Vorbehalt des Aufhebungsrechts gestellt. Im UN-Kaufrecht anders als im Fünften Buch ist der Verkäufer gemäß Art 48 Abs 1 S 1 nach ganz überwiegender Auffassung nicht mehr zu weiteren Erfüllungsversuchen berechtigt, wenn der Käufer zu Recht die Vertragsaufhebungserklärt hat[1476].

[1472] *Honsell,* 564.
[1473] *Piltz,* 299.
[1474] Dazu *Honsell,* 576.
[1475] Vgl *Honsell,* 576.
[1476] Dazu *Hagge,* 126 (Fn 561); Vgl *Schroeter*, Recht in Afrika 2001, 63 (171; Fn.55); *Audit,* Anm. 129; *Herber/Czerwenka*, Art 48, Rn. 9; von *Hoffmann* in *Schlechtriem,* Fachtagung, 299; *Honnold,* Rn. 296; *Karollus*, 142; *Schlechtriem/Huber*, Art 48, Rn.; *Staudinger/Magnus*, Art 48, Rn. 17. A.A. *Bianca/Bonell/Will*, Art. 48, Anm. 2.1.1.1.

2.2.2.6 Nacherfüllungsverlangen des Verkäufers nach Art 48 Abs 2 UN-Kaufrecht; alter Art 253 AU.DCG

Diese Variante der Nacherfüllung (Nacherfüllungsverlangen Art 48 Abs 2 UN-Kaufrecht; alter Art 253 AU.DCG) steht dem Verkäufer offen, sodass die Einschränkungen infolge der Aufhebung wie bei der zweiten Variante (Nacherfüllung im Sinne des Art 48 Abs 1 UN-Kaufrecht, alter Art 252 al 1 AU.DCG) nicht infrage kommen können[1477]. Relevant ist, dass der Verkäufer dem Käufer nachweislich einen Zeitraum oder einen Zeitpunkt zur Behebung der bislang unzureichenden Leistung präzisiert hat[1478], und dass das allgemeine Verweigerungsrecht des Käufers nicht besteht. Des Weiteren soll er auch nicht mehr berechtigt sein, aufgrund der Nicht-Wesentlichkeit der Vertragsverletzung die Aufhebung des Vertrags zu erklären (in der OHADA gerichtlich geltend zu machen). Das Nacherfüllungsangebot (als zweite Variante) nach dem festgesetzten Liefertermin setzt voraus, dass eine Erfüllungsmitteilung des Verkäufers dem Käufer in verständlicher Sprache im Vorfeld erfolgen muss, damit keine anderen Rechtsbehelfe (ausgenommen Schadenersatzanspruch alter Art 251 AU.DCG) in Anspruch genommen werden. Die Erfüllungsmitteilung kann schriftlich oder mündlich erfolgen. Inhaltlich muss die Erklärung ein zweifelsfreies und ernsthaftes Angebot zur Beseitigung des Erfüllungsmangels innerhalb einer bestimmten Nacherfüllungsfrist sowie eine Aufforderung an den Käufer zur Abgabe einer Mitteilung sein[1479]. Weiter muss die erhaltene Mitteilung eine bestimmte Zeitspanne der Nachleistung[1480] Frist darf nicht unangemessen sein, muss ausdrücklich bestimmt ober bestimmbar sein) beinhalten. Eine Erfüllungsanzeige (Abs 3) wird als Aufforderung zur Stellungnahme gewertet, solange aus der Erfüllungsbereitschaft eine bestimmte Frist abgeleitet wird. Der Käufer muss seinerseits nach Empfang der Ankündigung der Nacherfüllung in angemessener Frist ablehnen. Daher soll das Schweigen als Zusage gewertet werden. Folglich tritt die Bindungswirkung zur Last des Käufers ein. Die Erklärung des Verkäufers ist erst mit deren Zugang beim Käufer wirksam. (Hingegen ist die Übermittlung der Ablehnungserklärung des Käufers mit Absendung wirksam Art 27 UN-Kaufrecht). Unerheblich ist weiter, ob der Käufer die Nachbesserung favorisiert und der Verkäufer

[1477] *Honsell,* 577.
[1478] *Piltz,* 299; *Santos/Toé* , 422.
[1479] *Honsell,* 578.
[1480] *Piltz,* 299.

eher die Ersatzlieferung möchte[1481]. Die gleiche Ansicht wird vertreten, wenn der „Käufer aufgrund eines Rechtsmangels die Lieferung neuer, rechtsmangelfreier Ware ins Auge fasst, [ ] und der Verkäufer die rechtliche Beeinträchtigung durch Verhandlungen mit dem Inhaber des Rechts beseitigen möchte“. Ein Erfüllungsverlangen mit Nachfrist kann auch suspendiert werden bzw bedeutungslos sein, wenn ein weiträumig befristetes Nacherfüllungsangebot des Verkäufers nicht abgelehnt wird (Wertung der Ablehnung)[1482], *w*enn der Käufer nicht in angemessener Frist sprachgemäß ablehnt bzw damit einverstanden ist oder kein Gegenangebot macht[1483]. Daher ist der Verkäufer zur Nacherfüllung berechtigt. Somit kann die gewünschte Erfüllung des Käufers während der Dauer der Behebungsfrist verschlossen werden. Der Käufer verliert sogar die Ansprüche auf nicht ordnungsgemäße Leistungserbringung, wenn er der Nacherfüllung widerspricht[1484]. Denkbar ist diesbezüglich eine Ausgleichsregelung, wenn der Käufer eine wirksame Nachfrist gesetzt und der Verkäufer eine Nacherfüllungsfrist angeboten hat. Die Nacherfüllungsfrist des Verkäufers soll als Endtermin der Frist des Käufers als Ablauftermin vorgehen, wenn diese Frist des Verkäufers im Vergleich zur angemessenen Frist des Käufers zumutbar ist[1485].

Das Nacherfüllungsrecht (Art 48 Abs1 UN-Kaufrecht, alter Art 252 Abs 1 AU.DCG) genießt sogar den Vorrang vor dem Erfüllungsanspruch nach Art 46 UN-Kaufrecht oder alter Art 250 AU.DCG und auch vor dem Nacherfüllungsangebot.

Der Ort der Nacherfüllung ist von der Art des Erfüllungsmangels abhängig. Dieser Ort kann an dem Ort sein, an dem die Verpflichtung ursprünglich war oder auch an dem Ort, an dem sich die Ware befindet. Das kann der gewählte Ort durch den Verkäufer sein. Allerdings ist er verpflichtet auf eigene Kosten die Ware beim Käufer abzuholen und wieder zu diesem zurückzubringen[1486].

Übrigens unabhängig vom Schadenersatzanspruch trägt der Verkäufer die Kosten (alle Aufwendungen), die in unmittelbarem Zusammenhang mit der nachträglichen Erfüllung

[1481] *Piltz,* 299.
[1482] *Piltz,* 300.
[1483] *Piltz,* 248, 300.
[1484] *Piltz,* 248, 238, über die Möglichkeit der Nacherfüllung nach Art 48 Abs 2.
[1485] *Honsell,* 584.
[1486] *Honsell,* 563.

der spezifischen Vertragspflicht stehen[1487]. Der Verkäufer ist in die Pflicht genommen, sämtliche Auslagen (Rücksendung der Mangelware und Abholung der Ersatzware sowie notwendige Bereitstellung von eigenem Personal usw.) dem Käufer zu erstatten (welche diesem infolge der Behebung des Erfüllungsmangels entstehen).

Eine Mitwirkungspflicht des Käufers ist erforderlich. Aufgrund des verankerten Prinzips von Treu und Glauben (ZB Art 7 Abs 1 UN-Kaufrecht) und insbesondere aufgrund der Schadenminderungspflicht lediglich im UN-Kaufrecht (Art 77) soll er die notwendigen Handlungen vornehmen, um die für die Behebung des Erfüllungsmangels gewählte Maßnahme zu ermöglichen[1488].

Der Erfüllungsanspruch (ZB nach Art 46 UN-Kaufrecht; alter Art 250 AU.DCG) des Käufers lebt wieder auf, wenn die gesetzte Frist zur Nacherfüllung versäumt wird oder die Leistung des Verkäufers unzureichend ist. Eine Wiederholung der Möglichkeit der Nacherfüllung ist nachvollziehbar, wenn das Angebot der Nacherfüllung wiederum in diesem Sinne angenommen wird[1489].

Da die Empfangstheorie für die wirksame Anzeige der Erfüllungsbereitschaft des Verkäufers statuiert (Art 48 Abs 4) und die wirksame Ablehnungserklärung bereits bei Absendung des Käufers normiert wird, ist ratsam, für den Suspensiveffekt des Nacherfüllungsrechts (Art 48 Abs 2) und für die Sicherstellung einer gewissen Rechtssicherheit für beide Parteien, die „Ausübung der Nacherfüllung von einer vorhergehenden, befristeten Mitteilung des Verkäufers an den Käufer abhängig zu machen. Zu Gunsten des Verkäufers kann die Wirksamkeit der Ablehnungserklärung des Käufers von deren Zugang abhängig gemacht werden. Ausdrückliche Fristen zur Behebung bestimmter Kategorien von Mängeln unter Beachtung ihrer Zumutbarkeit sollen vorgesehen werden“[1490].

2.2.2.7 Verhältnis der Nacherfüllung zum Aufhebungsrecht

Während das Recht zur Nacherfüllung im UN-Kaufrecht unter dem Vorbehalt der Nicht-Aufhebung des Vertrages im Sinne des Art 49 oder 72 steht (dh das Recht des Käufers auf Vertragsaufhebung der Nacherfüllung des Verkäufers (Art 48 Abs 1 UN-Kaufrecht)

[1487] *vgl ICA.* Entscheid vom 23.3.2005, CISG-online Rr. 1481, Ew. 3 4., betreffend Zollabgaben für die Nacherfüllung; Vgl *Honsell,* 564.
[1488] *Honsell,* 568.
[1489] Dazu *Piltz,* 300.
[1490] *Honsell,* 586.

vorgeht[1491]), kam das Vorrang-Prinzip im Fünften Buch nicht in Betracht, weil der Art 254 AU.DCG eine richterliche Gestaltungserklärung der Aufhebung verlangte[1492]. Da Art 281 AU.DCG nun die einseitige oder die richterliche Aufhebung vorsieht, wird bereitet die Wahrung des Nacherfüllungsrechts des Verkäufers im Achten Buch OHADA Schwierigkeiten bereitet, wenn das Aufhebungsrecht ins Spiel kommt. Insofern steht es dem Richter des angerufenen Gerichts frei, die geeignete Lösung unter Berücksichtigung des Wunsches des OHADA-Gesetzgebers zu finden. Eine unberechtigte Aufhebungserklärung führt zum Schadensersatz(Art 281 Abs 3 AU.DCG). Da der Rechtsbehelf der Vertragsaufhebung nicht mehr als ultima ratio gedacht ist, wäre demzufolge nicht mehr tendenziell der Vorrang der Nacherfüllung anzunehmen. Gleiches gilt bereits im UN-Kaufrecht, wonach dem Recht zur Vertragsaufhebung Vorrang vor dem Nacherfüllungsrecht zukommt. Anders galt nach AU.DCG des fünften Buches. Dabei war der Rechtsbehelf der Vertragsaufhebung als ultima ratio gedacht, wobei folglich tendenziell der Vorrang der Nacherfüllung angenommen wurde. Gleiche differenzierte Wahrnehmung galt, wenn eine Aufhebung wegen einer offensichtlich bevorstehenden wesentlichen Vertragsverletzung berechtigt wurde [1493](alter Art 246 AU.DCG; Art 72). Daher ist es schwieriger, in der Literatur das Vorrangverhältnis angesichts der Kontroverse über den Begriff der wesentlichen Vertragsverletzung in Zusammenhang mit der Behebbarkeit des Mangels einzuordnen.

Einerseits wird vertreten, dass die Möglichkeit einer Nacherfüllung und damit die Behebbarkeit anhand einer Abwägung zwischen ihrer Erheblichkeit (besondere Interessen des Käufers überwiegen die Erheblichkeit der Vertragsverletzung - ZB ein Geschäft mit Fixcharakter und besonderem Interesse des Käufers: Verstoß gegen detaillierten Zeitplan für die Lieferung von Isolierpanelen zur Herstellung von arktischen Energieversorgungsstationen, der Lieferzeitraum von 4 Wochen wurde festgelegt. Vegetarische Schnitzel enthielten DNA von gentechnisch veränderter Soja, Vertrauensverlust des Käufers infolge betrügerischem oder sonstigem kriminellen Verhalten, Verkauf von gefälschten Computerprozessoren als wesentliche

[1491] *Haberl,* 20; *Santos/Toé* , 423.
[1492] Darüber hinaus wird die Beseitigung des Vorrangs des Auhebungsrecht eine klare Stärkung der Position des Verkäufers gegenüber dem UN-Kaufrecht bedeutet, so *Hagge,* 126, weil die Nacherfüllung bis zum Zuspruch der Aufhebung möglich ist. Das Gericht hat es dann in der Hand, das Aufhebungsrecht des Käufers mit dem Nacherfüllung des Verkäufers – auch unter Berücksichtigung der Zumutbarkeit einer Nacherfüllung- abzuwägen und zu einem maßvollen Ergebnis zu gelangen, so *Hagge*. Für *Santos/Toé*, Anm. 682, im Zweifel ist die Aufrechterhaltung der Vertragsbeziehungen zu geben.
[1493] *Piltz,* 167; *Santos/Toé*, 423.

Vertragsverletzung[1494] und den Modalitäten ihrer Behebbarkeit im Zuge einer hypothetischen Gesamtschau aller objektiven Umstände des Einzelfalls des Erfüllungsmangels unter Beachtung der zumutbaren Bedingungen (keine unzumutbaren Verzögerungen oder Belastungen) für den Käufer sowie unter Beachtung anderweitiger Verwendung der Ware die Wesentlichkeit der Vertragsverletzung ausschließen kann oder auch nicht.

Andererseits befürwortet eine Auffassung, dass das Aufhebungsrecht bis zum Fehlschlagen (die Zumutbarkeitsgrenze würde überschritten oder die Nacherfüllungsverweigerung vorliegt[1495]) einer möglichen Nacherfüllung durch den Verkäufer suspendiert wird[1496]. Darüber hinaus kann das Nacherfüllungsrecht auch bei Vorliegen eines objektiv schwerwiegenden Mangels Vorrang vor dem Aufhebungsrecht genießen[1497]. Daher stellt in der Praxis auch ein behebbarer Mangel nicht zwingend eine wesentliche Vertragsverletzung dar[1498], weil nicht jedem Erfüllungsmangel ungeachtet seiner Behebbarkeit solch eine Bedeutung zukommt.

Teilweise wurde bei schwerwiegendem Erfüllungsmangel (mit Behebungsmöglichkeit) die Wesentlichkeit der Vertragsverletzung bejaht[1499], teilweise wurde dagegen auf die Behebbarkeit als maßgeblichen Aspekt abgestellt[1500]. Weiter ist aufgrund der dargelegten Situation umstritten, wann das Nacherfüllungsrecht untergeht: Entweder bereits mit Vorliegen einer wesentlichen Vertragsaufhebung und in weiterer Folge einer Aufhebungsklage (zeitliche Priorität; die Nacherfüllung kann weder gegen den Willen des Käufers erzwungen noch innerhalb einer angemessenen Frist nach Abgabe der Ablehnungserklärung (Art 48 Abs 2) erklärt werden[1501], kann aber nach Überschreitung der vom Verkäufer angesetzten Nacherfüllungsfrist untergehen) oder erst mit einer wirksamen Aufhebungserklärung des Käufers[1502].

[1494] OGH; Urteil vom 5.7.2001 6 Ob 117/01, CISG-online Nr 652; vgl *Honsell*, S 572
[1495] OLG Karlsruhe, Urteil vom 19.12.2002, 19 U 8/02, CISG-online Nr 817, Vgl *Honsell*, 573.
[1496] LG Regenberg, Urteil vom 17.12. 1998, 6 O 107/98, CISG-online Nr 514.
[1497] HGer des Kantons Aargau, Urteil vom 5.11. 2002 , OR.2001.00029, CISG-online Nr 715, Ew. 4/b/aa ; Vgl *Honsell*, 569.
[1498] Vgl BGH, Urteil vom 3.4. 1996, BGHZ 132, CISG-online Nr 135, Z II/2/c/dd
[1499] Vgl Cour de Cassation, Urteil vom 23.1.1996, CISG-online Nr 159; OLG Innsbruck, Urteil vom 1.7. 1994, 4 R 161/94, CISG-online Nr 107.
[1500] Vgl OLG Köln, Urteil vom 14.10.2002, 16 U 77/01, CISG-online Nr 709).
[1501] *Honsell,* 574 f.
[1502] *Piltz,* 315; *Honsell,* 570.

Wenn der Erfüllungsmangel im Zuge der Nacherfüllung schwerwiegender ist als zu Beginn angenommen wird, hängt der Beginn der Frist zur Aufhebung von dem gesicherten Wissen (Art 48 Abs 2) des Käufers darüber ab. Dabei erfolgt die Ausübung des Aufhebungsrechts zum Zeitpunkt der durchgeführten Nacherfüllung[1503]. Der Verkäufer ist beweispflichtig für das Vorliegen der tatsächlichen Voraussetzungen der Nacherfüllung sowie für ordnungsgemäßes Angebot der Nacherfüllung in Form der Erfüllungsmitteilung und für deren Zugang. Den Käufer hingegen trifft die Beweislast für die Unzumutbarkeit der Nacherfüllung[1504], für die Ablehnung der Erfüllung und für die rechtzeitige Absendung der Ablehnungserklärung[1505].

Anzumerken ist , dass ein Ersatz für Schäden- aufgrund des Verhältnis des Nacherfüllungsrecht zum Minderungsrecht des Käufers- die auf dem ersten Erfüllungsversuch beruhen, blieb dem Käufers gemäß Art 252 Abs 2 AU.DCG unbenommen[1506]. Aus Art 283 ist anders zu denken.

2.3 Aufhebung des Vertrages durch den Käufer

In der Praxis kommt die Aufhebung des Vertrages stets als Verteidigungsvorbringen gegenüber Kaufpreisklagen des Verkäufers vor. Im OHADA-Recht ist die Vertragsaufhebung neue geregelt(Art 281 AU.DCG). Im UN-Kaufrecht (Art 49 Abs 1 lit a iVm Art 25 CISG) statuiert für den Käufer ein unbedingtes und sofortiges Recht zur Aufhebung des Vertrages. Dabei rechtfertigt allein die wesentliche Vertragsverletzung gemäß Art 25 CISG zur Aufhebungsmöglichkeit. Hingegen kommt eine Aufwertung des Aufhebungsrechts wegen nicht wesentlicher Nichtlieferung im Sinne von Abs 1 lit b des Art 49 UN-Kaufrecht in Frage, wenn ein Erfüllungsmangel in Form einer Nichtlieferung keine wesentliche Vertragsverletzung zum Zeitpunkt des maßgeblichen Liefertermins darstellt und eine gesetzte Nachfrist zur Erfüllung erfolgslos abgelaufen ist oder die Erfüllungsverweigerung des Verkäufers vorliegt.

Der Art 281 AU.DCG setzt bei richterlicher Gestaltung der Aufhebung des Vertrages nunmehr keine wesentliche Vertragsverletzung voraus. Neuerung ist dabei die

[1503] LG Heilbronn, Urteil 3 KfH O 653/93 vom 15.9.1997, CISG-online Nr 562.
[1504] HGer Aargau, Urteil OR 2001. 0009 vom 5. 11. 2002, CISG-online Nr 715.
[1505] *Honsell,* 585.
[1506] Dazu *Hagge*, 127, das missliche Redaktionsversehen im Rahmen des Art 226 AUDCG wurde hier nicht wiederholt.

Einführung einseitiger Aufhebungserklärung, wobei für die Aufhebung strengere Maßstäbe angelegt werden.

Nach Art 281 Abs1 AU.DCG kann jede Partei eines Handelskaufs beim zuständigen Gericht die Aufhebung des Vertrags beantragen wegen nicht- und teilweise Erfüllung der Pflichten. Nach Abs 2 ist eine Partei auf eigene Kosten und Risiken berechtigt den Vertrag einseitig aufzuheben, sofern ein gravierendes fehlerhaftes Verhalten der anderen Partei dargestellt wird. Ob eine gravierende Verletzung des Vertrags anzunehmen ist, fehlt nach derzeitiger Rechtslage eine mit dem Art 248 AU.DCG des Fünften Buches(entspricht Art 25 Abs 1 CISG) vergleichbare Bestimmung. Darüber hinaus wird durch die Verankerung des Prinzips der eigenverantwortlichen Gestaltung der Vertragsaufhebung im Sinne des UN-Kaufrechts zu einer gewissen Abkehr von der im Zivilrecht des romanischen Rechtskreises vorherrschenden Regelung geführt. Auf diese Weise wird die im Fünften Buch bestehenden Misstrauen und Unverständnis gegen die UN-Kaufrecht- Mechanismen zur Ausübung der Vertragsaufhebung abgebaut[1507]. Dennoch bleibt praktisch dem zuständigen Richter die Beurteilung der Vertragsaufhebung vorbehalten, wobei er im Zuge des ihm eingeräumten Ermessens prüfen kann, ob die behauptete Vertragsverletzung der Vertragstreupartei tatsächlich so schwer wiegt, dass die Interesse an die Gewährung einer zusätzlichen Erfüllungsfrist verloren geht. Somit bekennt sich der OHADA-Gesetzgeber abgemildert zur richterlichen Aufhebungserklärung nach Art 1184 Code civil des französischen Rechts. Diese Vorschrift stützt sich auf den allgemeinen Rechtssatz „nul ne peut se faire justice par soi-même“ dh Gestaltungsrechte bedürfen einer gerichtlichen Geltendmachung[1508].

Vor Anzeige der Vertragsaufhebung ist in Abs 3 erforderlich eine Kündigungsfrist einzuhalten auch im Fall des hohen Verletzungsgrads. Dabei wird eine Festlegung des Fristbeginns bemängelt. Bei Verletzung der Kündigunsfrist ist die fristwidrige Partei in Verantwortung zu ziehen, wenngleich der zuständige Richter die Aufhebungserklärung gerecht findet. Abs 4 regelt zudem den Schadensersatz inklusiv Verdienstentgang, die aufgrund der Vertragsverletzung unmittelbar einwirken können. Somit wurde das Kumulationsprinzip zum Ausdruck gebracht.

[1507] *Hagge*, 130

[1508] Vgl *Ferid/Sonnenberger*; Bd.1/, Rn 1 C 47; *Hagge*, 130 f.; *Kappus*, RIW 1992, 528(532).

Der alte Art 254 iVm Art 248 AU.DCG normiert- soweit die entscheidende Abweichung, wie bereits bei vorzeitiger Aufhebung angeführt, sich nicht in dem begrenzenden Element im 2. HS des Art 25 UN-Kaufrecht befindet- der Rechtsbehelf der Aufhebung des Vertrages in der OHADA inhaltlich mutatis mutandi wie im UN-Kaufrecht (Art 49 iVm 25 CISG). Dabei war der Rechtsbehelf zur Aufhebung in beiden Regelwerken als ultima ratio gedacht[1509] und steht einer Partei nur zu, wenn eine wesentliche Vertragsverletzung vorliegt. Abgesehen von genannter Abweichung (maßgeblich nur für Schadenersatz) sollen ihre Rechtsfolgen somit auch grundsätzlich nicht differenzierbar sein. Allerdings bestand im AU.DCG des Fünften Buches bei der Frage der Ausübung des Aufhebungsrechts ein wesentlicher Unterschied zum UN-Kaufrecht. Während alter Art 254 AU.DCG grundsätzlich eine richterliche Gestaltungserklärung bei Geltendmachung der Aufhebung verlangte, kann der Käufer im UN-Kaufrecht hingegen von dem Vertrag durch eine einseitige Gestaltungserklärung zurücktreten. Übrigens waren die Voraussetzungen für die Vertragsaufhebung in beiden Regelwerken sehr hoch angelegt. Nun bekennt sich das Achte Buche in Art 281 AU.DCG zum hybriden System bei der Ausübung des Aufhebung. Bei einseitiger Aufhebungserklärung werden strengere Kriterien angelegt. Damit gehen zulasten des Käufers gewissermaßen wie im UN-Kaufrecht(Artt 49 iVm 25 CISG) Risiken vielfältiger Fehleinschätzungen einher[1510]. Bei der Vornahme einer Aufhebung ist zu befürworten, dass zunächst ein sorgfältiges Abwägen aller Möglichkeiten vorgenommen werden; insbesondere ob eine Nachfrist (Art 49 iVm Art 47 CISG) (Kündigungsfrist nach Art 281 Abs 3 AU.DCG) gesetzt werden kann. Ob eine angemessene Frist zu beachten werden muss, wird anders als das UN-Kaufrecht nicht für die Kündigungsfrist (diese muss „suffisant“ dh ausreichend sein) erwähnt. In der Tat sollte kein Unterschied in dieser Hinsicht geben. Bei nicht ausschließbaren Rechtszweifeln können vorsorglich zumindest hilfsweise weitere Rechtsbehelfe geltend gemacht werden. Eine geeignete Absprache zu näherer Konkretisierung der Aufhebung wird gefördert. Im OHADA-Recht kann der Käufer weitere Rechtsbehelfe in Anspruch nehmen und zudem den gerichtlichen Weg zur die Aufhebung einschlagen (Art 281 Abs 1 AU.DCG).

[1509] *Piltz,* 315; *Santos/Toé*, 412.
[1510] *Piltz,* 349.

2.3.1 Wesentliche Vertragsverletzung als Ursache der Aufhebung

Wie im UN-Kaufrecht (Art 49 Abs 1 lit a) statuiert nahezu Art 281 Abs 2 AU.DCG für den Käufer ein unbedingtes und sofortiges Recht zur Aufhebung des Vertrages. Alter Art 254 al 1 AU.DCG war dem Art 49 Abs1 a CISG entsprechend. Dabei rechtfertigt allein die schwerwiegende der Vertragsverletzung als Aufhebungsmöglichkeit. Hingegen kommt eine Aufwertung des Aufhebungsrechts wegen Nichtlieferung im Sinne von Abs 1 lit b des Art 49 UN-Kaufrecht sowie Abs 2 des alten Art 254 AU.DCG anders als neuer Art 281 Abs 2 AU.DCG in Frage. Dabei ist Wesenlichtkeit anzunehmen, sofern ein Erfüllungsmangel in Form einer Nichtlieferung keine wesentliche Vertragsverletzung zum Zeitpunkt des maßgeblichen Liefertermins darstellt und eine gesetzte Nachfrist zur Erfüllung erfolgslos abgelaufen ist oder die Erfüllungsverweigerung des Verkäufers vorliegt[1511]. Da die Voraussetzungen für eine Vertragsaufhebung hoch sind, können sonstige Verletzungen des Verkäufers nicht zum Aufhebungsrecht führen. Die Ansicht ist auch bei einseitiger Aufhebungserklärung iSd Art 281 Abs 2 AU.DCG zu teilen. Insbesondere wenn die Interessen des Verkäufers in diesem Zusammenhang kein sachgerechtes Gegengewicht mehr zu den berechtigten Interessen des Käufers darstellen. Daher ist dem Käufer empefehlenswert zur Geltendmachung anderer Rechtsbehelfe, um die eingetretenen nachteiligen Auswirkungen infolge nicht wesentlicher Vertragsverletzungen ausgleichen zu können.

2.3.1.1 Begriff der Wesentlichkeit

Die erste Definition ergibt sich aus dem Gesetz und die andere aus der Literatur. Dabei kommen zahlreichen Beispielen Bedeutung zu, um deren Begriff vertraulich zu machen. Dem UN-Kaufrecht und altem AU.DCG des Fünften Buches kommen diese Definition Bedeutung zu und sollte eine Orientierungshilfe zu verstehen den verwandten Begriff iSd Achten Buches.

2.3.1.2 Gesetzliche Definition

Art 281 Abs 2 spricht vom gravierend fehlerhaften Verhalten einer Partei ohne nähert auszuführen. Orientiert man sich an die alte Definition iSd Art 248 AU.DCG ist davon auszugehen, dass die Vertragsverletzung muss auch nach Art 281 Abs2 als Passanten Begriffsverständnis wesentlich sein. In Art 248 AU.DCG und Art 25 UN-Kaufrecht wurden die wesentliche Vertragsverletzung definiert. Demnach liegt eine wesentliche

[1511] *Honsell,* 590.

Vertragsverletzung vor, wenn sie für die andere Partei einen solchen Nachteil zur Folge hat, dass ihr im Wesentlichen entgeht, was sie nach dem Vertrag hätte erwarten dürfen, es sei denn, dass die vertragsbrüchige Partei diese Folge nicht vorausgesehen hat und eine vernünftige Person der gleichen Art diese Folge unten den gleichen Umstände auch nicht vorausgesehen hätte. Während nach CISG eine wesentliche Vertragsverletzung ausscheidet, wenn die eingetretenen Folgen für die vertragsbrüchige Partei nicht vorausgesehen wurden oder für eine vernünftige Partei nicht vorhersehbar waren, liegt ein *manquement essentiel* nach Art 248 AU.DCG dann nicht vor, wenn der Vertragsbruch auf Einwirkung eines Dritten oder höherer Gewalt *(force majeure)* beruht[1512]. Es geht daher aus dieser Definition hervor, dass einerseits die Bedeutung der Pflichtverletzung für den Gläubiger und andererseits deren Vorhersehbarkeit für den Schuldner eine besondere Rolle für die Beurteilung der Befreiungsgründe im Hinblick auf die Geltendmachung von Schadenersatz spielt[1513].

Nach ganz hM kommt es beim Aufhebungsrecht nicht darauf an, ob ein Verschulden des Verkäufers im Rahmen von Art 49 CISG und Art 254 des Fünften Buches zu prüfen ist. Auch die Möglichkeit des Verkäufers, sich auf Befreiungsgründe zu berufen, entfaltet wegen Art 79 Abs 5 UN-Kaufrecht, Art 267 (jetzt 294) AU.DCG (anhand Kommentar von Gomez schränkt Art 267 AU.DCG lediglich den Schadenersatzanspruch ein*[1514]*) keine Wirkung für das Aufhebungsrecht[1515]. Vielmehr stellt sich die Frage, ob die Voraussetzungen des Anspruchs auf Vertragsaufhebung wegen wesentlicher Vertragsverletzung vorliegen.

Der Anspruch auf Vertragsaufhebung wegen wesentlicher Vertragsverletzung setzt eine Pflichtverletzung voraus. Die Nichterfüllung umfasst in der Literatur alle Verpflichtungen, die den Verkäufer aufgrund des konkreten Rechtsgeschäftes treffen. Unter Nichterfüllung fallen auch fehlende Eigentumsübertragung, Sachmangel sowie Rechtsmangel[1516] als auch jede andere Art der Nichterfüllung, die sich durch Auslegung (Art 8 CISG; 206 (jetzt 238 AU.DCG) aus dem Vertrag, aus den ergänzenden Bestimmungen der beiden Regelwerke oder aus maßgeblichen

[1512] *Schroeter*, Das einheitliche Kaufrecht der afrikanischen OHADA-Staaten im Vergleich zum UN-Kaufrecht cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/schroeter.html(2.2.2012).
[1513] *Piltz,* 413.
[1514] *Gomez*, 148.
[1515] ; *Honsell,* 592; *Gomez*, 148.
[1516] LG Freiburg i. Br., Urteil vom 22.8.2002, 8 O 75/02, CISG-online Nr 711, Ew.II

Handelsbräuchen und Gepflogenheiten ergeben kann[1517]. In der Judikatur stellt eine Nichtlieferung ein unbedingtes und sofortiges Recht zur Aufhebung des Vertrags dar, wenn beim Fixgeschäft das Interesse des Käufers mit Ablauf des Erfüllungstermins vollständig entfallen kann und das Setzen einer Nachfrist vollkommen sinnlos wäre[1518]. Art 281 Abs 1 AU.DCG sieht die Aufhebung bei Nicht-oder teilweise Erfüllung des Vertragspflichten ohne jedoch auf die Wesentlichkeit der Verletzung hinzuweisen. Die Anwendung des Art 281 Abs 1 entspricht einerseits in der Tat Art 49 IVm Art 25 HS 1 zur Rechtsfertigung der Vertragsaufhebung beim Fixgeschäft und andererseits kann die Vertragsaufhebung für jede Pflichtverletzung in Frage kommen. Anders ist insbesondere im Fünften Buch (alte Art 254 Abs AU.DCG) und im UN-Kaufrecht. Die Wesentlichkeit der Vertragsverletzung rechtfertigt das Aufhebungsrecht. Demzufolge wird klargestellt, dass nicht jede Verletzung einer beliebigen Verkäuferpflicht den Käufer zur vollständigen Auflösung aller vertraglichen Verpflichtungen berechtigen soll[1519]. Derzeitiger Konstrukt des Aufhebungsrechts gemäß Art 281 AU.DCG lässt die Meinung nur teilweise zu. Ob es um schwerwiegende („substanzielle“ wie alter Art 254 Abs 2 AU.DCG) Störung oder „wesentliche“ Pflichtverletzung geht[1520], ist primär nach der Frage der Voraussetzungen zur Aufhebung des Vertrages zu beurteilen. Juristisch gesehen sind die beiden Begriffe nah verwandt und können zu unterschiedlicher Richtung bei der Auslegung führen[1521] (weil Substanz eher auf die Qualität verweist als auf das Gewicht). Gravierendes fehlerhaftes Verhalten gemäß Art 281 Abs 2 AU.DCG verweist meines Erachtens auf die Qualität als auf das Gewicht. Abgesehen davon muss die Störung übrigens objektiv von Gewicht sein, dass diese zum Anlass genommen wird, den Vertrag aufzuheben. Die Aufhebung kann gerechtfertigt werden, wenn die Erwartung des Gläubigers zur Erfüllung sowohl in (besonders) funktioneller als auch materieller Hinsicht nicht mehr dem Zweck des Vertrages entsprechend ist. Dieser Nachteil infolge Pflichtverletzung muss in Anbetracht der gemeinsamen Absicht der Parteien unverzichtbar sein und nicht auf rechtfertigende Gegebenheiten berufen werden können (wirksamer Vertragsabschluss, Primärpflicht, nach Erfüllung ohne Zustimmung des Schuldners, nicht einzustehen für nicht ordnungsgemäße Erfüllung

[1517] *Honsell,* 591.
[1518] HGer des Kantons Zürich, Urteil vom 25.6.2007, HG05043/U/ei, CISG-online Nr 1430 Ew. 4/2/c/aa; OLG Hamm, Urteil vom 12.11. 2001, 13 U 102/01, CISG-online Nr 1430 , Ew. A/III/1; Vgl *Honsell*, 592.
[1519] *Honsell,* 592.
[1520] *Santos/Toé* , 413.
[1521] *Heuze* zitiert von *Santos/Toé*, 413.

aufgrund Verantwortungssphären usw)[1522]. Dieser Nachteil ist von einer großen Bedeutung, sodass der Gläubiger bei Bedenken oder Kenntnisnahme der Folge keinen Vertrag eingegangen wäre. Mit Nachteil ist das Ausmaß der Verletzung der berechtigten Erwartung des Gläubigers an die Leistung gemeint, wobei aber nicht bloß von einem Schaden auszugehen ist[1523]. Die Pflichtverletzung hat somit dazu geführt, seiner Verpflichtung hinsichtlich des abgeschlossenen Vertrages nicht mehr nachzukommen.

Dieses Erfordernis zum Aufhebungsrecht ist nicht innovativ im Vergleich zum traditionellen Recht[1524]. Allerdings muss im OHADA-Recht wie schon im UN-Kaufrecht [1525]für den Maßstab zur Beurteilung der Wesentlichkeit einer Vertragsverletzung weder auf nationales Recht noch auf Leitentscheidungen zum nationalen Recht zurückgegriffen werden. Bei Beurteilung des Art 281 Abs 2 AU.DCG kann bei historischer Auslegung Art 248 AU.DCG iVm Art 25 HS 1 herangezogen werden. Art 25 CISG ist dem alten Art 248 AU.DCG vorbildlich. Unerheblich ist, ob der Nachteil infolge der Vertragsverletzung des Schuldners an Hauptpflicht oder Nebenpflicht gebunden ist.

2.3.1.3 Wesentlichkeit unter dem Gesichtspunkt der Lehre

In der Literatur und Rechtsprechung wurden methodische Ansätze entwickelt, um eine mögliche wesentliche Vertragsverletzung zu konkretisieren. Die Herangehensweise stellt für die Beurteilung gravierend fehlerhaften Verhaltens gemäß Art 281 Abs 2 AU.DCG heranzuziehende Beispiele dar.

Zum einen stellt sich die Frage, ob die Bedeutung der Möglichkeit einer nachträglichen Erfüllung die „Wesentlichkeit einer Vertragsverletzung“ inhaltlich bedingen kann oder nicht. Zum anderen geht die beschränkte Auffassung davon aus, dass die Möglichkeit einer Nacherfüllung bei der Festlegung der Wesentlichkeit der Vertragsverletzung berücksichtigt wird[1526].Für die Beurteilung der Abhängigkeit der Wesentlichkeit einer Vertragsverletzung von der Möglichkeit einer bestehenden Nacherfüllung kommt es daher darauf an, ob der Gläubiger im Hinblick auf die Vertragsverletzung durch den

[1522] *Piltz,* 238.
[1523] *Haberl,* 27.
[1524] *Santos/Toé* , 413, Art 1135 C.civ.
[1525] Entscheid des ICAC vom 18.10.2005, 21/2005, 21/2005, CISG-online Nr 1457 Ziff 3.4; Court of Queen´s Bench of Manitoba Kanada im Urteil vom 20.9.2002, CISG-online Nr 1327; Vgl *Honsell,* 593.
[1526] BGer, Urteil 4C. 105/200 vom 15.9.2000, 0, CISG-online Nr 770, Ew. 2/c/aa

Schuldner subjektiv noch ein Interesse an der Vertragserfüllung hätte oder nicht. Dabei wäre die Motivation des Gläubigers für den Schuldner beim Vertragsabschluss erkennbar oder er müsste diese erkennen. Zu erwähnen ist, dass die Berücksichtigung der Möglichkeit einer Nacherfüllung nicht bedeutet, dass von vornherein ausgeschlossen werden kann, dass bei fehlender Nacherfüllungsmöglichkeit stets eine wesentliche Vertragsverletzung vorliegen würde[1527].

Die Ausführungs-Theorie macht die Feststellung der Wesentlichkeit von zwei Faktoren abhängig, ausgenommen bei Unmöglichkeit einer nachträglichen Erfüllung oder bei Vorliegen eines Fixgeschäfts. Die Qualifizierung als Wesentlichkeit hängt zunächst davon ab, ob die Erheblichkeit gegeben ist und weiterhin, ob „der Verkäufer eine theoretisch mögliche, in angemessener Zeit durchführbare nachträgliche Erfüllung tatsächlich ausgeführt hat oder nicht". Aufgrund der verankerten Systematik der Aufhebung in beiden Regelkörpern (der Vorrang der Aufhebung infolge wesentlicher Vertragsverletzung vor Nacherfüllungsrecht (lediglich im UN-Kaufrecht) oder unabhängig von einer Nacherfüllungsmöglichkeit bei vorzeitiger Aufhebung Artt 72, 73 UN-Kaufrecht; alte Artt 246, 247 AU.DCG) ist die Ausführungs-Theorie als Orientierungshilfe zur Feststellung der Wesentlichkeit der Vertragsverletzung zu verneinen.

Die Differenzierungs-Theorie geht auch in Form der Fortführung der Ausführungstheorie davon aus, dass der Begriff der wesentlichen Vertragsverletzung anders als die Vertragswidrigkeit unter Heranziehung der Ersatzlieferung zu betrachten ist. Aufgrund der einheitlichen Auslegung der Wesentlichkeit ist die Differenzierung bei der Feststellung der Wesentlichkeit nicht überzeugend.

Aufgrund des Vorrangs des Aufhebungsrechts vor dem Nacherfüllungsrecht und der Ablehnung der Nacherfüllung sowie des Nacherfüllungsangebotes kann weiter die Suspensiv-Theorie der Wesentlichkeit der Vertragsverletzung unter Voraussetzung der Vornahme einer zumutbaren Nacherfüllung des Verkäufers nicht gerechtfertigt suspendiert werden[1528]. Nach der Ermittlungs-Theorie „erfolgt die Feststellung der Wesentlichkeit einer Vertragsverletzung aufgrund der Abwägung zwischen ihrer Erheblichkeit und den Modalitäten ihrer Behebbarkeit im Rahmen einer hypothetischen

[1527] BGH; Urteil BGHZ 132, 290 vom 3.4.1996; CISG-online 135 Ww, II/2/c/dd*; Vgl Honsell*, 593.
[1528] HGer des Kantons Aargau Urteil OR.2001.00029 vom 5.11.2002, CISG-online Nr 751, Ew,4/b/aa; OLG Köln, Urteil vom 16 U 77/0114.10.2002,, CISG-online Nr256.

Gesamtschau aller objektiven Umstände des Einzelfalls“. Unter Erheblichkeit des Erfüllungsmangels kommt eine geringfügige Beeinträchtigung nicht in Betracht, sodass die Annahme der Wesentlichkeit der Vertragsverletzung unabhängig von der Möglichkeit einer Behebung von vornherein ausscheidet. Wenn die Möglichkeit der Behebung der Erheblichkeit durch den Verkäufer oder durch einen Dritten unter Beachtung der Zumutbarkeit des Aufwands in angemessener Zeit durch den Verkäufer oder Käufer und unter Beachtung anderweitiger zumutbarer Verwendung der Kaufsache überwiegt, liegt eine unwesentliche Vertragsverletzung vor. Ansonsten ist hingegen überwiegend von Erheblichkeit auszugehen, wenn der Erfüllungsmangel schwerwiegend ist. Daher kann die sofortige Vertragsaufhebung gerechtfertigt werden, wenn ein besonderes Interesse des Käufers infrage kommen könnte. Der Kern dieser Theorie ist unabhängig vom Vorrang der Aufhebung gegenüber einer Nacherfüllung. Darüber hinaus ist die Wesentlichkeit eine Wertungsfrage und stellt demzufolge ein erhebliches Bewertungsrisiko für den Käufer dar. Im OHADA-Recht war die Befürchtung des Käufers, selbst eine Vertragsverletzung vorbehaltlich anderslautender Klauseln zu begehen, auf null reduziert, da das Achte Buch eine richterliche Gestaltungserklärung verlangt. Allerdings ist nunmehr im Achten Buch bei der Durchführung der Aufhebung ein Hybridsystem verankert worden, so dass diese Angst bei einseitiger Vertragsaufhebung im Raum steht.

Das Bewertungsrisiko trägt der Käufer, wenn er für die Minderlieferung zur Vertragsaufhebung wegen wesentlicher Vertragsverletzung berechtigt ist. Die Aufhebung erfolgte daher infolge Minderlieferung im AU.DCG des Fünften Buches der OHADA durch einseitige Aufhebungserklärung des Käufers[1529] gemäß alten Art 261 AU.DCG (im Vergleich zu Art 51 UN-Kaufrecht)[1530]. Art 281 AU.DCG des Achten Buches umfasst auch einseitige und gerichtliche Gestaltung der Aufhebung. Übrigens sollte, wie schon im UN-Kaufrecht[1531] (Art 71 Abs1 lit b) eine berechtigte Erfüllungsverweigerung im Sinne der Aussetzung (jetzt (282 und 285) (alter Art 245 al 3 AU.DCG) keine wesentliche Vertragsverletzung darstellen. Die folgenden Vergleichsbeispiele von *Honsell*[1532] aus dem UN-Kaufrecht können im OHADA-Recht

[1529] *Santos/Toé* , 425
[1530] Dazu *Honsell,* 631
[1531] Urteil vom 27.11.2007, XZR 111/04, CISG-online Nr 1617, Z III/3/d; Vgl *Honsell*, 597.
[1532] *Honsell,* 598bis 603.

die Annahme der Wesentlichkeit (schwere, gravierende Schuld gemäß Art 281 Abs 2 AU.DCG) der Vertragsverletzung illustrieren.

2.3. 1.4 Illustration der Wesentlichkeit

Im UN-Kaufrecht stellt dagegen regelmäßig eine unberechtigte Erfüllungsverweigerung eine wesentliche Vertragsverletzung dar[1533], wenn eine ernsthafte und endgültige Erklärung über die Ablehnung der Durchführung der Leistung vorliegt oder der Verkäufer die Leistungserbringung von Gegenleistungen des Käufers abhängig macht[1534]. Gleiches gilt bei Unmöglichkeit der Erfüllung einer Verpflichtung. Ob es sich um objektive, subjektive, anfängliche oder nachträgliche Unmöglichkeit handelt ist gleichgültig[1535].

Bei der Lieferverzögerung wird zum einen differenziert, ob es sich um eine einfache oder eine lang andauernde Lieferverzögerung handelt. Beispielsweise kann eine lang andauernde Lieferverzögerung in eine wesentliche Vertragsverletzung umschlagen[1536], stellt jedoch keine wesentliche Vertragsverletzung dar, solange eine Nachfrist noch nicht abgelaufen ist[1537] die Preisschwankungen alleine stehen der Ansetzung einer Nachfrist nicht entgegen, weil der Schadenersatz als Alternative dem Käufer zusteht[1538]. Zum anderen kann der Lieferzeitpunkt bei der Lieferverzögerung offensichtlich eine zentrale Bedeutung für das Geschäft einnehmen. Wenn eine nachträgliche Lieferung die Interessen des Käufers gar nicht oder nur sehr eingeschränkt befriedigen könnte, wäre die Lieferverzögerung als wesentlich zu qualifizieren[1539]. Gleiches gilt beim Fixgeschäft, indem der Charakter zur wesentlichen Vertragsverletzung für den Verkäufer bei Vertragsabschluss erkennbar gewesen sein muss[1540] oder aus den Umständen des Geschäfts hervorgegangen sein kann wie beim Kauf von Saisonware[1541] oder wie bei verderblicher Waren sowie bei bekanntem

[1533] OLG Celle; Urteil 20 U 7694 vom 24.5.1995, CISG-online Nr 152.
[1534] Schiedsgericht Hamburger Freundliche Arbitrage; Entscheidung vom 29.12. 1998, CISG-online Nr 638, Z 6.
[1535] Dazu *Honsell,* 598.
[1536] OLG Düsseldorf, Urteil I 15 U 88/03 vom 21.4. 2004.
[1537] LG München , Urteil 10 O 5423/01 vom 20.2.2002,, CISG-online Rn 712, Ew.I/3; Enscheid der American Arbitration. Association vom 23.10.2207, CISG-online Nr 1645, Z II/A;
[1538] OLG Hamm, Urteil 13 U 102/01 vom 12.11.2001 , CISG-online Nr 1430 , Ew. A/III/1/b; VGL *Honsell,* 599.
[1539] BGer, Urteil 4C. 105/ 20005 vom 15. 9. 200.
[1540] OLG DÜSSELDORF; Urteil I-15 U 88/03 vom 21.4.2004, CISG-online Nr 915, Ew.II/17b/aa.
[1541] LG Oldenburg, Urteil 12 O 2541/91 vom 27.3. 1997, CISG-online Nr 188.

Weiterverkauf der Ware[1542]. Da das Aufhebungsrecht im Achten Buch grundsätzlich eine richterliche Gestaltungserklärung und unter besonderen Bedingungen die Einseitigkeit verlangt wird, führt die Einhaltung des Liefertermins nicht automatisch zur Aufhebungserklärung wie im UN-Kaufrecht (hierbei muss der Käufer nach ungenutztem Verstreichen des Liefertermins nicht abwarten[1543]. Nach Art 281 Abs 1 AU.DCG kann die Aufhebung gerichtlich geltend machen oder je nach Art des Fehler einseitig unter Einhaltung einer Kündigungsfrist die Aufhebungserklären(Art 281 Abs 2 und 3 AU.DCG). Festgehalten wird auch, „dass die Anforderungen an einen „fundamental breach of contract" bei Anwendung des CISG nicht geringer sind als nach Common Law, wobei die Anforderungen an eine solche wesentliche Vertragsverletzung trotz Anwendbarkeit des CISG dann allerdings in erster Linie aufgrund der Rechtsprechung zum Common Law bestimmt wurden", aber zur Rechtfertigung des Aufhebungsanspruchs führen. Nach einer Ansicht kann die Wesentlichkeit erst entnommen werden, wenn mehrfache Terminzusagen des Verkäufers zur Vornahme einer Lieferung bestehen, die aber in Wirklichkeit auf die Beeinträchtigung der Ausübung der Aufhebung des Käufer abzielen[1544].Die Überschreitung des Termins zur Übergabe von Dokumenten führt zur Annahme der Wesentlichkeit einer Vertragsverletzung, wenn diese dem Käufer das Recht oder die tatsächliche Möglichkeit zur Verfügung über die Ware einräumt und ein besonderes Interesse des Käufers in Frage kommen könnte (Die Entgegennahme der Ware im Hafen hat aufgrund fehlerhafter Dokumente nicht stattgefunden. Ab und zu lief infolge der daraus folgenden Verzögerung der Waren (Beschädigung und folglich Unbrauchbarkeit der Ware) der Versicherungsschutz in die Risikosphäre des Käufers)[1545]. Die Grundsätze für Überschreitung des Liefertermins sind bei der Übergabe von Dokumenten entsprechend anzuwenden[1546]. Anders ist zu beurteilen, wenn die Lieferung aufgrund fehlerbehafteter Dokumente eine Nichtlieferung darstellt[1547]) und der Käufer sich die jeweiligen Dokumente ohne Schwierigkeiten selbst besorgen kann. Andere Dokumente, die nicht unter die dargelegte Situation fallen, sind

[1542] International Court of Arbitration, Entscheidung 8128/1995 vom 1.1.1995, CiSG-online Nr 526.
[1543] Supreme Court of Justice, Ontario, Urteil vom 6.10. 2003 i.S. Diversitel Communications Inc. V.Glacier Bay Inc., CISG-online Nr 1436, Rn 27 ff.
[1544] OLG Hamburg, Urteil 1U 167/95 vom 28.2.1997, CISG-online Nr 261; Vgl *Honsell,* 600.
[1545] Tribunal of International Commercial Arbitration at the Ukraine Chamber of Commerce and Trade, Entscheid vom 5.7.2005, CISG-online Nr 1373*; Vgl Honsell, 600.*
[1546] *Honsell, 600.*
[1547] (BGH; Urteil BGHZ 132 vom 3.4.1996, 2090, CISG-online Nr 135, Ew.II/2/daa; *Vgl Honsell*, 600.

entsprechend der Grundsätze über die sonstige Pflichtverletzung des Verkäufers anzuwenden. Dabei sind das Gewicht der sonstigen Pflichtverletzung und der voraussehbare Interessensfortfall des Käufers entscheidend. Zu beachten ist weiteres, ob die Auswirkungen der Pflichtverletzung behebbar sind und ob die Wesentlichkeit begründet werden kann[1548]. Die ordnungsgemäße Erbringung sonstiger Pflichten stellt für den Vertragszweck eine grundlegende Bedeutung dar ZB die Pflicht zur Einräumung einer Bankgarantie, die Montagepflicht, der Verstoß gegen Ausschließlichkeitsbindung durch Lieferung der gleichen Ware an örtliche Konkurrenten des Käufers zu einem um 30 % reduzierten Preis[1549], das Lieferangebot über Markenware durch den Verkäufer an Dritte, wenn der Verkäufer diese Markenware ausschließlich für den Käufer und Inhaber des Markenrechts herstellt[1550].

Zu erwähnen ist, dass für den Fall der Nichtlieferung die Aufhebung des Vertrages erst nach fruchtlosem Ablauf einer Nachfrist grundsätzlich möglich ist, aber lediglich im UN-Kaufrecht relevanter. Art 281 Abs 1 verlangt hingegen keinerlei derartige Voraussetzung. Gleiches gilt für teilweise Lieferung.

Da die Lieferung von vertragswidriger oder rechtsmangelhafter Ware eine Schlechtlieferung und eine Vertragsverletzung darstellt, kann dem Käufer aufgrund der gravierenden derartigen Mängel der Rechtsbehelf der Aufhebung erwachsen. Dem Richter in der OHADA bleibt die Beurteilung vorbehalten, sofern keine einseitige Aufhebungserklärung in Frage kommt (Art 281 AU.DCG). Die folgenden Auseinandersetzungen hinsichtlich des Sachmangels sind bei der Lieferung von mit Rechtsmängeln behafteter Ware im Sinne des Art 41 UN-Kaufrecht oder Art 260 (früher Art 230) AU.DCG entsprechend anwendbar. Dabei ist insbesondere fraglich, ob der Rechtsmangel nicht behebbar ist (ob eine Ablösung des einem Dritten zustehenden Rechts möglich und zumutbar ist ZB Kauf eines gestohlenen Fahrzeuges[1551] und den Käufer an der Verwendung der Ware hindert[1552]. Die Wesentlichkeit bei vertragswidriger Ware ist anzunehmen, soweit die Behebung deren Mangels mit zumutbarem Aufwand in angemessener Zeit nicht möglich ist und keine sonstige sachlich angemessene Verwendbarkeit der Ware (infolge einer Verarbeitung

[1548] *Piltz*, 322.
[1549] *LG* Frankfurt, Urteil, 3711 O 3/91 vom 16.9.1991, CISG-online Nr 26*; Vgl Honsell,* 603.
[1550] OLG Frankfurt, Urteil vom 17.9.1991, 5 U 164/90, CISG-online Nr 28; *Vgl Honsell*, 603.
[1551] LG Freiburg, Urteil vom O75/0222.8.2002, CISG-online Nr 711.
[1552] *Honsell,* 602.

– ausgenommen Verbot der Herstellung der Produkte mit Waren mit geringer(er) Qualität sowie Verarbeitung mit derartiger Qualität; (dieses Verbot gilt auch für den Betrieb gehobener Verkaufsläden) - oder infolge Absatz im gewöhnlichen Geschäftsverkehr ohne unverhältnismäßigen Aufwand - dem Käufer stehen die Rechtsbehelfe auf Minderung und Schadenersatz zu, wenn er die Reduzierung des Warenpreises in Kauf nehmen muss) auf Seiten des Käufers gegeben ist[1553]. Eine wesentliche Vertragsverletzung liegt nicht vor, wenn ein seriöses Angebot im Zuge eines Umgehungsgeschäfts[1554] zur Durchführung einer Ersatzlieferung besteht und dieses für den Käufer zumutbar ist[1555]. Die Zumutbarkeit kann nicht gerechtfertigt werden, wenn zwei fehlgeschlagene Nachbesserungsversuche vorliegen[1556]. Zumutbare Verwertbarkeit der Ware ist anzunehmen, wenn die Lieferung von Stoffen in anderen Farben als vereinbart ohne Einschränkung verarbeitet und abgesetzt werden konnte, auch Handelsware mit kleinen, nicht behebbaren Lackfehlern gravierender Sachmangel liegt hingegen vor, wenn die anderweitige Verwertbarkeit beim Kauf von Holz mit spezifischen Eigenschaften zumutbar ist[1557]. Im OHADA-Recht hinsichtlich des achten Buches wird die Zumutbarkeit nicht erwähnt. Je nach Natur der Sache ist dieser Begriff bei der Beurteilung gravierenden Sachmangels unvermeidbar.

Entsprechendes gilt für die Ware bezüglich Verletzung vertraglicher Zusatzpflichten (die Pflicht zur betriebsbereiten Aufstellung, die nicht voll genutzt werden kann[1558]. Nicht gravierender Sachmangel ist hingegen anzunehmen, wenn der Kleiderstoff ganz geringfügig den Grenzwert für das Maß des Einlaufens überschreitet, ebenso bei Fehlen eines Ursprungszeugnisses ohne relevante Beeinträchtigung des Käufers. Da das Immaterialgüterrecht nicht dem OHADA-Recht unterliegt[1559], soll dem Fehlen eines Ursprungszeugnisses lediglich im UN-Kaufrecht Bedeutung zukommen. Wenn der Drehmechanismus von besonderen Videogeräten wegen zu schwacher Motoren nicht funktioniert, soll auch im OHADA-Recht(hinsichtlich einseitiger

[1553] OLG Stuttgart, Urteil 5 U 216/99 vom 12.3.2001, CISG-online Nr 841, Ew.III/1; Vgl *Honsell* 600.
[1554] Vgl *Koziol/Welser, Bürgerliches Recht* I/12a, 131, 161.
[1555] LG München, Urteil vom 27.7.2002, CISG-online Nr 654; Vgl *Honsell,* 601.
[1556] AG Landsberg am Lach, Urteil 1 C 1025/06 vom 21.6.2006, CISG-online Nr 1460.
[1557] Schanghai Yangpu District people´s Court, Urteil vom 1.1.2002 i.S. China Xhanghai Dongda Import & Export Corp.V. Germany Laubholz-Meyer Corp., CISG-online 1382*; Vgl Honsell,* 601.
[1558] OLG Hamburg, Urteil 12 U 39/00 vom 25.1.2008, CISG-online Nr 1681, Z II/1/b/dd.
[1559] *Santos/Toé*, 398.

Aufhebungserklärung) wie im UN-Kaufrecht von unwesentlicher Vertragsverletzung ausgegangen werden[1560].

Anzumerken ist, dass die Erheblichkeit der Vertragsverletzung die Zumutbarkeit der Behebung des Mangels verdrängen kann, wenn die Vertragsverletzung zum Vertrauensverlust führt und einer weiteren Geschäftstätigkeit entgegensteht (die Ware aufgrund ihrer Mangelhaftigkeit weitgehend kein Interesse für den Käufer darstellt[1561]. Gleiches gilt, wenn eine andere Art als die Kaufsache geliefert wurde. Ebenso, wenn der Verkäufer die Behebung des Sachmangels verweigert hat. Die Erheblichkeit überwiegt, wenn die zwingenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften (Lieferung von verbotswidrig gezuckerten Weinen oder von krebserregendem Zusatzstoff, verschnittenem Mehl[1562] nicht eingehalten werden. Betrügerisches Verhalten des Verkäufers auch in Fällen von Aliud-Lieferungen stellt eine überwiegende Erheblichkeit der Vertragsverletzung dar. Gleiches gilt, wenn eine neuwertige Maschine geliefert wird, welche trotz der Zahlung von Lagerhallengebühren durch den Käufer infolge längerer Zeit der Lagerung im Freien völlig verrostet und funktionsuntüchtig ist[1563], ebenso wenn die vom Verkäufer garantierte Ware nicht den vereinbarten internationalen oder sonstigen anerkannten Standards entspricht. Angesichts des Verlusts des Aufhebungsrechts nach Art 82 CISG oder 298 AU.DCG (die erhaltene vertragswidrige Ware wird im Wesentlichen in unverändertem Zustand zurückgegeben). Bei Nicht-Erklärung oder Nicht-Geltendmachung der Aufhebung ist hingegen in der Literatur bedenklich, ob die Anerkennung eines Aufhebungsrechts „für die Maschine, die über mehrere Jahre hinweg immer wieder auf einen Konstruktionsfehler zurückzuführende Defekte an einem Bestandteil erlitt, vier Jahre nach ihrer Inbetriebnahme und nach einer Einbringung als Sachanlage in eine Aktiengesellschaft, einer Weiterverleasung über zwei Stationen sowie vier Reparaturen“ noch immer offen ist[1564]. Zweifelsfrei ist nicht, ob Art 259 ivm 281 AU.DCG immer noch anzuwenden sind, wenn der versteckte Mangel erst nach mehrere Jahre hinweg festgestellt würde.

[1560] *Honsell,* 601.
[1561] OLG Köln, Urteil 16 U 77/01 vom 14. 10. 2002, CISG-online Nr 709; Vgl *Honsell,* 634.
[1562] Hof´s-Gravenhage, Urteil 99/474 vom 23.4.2003, CISG-online Nr 903, Ew.3/a.
[1563] KGer Schaffhausen, Urteil C1 04 162 vom 21.2.2005, CISG-online Nr 1193, Ew.3/d, e.
[1564] Entscheid des ICAC 21/2005 vom 18.10.2005, CISCG-online; Vgl *Honsell,* 602.

2.3.1.5 Sonderregelungen zur Aufhebung des Vertrages infolge Wesentlichkeit

Die Regelungen betreffen die Aufhebung des Vertrages wegen Nichtlieferung, den Sukzessivlieferungsvertrag, die Teilaufhebung des Vertrages sowie die Vertragsaufhebung wegen sonstiger Pflichtverletzungen.

2.3.2 Aufhebung des Vertrages wegen Nichtlieferung

Nach Art 281 AU.DCG stellt die nicht- und teilweise Erfüllung im Gegensatz zu alten 254 Abs 3 und 255 AU.DCG einen Aufhebungsgrund dar. Anders ist hingegen nach UN-Kaufrecht(Art 49 Abs1 b und Art 51 CISG(entspricht Artt 254 Abs 3 und 255 des Fünften Buches). Die Nichterfüllung der Verpflichtung zur Lieferung der Kaufsache stellt gewöhnlich keine wesentliche Vertragsverletzung dar. Da die Aufhebung als ultima ratio im UN-Kaufrecht verankert wurde, kann der Käufer vorbehaltlich anderer Absprachen der Parteien und besonderer Umstände[1565](Art 49 Abs 1 lit a) die Aufhebung des Vertrages grundsätzlich nur herbeiführen, wenn eine von dem Käufer gesetzte Nachfrist fruchtlos verstrichen ist (Art 49 Abs 1 lit b) oder eine Erfüllungsverweigerung seitens des Verkäufers vorliegt. Die Aufhebung wird daher rechtfertigend umgesetzt. Eine unberechtigte Abhängigkeit der Nacherfüllung ist der Erfüllungsverweigerung gleichstellen[1566]. Die Aufrechterhaltung des Vertrages durch Nachfristsetzung ist im deutschen Recht geprägt[1567].

Eine rechtfertigende Aufhebung liegt vor, wenn darüber hinaus der Verkäufer keine Gegenfrist für die Nacherfüllung gesetzt hat (Art 48 Abs 2 CISG. Dieser genießt Vorrang gegenüber der Nachfrist des Käufers) oder wenn die angemessene Nachfrist zur Erfüllung in diesem Fall abgelaufen ist und sich aus der Untätigkeit des Verkäufers entnehmen lässt, dass er keinen Willen zur Erfüllung des Vertrages zeigt. Dementsprechend wird „unwiderleglich vermutet, dass der Verkäufer eine die Aufhebung des Vertrages rechtfertigende wesentliche Pflichtverletzung begangen hat“[1568].

Da unter Nichtlieferung nur eine vollständig fehlende Lieferung zum maßgeblichen Liefertermin und Lieferort in Betracht kommt, besteht auch ein Aufhebungsrecht nach fruchtlosem Ablauf einer Nachfrist für den Fall, dass die Vorenthaltung

[1565] *Piltz,* 323.
[1566] BGer, Urteil 4C. 314/2006 vom 20.12. 2006, CISG-online Nr 1426, EW. 2.1; Vgl *Honsell,* 634.
[1567] *Gomez*, 144.
[1568] *Piltz,* 323.

ordnungsgemäßer Dokumente als Nichtlieferung qualifiziert wird[1569]. Eine Falschlieferung als aliud-Lieferungen kann nicht als Nichtlieferung bewertet werden[1570]. Auch die Lieferung offensichtlich oder nur teilweise funktionsfähiger Ware (als nicht vertragsgemäße Ware) ist als Nichtlieferung zu qualifizieren, wenn auch dieser Mangel im Falle des Versendungskaufs oder einer Holschuld bereits vor Abtransport der Ware entdeckt wurde und der Käufer deshalb die Ware zurückweist. Diese vertretbare Ansicht führt zur Erstreckung des Anwendungsbereichs der Vorschrift und ist abzulehnen(vorzeitige Aufhebung oder Zurückweisungsrecht sind möglich)[1571]. Hingegen ist die Minderlieferung (Art 51 CISG; Alter Art 255 AU.DCG) als teilweise fehlende Lieferung nach herrschender Ansicht ganz als Nichtlieferung zu qualifizieren[1572]. Denkbar ist, dass die teilweise aliud-Lieferung zur teilweisen Nichterfüllung und daraufhin zur Nichtlieferung führen.

Die Wahrnehmung des Aufhebungsrechts setzt ein wirksames Ansetzen einer angemessenen Nachfrist (Art 47 CISG= alter Art 251 des Fünften Buches) voraus. Eine Selbstmahnung ist nur ausreichend, wenn der Verkäufer dem Käufer im Rahmen dieser Selbstmahnung die Lieferung innerhalb einer bestimmten Frist zusagt[1573]. Daher sollen Formulierungen wie „sofort“ oder „so schnell“ vermieden werden. Eine deutliche und warnende Nachfrist unter Angabe einer bestimmten Frist oder eines genauen Datums für die Leistung, deren Ausbleiben zur Aufhebung des Vertrages führt, ist zu befürworten, weil bei vollständigem Fehlen einer Fristbestimmung keine ordnungsgemäße Nachtfrist vorliegt. Eine wirksame Nachfristsetzung erfolgt unter Beachtung der Sprachfähigkeit des Verkäufers. Denkbar ist, dass die vom Verkäufer selbst gesetzte Frist für die Nacherfüllung einer vom Käufer gesetzten Nachfrist ohne weiteres gleichgestellt werden kann[1574].

Nach herrschender Ansicht setzt die vom Käufer gesetzte unangemessene kurze Frist eine angemessene Frist in Gang, deren kurze Frist im Hinblick auf die Angemessenheit erstreckt wird. Würde der Normgeber in jedem Fall eine sich aus den Umständen ergebende angemessene Frist ohne Rücksicht auf die vom Käufer tatsächlich erklärte

[1569] *Piltz,* 324.
[1570] OLG Stuttgart, Urteil 5U 216/99 vom 12.3.2001, CISG-online Nr 841.
[1571] *Honsell,* 631.
[1572] *Honsell,* 630.
[1573] OLG Düsseldorf, Urteil I-15 U 88/03 vom 21.4.2004, CISG-online Nr 915, Ew.II/1 /b/aa a.e.
[1574] *Honsell,* 630.

Nachfrist für anwendbar halten, wäre die ausdrückliche Verweisung auf Nachfrist gemäß Art 47 CISG nicht erforderlich[1575]. Das Setzen mehrerer Nachfristen ist möglich und hat Suspensivwirkung allerdings auch für das vorhergehende Lieferungsverlangen[1576]. Aber der Käufer muss im Fall einer streitigen Auseinandersetzung sichergehen, wozu eine Nachfrist gesetzt worden ist[1577]. Erstaunlich ist jedoch diese Ansicht der OHADA- und UN-Kaufrecht-Rechtsverfasser, da dem Käufer das Recht zur Nachfristsetzung (nicht nur für Nichtlieferung, sondern auch für sonstige Pflichtverletzungen des Verkäufers) zusteht[1578]. Art 281 AU.DCG sieht keine Nachfrist vor. Für gravierenden Fehlen muss eine Kündigungsfrist eingehalten werden, damit eine einseitige Aufhebung Schadloshaltung rechtfertigen kann.

2.3.3 Sukzessivlieferungsvertrag

Im neuen Achten Buch kommt der Sukzessivlieferungsvertrag nicht in Frage. In der Auseinandersetzung steht das UN-Kaufrecht im Vergleich mit AU.DCG des Fünften Buches im Vordergrund.

Wie bereits oben angeführt liegt ein Sukzessivlieferungsvertrag vor, wenn ein Vertrag die aufeinander folgende Teillieferung von Ware vorsieht (Art 73; alter Art 247). Die im Rahmen eines Sukzessivlieferungsverhältnisses eintretende Leistungsstörung kann zur teilweisen oder vollständigen Aufhebung führen, wenn eine Partei durch Nichterfüllung einer eine Teillieferung betreffenden Pflicht eine wesentliche Vertragsverletzung begeht. Jede Teillieferung ist grundsätzlich im Hinblick auf die Leistungsstörungen isoliert zu beurteilen, wenn nach Parteivereinbarung die Pflicht des Verkäufers zur Lieferung der Ware durch mehrere Teillieferungen erfüllt werden muss. Ein Sukzessivlieferungsvertrag ist in Abgrenzung zur teilweisen Erfüllung des Vertrages (Art 51; alter Art 255) zu verstehen. Eine Nichtlieferung im Rahmen einer Sukzessivlieferung setzt die vollständig fehlende Lieferung hinsichtlich aller Teillieferungen voraus. Eine Aufhebung ist nach einer Nachfristsetzung möglich.

[1575] *Honsell,* 633.
[1576] *Honsell,* 634.
[1577] *Piltz,* 325.
[1578] Vgl Art 251 AU.DCG, Art 47 UN-Kaufrecht.

2.3.4 Teilaufhebung des Vertrages

Der Käufer kann vorbehaltlich anderer Absprache der Parteien den Vertrag aufheben, wenn eine nicht vertragsgemäße Ware (zu der auch Minderlieferung zählt) eine wesentliche Verletzung des gesamten Vertrags ausmacht (Art 51 Abs 2; alter Art 255 al 2). Bei einer teilweisen Erfüllung ist von einer Teilaufhebung des Vertrages auszugehen (Art 51 Abs 1 CISG; alter 255 Abs 1). Im Zivilrecht wirkt grundsätzlich Vertragsaufhebung im vollen Umfang[1579]. Die verkaufte Ware muss aus einer Mehrheit von Sachen bestehen. Die Erklärung oder die Geltendmachung der Aufhebung erfolgt nur für die mit dem Sachmangel behafteten selbständigen Gegenstände.

Das nachstehende Beispiel kann die Hypothese des alten Art 255 AU.DCG und 51 UN-Kaufrecht untermauern:

Wenn ein Kaufvertrag zweitausend Fernseher betrifft und eintausend neunhundertfünfzig der angelieferten Geräte vertragsgemäß sind und die fünfzig restlichen einen Fabrikationsfehler aufweisen, kann die Widrigkeit des Vertrages nur auf den mangelhaften Produkten beruhen. Der Käufer soll dann diese mangelhaften Geräte zurückgeben und den Preis erstattet bekommen, was eventuell den Schadensersatz vermehrt. Der Käufer kann die Aufhebung nur hinsichtlich dieses Teils aus den gesamten vertraglichen Verpflichtungen erklären, erforderlich ist jedoch, dass die Vertragsverletzung des Verkäufers (in der ausbleibenden, vertragswidrigen oder rechtsmangelhaften Lieferung) aus einer abgrenzbaren Teilmenge (quantitativ und qualitativ) besteht und wesentlich ist[1580].

Anders ist die Sachlage zu beurteilen, wenn das teilmengenbezogene Leistungsdefizit eine wesentliche Verletzung des gesamten Vertrages zur Folge hat, wenn die ausbleibende oder nicht vertragsgemäße Teillieferung nicht nachgeliefert werden kann, wobei der fehlende oder vertragsgemäße Teil die erhaltene Lieferung wertlos macht bzw der gelieferte vertragsgemäße für sich allein für den Käufer praktisch nicht brauchbar ist, und der Interessefortfall zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses für den Verkäufer vorhersehbar war. Zum Beispiel bei Saison- und damit zeitlich gebundenen Damenanzügen zwar die Jacken, nicht aber die zugehörigen Hosen geliefert werden oder die Hosen schwere Vertragswidrigkeiten aufweisen, eine Nachlieferung

[1579] *Santos/Toé*, 426.
[1580] *Piltz,* 327; *Santos/Toé*, 426.

ausscheidet und eine zumutbare Verwendung allein der Anzugsjacken nicht in Betracht kommt.

Beim Sukzessivlieferungsvertrag gilt eine Teilaufhebung hinsichtlich der Teillieferung entsprechend.

Sonstige Vertragsverletzungen können der Anwendung der Teilaufhebung im Sinne Artt 51; 255 unterliegen, wenn der nicht erbrachte Teil einer Verpflichtung als Anteil am Kaufpreis quantifizierbar ist[1581].Denkbar ist auch, in solchen Fällen eine Aufhebung des gesamten Vertrags in Anspruch zu nehmen, wenn die Leistungsstörungen eine wesentliche Vertragsverletzung hinsichtlich des gesamten Vertrages darstellen.

2.3.4 Ausübung des Aufhebungsrechts

Für die Aufhebung des Vertrages wird vorausgesetzt, dass eine ordnungsgemäße Mängelrüge durchgeführt wird (Art 38,39 CISG; Art 258, 259 iVm Art 270 AU.DCG des Achten Buches)und eine Vertragsaufhebung durch Erklärung der aufhebenden Partei(Art 49 Abs 1 CISG; Art 281 Abs 2 des Achten Buches oder durch eine richterliche Gestaltungserklärung erfolgt (Art 281 Abs 1 AU.DCG).

2.3.4.1 Ordnungsgemäße Mängelrüge

Die Rechtsfolgen infolge nicht ordnungsgemäßer Rüge wurden bereits ausführlich dargelegt. Wie im OHADA-Recht gemäß Art 258 (früher alter 228) AU.DCG) verliert der Käufer im UN-Kaufrecht das Recht zur Geltendmachung der Aufhebung, wenn er dem Verkäufer den Erfüllungsmangel in einem Sach- oder (Rechts)mangel nicht ordnungsgemäß rügt. Da der Rechtsmangel unten die Gewährleistung fällt, sollten die Rügeobliegenheiten in dieser Hinsicht irrelevant. Die ordnungsmäßige Anzeige erfolgt innerhalb einem Monat nach der Lieferung und spätestens innerhalb einem Jahr nach Erkennbarkeit des Mangels (Art 259 AU.DCG).

Im UN-Kaufrecht riskiert der Käufer zum Verlieren sein Recht zur Aufhebung, wenn er dem Verkäufer den Erfüllungsmangel nicht innerhalb angemessener Frist (Art 39 Abs 1) angezeigt hat[1582]. Die Ausschlussfrist für Sach- und Rechtsmängel kann maximal zwei Jahre betragen (Art 39 Abs 2 auch 43 Abs 1). Die Maximalfrist für die Rüge beträgt im OHADA-Recht ein Jahr ab Erkennbarkeit des Mangels. Nach altem Art

[1581] *Honsell,* 629.
[1582] Vgl OLG Hamburg, Urteil 12 U 39 /00 vom 25. 1.2008, CISG-online Nr 1681.

229 AU.DCG wirkte die Ausschlussfrist ab Übergabe der Ware. Die in den Art 44 CISG vorgesehene „vernünftige Entschuldigung"", die nicht zu einem vollständigen Rechtsbehelfsverlust führt, kommt wegen der Unterlassung der Rüge in der OHADA nicht in Betracht. Die Unterrichtungsphase für die Bewirkung der Mitteilung an den Verkäufer ist bei angemessener Frist des Art 49 Abs 2 lit b (nach Nachfristsetzung bzw Erfüllungsverweigerung des Verkäufers) für die die Abgabe der Aufhebungserklärung zu berücksichtigen[1583]. Der AU.DCG des Fünften Buches enthielt eine funktionell vergleichbare Norm in Art 254. Da das Fünfte Buch eine richterliche Gestaltungserklärung verlangte, wicht bei diesem Vorgehen vom Prinzip der eigenverantwortlichen Gestaltung des Vertrages durch die Parteien ab, das zu den wesentlichen Errungenschaften der Vereinheitlichung des Kaufrechts gehört[1584]. Eine Auffassung ging mit der Erfordernis der richterlichen Aufhebung hart ins Gericht. Besonders misslich [war] die Erfordernis der Einschaltung eines nationalen Gerichtes bei Verträgen mit Parteien in Drittstaaten, die häufig eine Schiedsvereinbarung enthielten: Wollte eine Partei die Aufhebung des dem Fünften Buches unterstehenden Kaufvertrages erreichen, so musste sie schon deshalb doch auf ein nationales Gericht zurückgreifen, weil sonst eine Verfristung des Aufhebungsrechtes drohte (alter Art 254 Abs 2 AU.DCG)[1585]. Die Kritik gilt weiterhin gewissermaßen hinsichtlich des neuen Art 281 AU.DCG. Obwohl eigenverantwortlicher Gestaltung der Aufhebung und richterlicher Aufhebung verankert wurden, wird die einseitige Aufhebungserklärung an strengere Maßstäbe angelegt. Folglich kann diese in der Praxis kaum angewendet werden. Gleiches gilt bei Aufhebung im Fall der Minderlieferung (Art 281 Abs 1 Letzter HS AU.DCG. Hinsichtlich teilweise Lieferung verlangt Art 51 CISG eine ordnungsgemäße Erklärungsaufhebung. Man geht im OHADA-Recht abweichend von einem Hybridsystem aus.

2.3.4.2 Vertragsaufhebung durch Erklärung der aufhebenden Partei

Art 281 Abs 2 AU.DCG sieht die Vertragsaufhebung durch Erklärung vor, wenn ein gravierendes fehlerhaftes Verhalten dargestellt wird und eine vorherige Ankündigung eingehalten wird. Die erforderliche Vorankündigungsfrist wurde erwähnt, aber nicht

---

[1583] Dazu *Honsell*, 604.
[1584] *Schlechtriem/Leser/Hornung* (Fn 2), Art 26 Rn 5; Vgl auch *Honsell/Karollus* (Fn 31), Art 26 Rn 6; *Kappus* (Fn 34), 532; *Schroeter*, cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/schroeter.html(2.2. 2012).
[1585] *Schroeter* , Das einheitliche Kaufrecht der afrikanischen OHADA-Staaten im Vergleich zum UN-Kaufrecht cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/schroeter.html(2.2. 2012).

bestimmt. Je nach Lage des Falles kann man von einer angemessenen Frist davon ausgehen. Nach Art 240 AU.DCG ist die Anzeige formfrei. Die Unterlassung der Vorankündigung kann infolge erwachsender vorhersehbarer Schäden zu Ersatzpflichten zugunsten des Verkäufers führen, auch wenn der Vertragsaufhebung begründet wird(Art 281 Abs 4 AU.DCG)

Die der Aufhebung zugrundeliegende Erklärung(Art 49 Abs 1 CISG) ist form frei[1586]. Daher ist eine Aufhebung des Vertrages kraft Gesetz ausgeschlossen. Die erforderliche Erklärung kommt in Betracht, wenn eine wesentliche Vertragsverletzung (wenn der Erfüllungstermin für ein Fixgeschäft abgelaufen oder die Erbringung der Leistung objektiv unmöglich geworden ist) eindeutig gegeben ist. Dem Art 281 Abs 2 AU.DCG lässt sich gewissermaßen so entnehmen. Bei nicht fristgerechter Abgabe der Aufhebungserklärung besteht die Gefahr, dass der Käufer zur Zahlung des Kaufpreises in die Pflicht genommen wird, da die Erklärungsfrist abgelaufen ist (Der Käufer einer Maschine wurde grundsätzlich zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet, ob schon ihm vom Hersteller der Maschinen mitgeteilt worden war, dass er die Maschine aufgrund der Aufhebung seiner Vertriebsbeziehung mit dem Verkäufer nicht über diesen, sondern gegen Zahlung des Kaufpreises direkt an ihn ausliefern würde[1587]). Die Nicht-Einhaltung der Kündigungsfrist ist nicht straffrei. Art 281 Abs 3 AU.DCG sagt nur bei Fristverletzung kann die vertragstreue Partei in Verantwortung gezogen wird. Derartige Verantwortung wird nicht bestimmt. Vermutlich handelt sich um Schadensersatz, der auch über Art 237 anzuwendendes nationales Recht in Frage kommen soll.

Nach UN-Kaufrecht erfolgt die Aufhebung auch nach einem Teil der Ansicht bereits bei Vorliegen einer ernsthaften und endgültigen Verweigerung des Verkäufers. Eine Aufhebungserklärung wird daher unnötig. Auch die konkludente Aufhebung besteht infolge Vornahme des Deckungsgeschäfts, wenn feststeht, dass der Schuldner den Vertrag keinesfalls erfüllen wird[1588]. Dem Käufer muss dafür sorgen, dass sich aus dem Inhalt der Erklärung eindeutig und zweifelsfrei der erforderliche Aufhebungsgehalt ergeben muss, „dass [also] der Käufer ab diesem Zeitpunkt weder zur Erbringung seiner eigenen Leistungen noch zur Abnahme derjenigen des Verkäufers bereits ist

[1586] KGer Wallis, Urteil C1 04 162 vom 21.2.2005, CISG-online Nr 1193, Ew. 4/a/aa; Vgl *Honsell,* 607.
[1587] Urteil BGH vom 15.2.1995, VIII ZR 18/94, CISG-online Nr 149; Vgl *Honsell,* 604.
[1588] OLG Hamburg, Urteil 419 O 48/01 vom 21.12.2001, CISG-online Nr 1092, Z I/2/a; *Honsell,* 604.

und dass er bereits erbrachte Leistungen wieder zurückfordert respektive zurückgibt[1589]. Wenn der Käufer nicht mehr an dem Vertrag festhalten will, ist unerheblich, ob bestimmte Wortwendungen oder Begriffe für die Aufhebungserklärung verwendet werden. Es genügt auch, wenn die Aufhebung schlüssig erfolgt (ZB der Vertrag wird durch eine Klageerhebung aufgehoben, dieser Aspekt kommt insbesondere in der OHADA in Betracht). Aber generell erforderlich ist, dass die gerichtliche Aufhebungserklärung keine missverständliche Absicht, weiter an dem Vertrag festzuhalten, erkennen lässt[1590]. Hat sich eine der Parteien für die Aufhebung entschieden, reicht die Anforderung (abgesehen von einer Aufforderung zur Lieferung unter Fristsetzung oder bloßen Androhung sowie vorgesetzten Alternativen) zur konkludenten Aufhebungserklärung ausnahmsweise und darüber hinaus ohne Rücksicht auf Deckungskauf oder Deckungsverkauf aus, wenn der Käufer oder der Verkäufer ernsthaft und endgültig die Erfüllung des Vertrages verweigert[1591].Eine Aufhebungserklärung ist ausreichend, wenn der Käufer gleichbedeutend die Begriffe wie „Aufhebung", Rücktritt, „Annullierung", „Wandlung" „Stornierung", oder „resiliation" verwendet. Auch die Rückforderung bereits erbrachter Zahlungen bei gleichzeitiger Verweigerung einer Annahme der vom Verkäufer zu erbringenden Leistungen[1592], stellt eine hinreichende Aufhebungserklärung dar. Gleiches gilt für die Aufforderung zur Rückzahlung von Kaufpreis und Transportkosten und zur Abholung der Kaufsache[1593]. Obwohl das auch für Formulierungen wie „die Sendung sofort und total dem Verkäufer zur Verfügung stellen", „erwarte Rücküberweisung der Anzahlung" und „werde keine Ware mehr annehmen"[1594] gilt, kann die Erklärung ausdrücklich nur auf die Leistung einer Partei Bezug nehmen, sodass eine wirksame Aufhebungserklärung nicht ausgeschlossen wird, wenn eine eindeutige Abgrenzung gegenüber sonstigen Rechtsbehelfen des Käufers besteht[1595].Eine Ersatzlieferung ist beispielsweise

[1589] Entscheid vom 25. 6. 2003, CISG-online Nr 978; Vgl *Honsell,* 605.
[1590] *Piltz* 339.
[1591] *Piltz,* 339.
[1592] OLG Karlsruhe, Urteil 19 U 8/02 vom 19.12.2002, CISG-online Nr 817.
[1593] Redchtbank van Koophandel Kortrijk, Urteil AR 2136/2003 vom 4.6. 2004, CISG-online Nr 945; Vgl *Honsell,* 605.
[1594] OLG Köln, Urteil 16 U 77/01 vom 14. 10.2001, CISG-online Nr 709.
[1595] *Honsell,* 605

ausgeschlossen[1596]. Hingegen begründet das Verlangen „to stop shipment oft he goods until questions settled“ keine ausreichenden Aufhebungserklärung[1597].

Wenn keinerlei Zweifel mehr darüber besteht, dass der Käufer vom Verkäufer keine Lieferung mehr erwartet und der Kaufpreis nicht mehr bezahlt wird[1598], stellt das keine kommentarlose konkludente Aufhebungserklärung dar[1599]. Es muss eine Kündigungsfrist diesbezüglich Im OHADA- Recht eingehalten werden.

Vorbehaltlich von Absprachen der Parteien muss die verbalisierte Aufhebungserklärung für den Adressaten auch sprachlich verständlich sein[1600]. Dabei trägt bei Verwendung eines geeigneten Kommunikationsmittels nach der Rechtsprechung der Adressat bzw der Verkäufer das Transportrisiko und somit Risiko der Verspätung oder des Untergangs der Aufhebungserklärung[1601] betreffend Verspätung wegen nicht angezeigter Änderung des Firmensitzes[1602]. Somit hängt die rechtzeitige und wirksame Aufhebung von der Wahrscheinlichkeit der Übermittlung der Erklärung (die Aufhebungserklärung ist bereits mit ordnungsgemäßer Absendung an den Verkäufer wirksam; nicht maßgeblich ist hingegen der Zugang beim Verkäufer[1603] unter Beachtung der fiktiven (angemesseneren) gesetzten Fristen und im Falle von Übermittlungsstörungen vom hypothetischen Zugangszeitpunkt ab. Die Übermittlung hätte zu diesem Zeitpunkt erfolgen müssen[1604]. Der Widerruf der Erklärung ist bis zu ihrem tatsächlichen Zugang möglich. Da die Parteien bis zum tatsächlichen Zugang der Erklärung nicht schutzbedürftig sind, besteht eine unwiderrufliche Aufhebungserklärung erst bei deren tatsächlichem Zugang. Nach dem Zugang wurde lediglich eine rückgängige Aufhebung unter Zustimmung der anderen Partei gewährt(eine einmalige erklärte Aufhebung ist verbindlich, wenn kein Widerspruch der anderen Partei vorliegt)[1605]. Da mit der Aufhebungserklärung als Gestaltungswirkung der bestehende Kaufvertrag aufgelöst wird, ist die Aufhebungserklärung grundsätzlich

---

[1596] LG München, Urteil 10 HKO 23750/94 vom 20.3.1995,, CISC-ONLINE Nr: 164.
[1597] *Honsell,* 606.
[1598] LG Hamburg, Urteil 411 099/02 vom 26. 11. 2003, CISCG-online Nr 20
[1599] *Honsell,* 607
[1600] *Piltz,* 272, 339
[1601] AG Landsberg am Lech, Urteil 1C 1025/06 vom 21.6.2006, CISG-online Nr 1460.
[1602] *OLG Naumburg, Urteil vom 27.4. 1999, 9 U 146/98, 9 U 146/98, CISG-onlne Nr 512*; Vgl *Piltz*, 339 OLG Naumburg.
[1603] *OLG München,* Urteil 24 u 501/06 vom 17. 11.2006, CISG-online Nr 1395, Ew. 2; Vgl *Honsell,* 607.
[1604] Piltz, 339.
[1605] *Piltz* 340.

bedingungsfeindlich, sodass ausgeschlossen ist, dass sich der Käufer den freien Widerruf der Aufhebungserklärung vorbehält oder die Aufhebungserklärung unter drittseitige Bedingungen stellt. Auch wird der Vertrag aufgrund der Aufhebungserklärung in ein Rückabwicklungsverhältnis (Art 81) umgestaltet[1606]. Wenngleich das Rückgewährschuldverhältnis in der OHADA erst nach einer richterlichen Gestaltungserklärung der Aufhebung oder einseitig entsteht, ist auch wie im UN-Kaufrecht lediglich die Potestativbedingung, „deren Eintritt allein vom Willen des Verkäufers abhängig ist“, nachvollziehbar. Wie im UN-Kaufrecht steht das Recht auf die podestative bedingte Vertragsaufhebungserklärung dem Käufer nicht zu. Er kann lediglich bei der Ansetzung einer Nachfrist bereits die Aufhebung bedingt für den Fall, dass der Verkäufer die Vertragsverletzung zum Ablauf der Nachfrist nicht beseitigt, erklären[1607] außer wenn es sich um Aufhebung des Vertrages beim schwerwiegenden Fehler handelt.

Zu erwähnen ist, dass eine vorhergegangene Androhung für die Vertragsaufhebung bedeutungslos ist. Hinsichtlich vorzeitiger Vertragsaufhebung(lediglich im UN-Kaufrecht) soll der Käufer lediglich seine Absicht dem Verkäufer vorankündigen (Art 72 Abs 2), sofern der Verkäufer ausdrücklich oder konkludent eindeutig erklärt hat, dass er seine Pflichten nicht erfüllen wird oder von der Erfüllung unberechtigter Zusatzforderungen abhängig macht (Art 72 Abs 3). Denkbar ist, dass die Vorankündigung aus zeitlichen oder sonstigen Gründen ausgeschlossen wird, wenn die Sicherheitsstellung des Verkäufers nicht ausreichend angenommen wird[1608].Die unberechtigte Unterlassung der Vorankündigung kann infolge erwachsender vorhersehbarer Schäden zu Ersatzpflichten zugunsten des Käufers führen[1609]. Die Vorankündigungsverpflichtung betreffend vorzeitige Aufhebung im UN-Kaufrecht war dem OHADA-Recht(Fünfte Buch) entsprechend[1610]. Dabei verlangte der AU.DCG des Fünften Buches eine richterliche Gestaltungserklärung für die Aufhebung. Im Achten Buch hat der OHADA-Normgeber darauf verzichtet

[1606] KGer Wallis; Urteil C1 04 162 vom 21.2.2005, CISG-online Nr 1193, Ew. 4/b; Vgl *Honsell*, 608.
[1607] KGer Schaffhausen, Urteil 11/1999/99 vom 27.1.2004, CISG-online Nr 960, 29 MünchKommBGB/HUBER Art 49 Rn 14; *Honsell*, 608.
[1608] Vgl *Soergel/Lüderritz/Detmeier* Art 72 RdNr12; Staudinger/Magnus Art 72 RdNr 23; *Hornung* in: Schleichtriem/Schwenzer Art 72 RdNr15; Siehe *Piltz,* 340.
[1609] Münschkomm; Siehe *Piltz*, 340.
[1610] *Gomez*, 140, Art 246.

2.3.4.3 Frist zur Abgabe der Aufhebung

Im Achten Buch wird in Art 281 Abs 2 AU.DCG ohne weiteres eine Ankündigungsfrist festgelegt. Daher soll die Geltendmachung der Erklärung der Aufhebung überwiegend innerhalb einer angemessenen Frist erfolgen. Im UN-Kaufrecht (Art 49 Abs 2 anders als altem Art 254 Abs 3 AU.DCG) wird ein differenziertes System von Regelungsvarianten normiert, die festlegen, innerhalb welcher Zeiträume der Käufer seine Aufhebungserklärung abzugeben hat oder die Aufhebung geltend zu machen hat, um berechtigtes Interesse wie folgt sicherzustellen. Es kann sein, dass „für beide Parteien ein berechtigtes Interesse an einer möglichst raschen Klärung der Frage besteht, ob der bestehende Vertrag weitergeführt wird und weitere Leistungen zu erbringen [sind,] bzw eine Nacherfüllung durchzuführen ist, oder ob eine Rückabwicklung der bereits erbrachten Leistungen notwendig wird". Die zu wahrende Frist zur Aufhebung des Vertrages kann unter gewissen Umständen verkürzt werden, damit der Käufer hinsichtlich der Geltendmachung von Schadenersatz nicht auf für ihn günstige Marktentwicklungen spekulieren kann[1611].Die bei der Aufhebung zu wahrende Frist ist nicht identisch mit der Frist, innerhalb der eine Vertragswidrigkeit anzuzeigen ist. Die erstgenannte ist völlig unabhängig von zweitgenannter zu prüfen[1612]. Auch die Kenntnis der Verkäufer über die Vertragswidrigkeit ist wirkungslos. Daher wird eine analoge Anwendung der Art 40, 43 Abs 2 CISG als nicht sachgerecht ausgeschlossen[1613]. Entsprechend galt im Fünften Buch hinsichtlich Art 254 Abs 2 AU.DCG. Für die Einhaltung der Frist zur Geltendmachung des Aufhebungsrechts kommt es nicht darauf an, ob der Verkäufer die Vertragswidrigkeit kannte oder hätte müssen kennen. Allerdings wird für die Frist sowohl hinsichtlich der zeitlichen Abwicklung eines Kaufes als auch hinsichtlich der Art der Vertragsverletzung unterschieden. Da sich „durch die Kombination dieser Aspekte unterschiedliche Fristen ergeben, die jeweils an verschiedene Anknüpfungspunkte gekoppelt sind", ist nicht auszuschließen, dass die Einhaltung von bestimmten Fristen durch den Käufer von der tatsächlichen Lieferung der Ware durch den Verkäufer abhängig gemacht wird[1614]. Zumal der Käufer keine Frist zu beachten hat, wenn die ausstehende Lieferung, die die Ursache für die Vertragsaufhebung ist, überhaupt noch nicht erfolgt ist. Gleiches gilt,

[1611] *Honsell,* 608.
[1612] *Piltz,* 340.
[1613] Dazu *Honsell,* 608.
[1614] *Honsell,* 608.

wenn die Voraussetzungen der Vertragsaufhebung wegen vorzeitiger offensichtlicher Vertragsverletzung erfüllt sind. Der Käufer kann bis zur Fälligkeit der Vertragsverletzung zugrunde liegende Rechtsbefehle ausüben[1615].

Es ist grundsätzlich erforderlich, dass die Aufhebung (aufgrund ZB vertragswidriger oder rechtsmangelhafter Ware) nur innerhalb einer angemessenen Frist erklärt wird. Ansonsten kann der Käufer das Recht zur Vertragsaufhebung bei Versäumung der Einhaltung der jeweils anwendbaren Frist nicht in Anspruch nehmen, lediglich die Rechte auf Minderung und Schadenersatz bleiben ihm erhalten.

Das Erfordernis der Wahrung einer angemessenen Frist wird auch für die Aufhebung der gestörten Teillieferung im Rahmen eines Sukzessivlieferungsvertrags entsprechend Anwendung finden.

Da die konkrete angemessene Frist von Umständen des Einzelfalles abhängig ist, lassen sich folgende Situationen ableiten. Soweit der Käufer im Sukzessivlieferungsvertrag den Vertrag hinsichtlich künftiger Teilieferungen aufhebt, beginnt die angemessene Frist, sobald die Annahme einer künftigen wesentlichen Vertragsverletzung berechtigt ist[1616].

Bei fehlender Lieferung der Kaufsache kann der Käufer demzufolge den Zeitpunkt des Aufhebungsrechts frei bestimmen. Nur die anwendbaren Verjährungsfristen können dem Aufhebungsrecht entgegenstehen(Die zeitliche Grenze eines Aufhebungsrechts in der OHADA beträgt gemäß Art 30 1 Abs 2 AU.DCG zwei Jahre; bei Ansprüchen wegen vertragswidriger Lieferung läuft diese nach Erkennbarkeit des Mangels Ende der Garantiefrist (Art 302 Abs 2 AU.DCG)[1617]. Es ist vorstellbar, dass der Verkäufer eine Nacherfüllung nach 48, 252 anbietet oder die Lieferung der Ware ausführt und den Käufer entsprechend informiert[1618]. Nach überwiegender Auffassung ist eine Beschränkung der Rechtsausübung der Aufhebung aufgrund des Grundsatzes von Treu und Glauben (Art 7 Abs 1) in bestimmten Ausnahmefällen nachvollziehbar, bspw wenn „eine objektive Unmöglichkeit der Lieferung vorliegt oder ein Versorgungsbedürfnis des Käufers bei leicht erhältlicher Ersatzware besteht und für ein

[1615] *Piltz,* 341.
[1616] *Piltz,* 341.
[1617] Dazu *Schroeter*, Das einheitliche Kaufrecht der afrikanischen OHADA-Staaten im Vergleich zum UN-Kaufrecht cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/schroeter.html(2.2. 2012)
[1618] Dazu *Honsell,* 609.

Zuwarten des Käufers kein anderer sachlicher Grund als die Intention zur Erhöhung des Schadens ersichtlich ist“. Die Folgen dieser Konstellationen können zum Verlust des Rechts auf Aufhebung und anschließend die Vornahme eines Deckungsgeschäfts führen (Art 75), wenn der Käufer nicht innerhalb eines gerechtfertigten Zeitraums die Aufhebung erklärt. Ob in der OHADA das treuwidrige Verhalten des Käufers angesichts der bestehenden Nichtlieferung des Verkäufers entsprechend negative Folge hat, ist nunmehr geklärt. Allerdings ist meiner Ansicht nach sachgerecht, wenn der Schadenersatzanspruch des Käufers wie im UN-Kaufrecht[1619] in der Folge auf Schadenminderung beschränkt wird. Die Vorschrift des Art 77 findet ihr Gegenstück in alten Art 266 AU.DCG, der - obwohl im Übrigen wortgleich - die Schadenminderungsobliegenheit jedoch auf die Fälle begrenzt, in denen die Partei sich auf eine wesentliche Vertragsverletzung (manquement essentiel) beruft[1620]. Der neue Art 293 AU.DCG stellt für Schadenminderung keine wesentliche Vertragsverletzung dar.

Der Käufer ist angehalten, bei verspäteter Lieferung im UN-Kaufrecht (Art 49 Abs 2 lit a entsprechend altem Art 54 al 3 AU.DCG die Aufhebung innerhalb angemessener Fristen geltend zu machen oder zu erklären, nach dem er von der verspätet erfolgten Lieferung erfahren hat. Die Frist zur nachträglichen, vollständigen Übersendung der Ware beginnt mit dem Zeitpunkt, zu dem der Käufer diesbezüglich Kenntnis erlangt hat. Bei fahrlässiger Unkenntnis ist der Käufer geschützt. Ausreichende Kenntnisnahme der Auslieferung der Ware liegt vor, wenn konkrete Umstände (wie der Eingang von Transportdokumenten sowie die Mitteilung des Verkäufers oder eines für diesen handelnden Dritten über die Beförderung der Ware am Weg zum Bestimmungsort*)* dem Käufer zur Kenntnis gebracht werden. Der Kenntnis wird das Kennenmüssen gleichgestellt, wenn der Käufer ohne weiteres an ein gesichertes Wissen über das Vorliegen einer Vertragsverletzung gelangen hätte können[1621]. Da die Verwirkungsfrist gemäß Art 229(jetzt Art 259) AU.DCG bei versteckten Mängeln ein Jahr beträgt, (wonach der Käufer alle Rechtsbehelfe verliert, wenn er eine Vertragswidrigkeit der Ware nicht spätestens ein Jahr nach deren Übergabe(jetzt deren Erkennbarkeit) gerügt hat), soll die Frist zum Zeitpunkt der Entdeckung vor

[1619] Vgl OLG München, Urteil vom 8.2.1995, 7 U 1720/94, CISG-online Nr 94; Vgl *Honsell, Art 77, 610*
[1620] Dazu *Schroeter*, Das einheitliche Kaufrecht der afrikanischen OHADA-Staaten im Vergleich zum UN-Kaufrecht cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/schroeter.html(2.2. 2012)
[1621] *Honsell*, 612, 619.

Ablauf der Ausschlussfrist vor einem Jahr beginnen. Die Ausschlussfrist in Art 39 Abs 2 UN-Kaufrecht beträgt im Gegenzug zur OHADA zwei Jahre. Eine Kenntnisnahme infolge von Post-Nacherfüllungsfällen spielt eine Rolle für den Fristbeginn hinsichtlich der neuerlichen Feststellung der fehlenden ordnungsgemäßen Erfüllung[1622]. Die Regelungen hinsichtlich der angemessenen Frist und deren Beginn gelten für den Fall, dass der Verkäufer nach Ablauf einer von dem Käufer gesetzten Nachfrist (Art 49 Abs 1 lit b., 254 al 2) liefert („der Beginn der Erklärungsfrist für die Aufhebung des Vertrages fällt mit dem Ablauf der vom Verkäufer gesetzten Nacherfüllungsfrist zusammen“[1623]) oder im Fall einer wesentlichen „manquement“ Vertragsverletzung Art 49 Abs 1 lit a, alter Art 254 al 1) zur Vertragsaufhebung berechtigt ist oder eine Erfüllungsverweigerung durch den Verkäufer vorliegt. Die Erstreckung der Erklärungsfrist erfolgt unter Berücksichtigung der Vorüberlegung des Käufers und der Abwägung der Interessen des Verkäufers. Die Erstreckung der Erklärungsfrist wird bei einer Erfüllungsverweigerung auf den Zeitpunkt dieser Erklärung beschränkt. Umstritten ist, ob es für den Fristbeginn nach der Absendung der Erklärung durch den Verkäufer (wobei der Käufer das Übermittlungsrisiko trägt und das Risiko einer Einhaltung der Erklärungsfrist); oder hingegen nach dem Zugang der Erklärung der Erfüllungsverweigerung beim Käufer geht, mit der Begründung, dass der Verkäufer die Vertragsverletzung zu vertreten hat[1624]. Auch von der Problematik des Beginns der Erklärungsfrist streng zu trennen ist die Frage nach dem zulässigen Zeitpunkt der Fristsetzung für die Nacherfüllung - die Nacherfüllungsfrist muss noch vor Ablauf der angemessenen Frist vom Verkäufer gemäß Art 48 Abs 2 wirksam angeboten worden und dem Käufer zugegangen sein - der Käufer muss die Erklärung über die Nachfristsetzung unter Berücksichtigung der Dauer der Übermittlung noch vor Ablauf der angemessenen Frist nach Kenntnis von der Vertragsverletzung abgegeben haben. Das betrifft auch die Anzeigefrist. Deren Frist ist kürzer als die Frist für die Aufhebungserklärung[1625], aber der Anknüpfungspunkt für den Beginn der Frist für beide Erklärungen ist identisch. Die Frist beginnt mit der Wahrnehmung der fehlenden ordnungsgemäßen Vertragserfüllung durch den Käufer, welche in der Regel mit dem Abschluss der sich aus Art 38, 43 ergebenden Untersuchung zusammenfällt. Alte Art 227, 230 in der OHADA. Da der Käufer nicht verpflichtet ist, die Aufhebungserklärung

[1622] *Entscheid vom 18.10.2005, 21 /2005, CISG-online Nr 1457, Z 3.6; Vgl Honsell,* 618, 620.
[1623] *Honsell*, 622
[1624] *Archilles*; *Bamberger/Roth/Saenger*; Siehe *Honsell*, 621.
[1625] *Piltz,* 342.

bereits mit der Mängelrüge[1626](weil er vor Abgabe einer Aufhebungserklärung eine ausreichende Abklärungsphase zur Ermittlung von Erheblichkeit und Behebbarkeit des Erfüllungsmangels braucht, ihm das Recht auf eine Entscheidungsphase zusteht und er darüber hinaus die Beweislast für das Vorliegen einer wesentlichen Vertragsverletzung trägt abzugeben, kann sie im Anschluss an eine ordnungsgemäße Mängelrüge auch noch nach Ablauf der Zweijahresfrist abgegeben werden, soweit dies nur innerhalb angemessener Frist gemäß 49 Abs 2 erfolgt. Gleiches galt auch in der OHADA, allerdings nach Ablauf der einen Jahresfrist und gemäß alter Art 254 iVm 229, da die absolute Rügefrist von einem Jahr sich allein auf die Erhebung der Mängelrüge bezog. Dasselbe gilt im UN-Kaufrecht Art 39 Abs 2, aber nicht für eine darauf folgende Aufhebungserklärung oder Geltendmachung der Aufhebung[1627]. Hingegen wurde die Frist für die Geltendmachung des Anspruchs auf Ersatzlieferung oder Nachbesserung in der Regel derjenigen für die Abgabe der Aufhebungserklärung oder Geltendmachung der Aufhebung im Fünften Buch entsprechen. Dagegen standen die Ansprüche auf Pflichterfüllung und Vertragsaufhebung in keinem kausalen Abhängigkeitsverhältnis wie im UN-Kaufrecht. Die Frist für die Ansprüche auf Erfüllung ist länger[1628].

Ob die hier erwähnte vollständige und tatsächliche Auslieferung der Ware bei verspäteter Lieferung dem Verkäufer zuzuordnen ist, (als erfolgte Lieferung), wenn der Hersteller infolge Streitigkeiten (zwischen ihm und dem Verkäufer) direkt an den Käufer die Ware ausliefert, ist fraglich. Während die Judikatur bejaht[1629]. Der BGH qualifizierte trotz Aufhebung des Vertriebsverhältnisses zwischen Verkäufer und Hersteller sowie der anschließenden Abwicklung des Vertrages zwischen Hersteller und Käufer dessen Aufhebungserklärung gegenüber der später geltend gemachten Kaufpreisforderung des Verkäufers gemäß Art 49 Abs 2 lit b als verfristet - ohne diesen Aspekt jedoch zu thematisieren*)* wird in der Literatur die genannte Lieferung als Nichtlieferung qualifiziert[1630].

Gleiches gilt, soweit die Ware aus einer nicht teilbaren Sachgesamtheit besteht. *(*Dagegen hat der Käufer die angemessene Frist zur Aufhebung bei verspäteter

[1626] Tribunale di Busto Arisizio, Urteil vom 13.12. 2001, CISG-online Nr 1323.
[1627] *Honsell,* 624.
[1628] *Honsell,* 624.
[1629] BGH, Urteil vom 15. 2. 1995, VIII ZR 18/94, CISG-online Nr 149
[1630] *Honsell,* 611.

Lieferung im Sinne des Art 49 Abs2 lit a einzuhalten, wenn sämtliche zusammengehörenden Einzelteile der bereits angesprochenen Sachgesamtheit angeliefert worden sind, nachdem der Käufer von der erfolgten Lieferung erfahren hat. Ebenso galt in der OHADA aufgrund alter Art 254 al 3 iVm 255*).* Anders ist hingegen vorzugehen, wenn die Ware aus einer teilbaren Sachmehrheit von selbständigen Gegenständen besteht. Da bei dieser Konstellation eine Minderlieferung im Sinne des Art 51 vorliegt, soll eine Differenzierung zwischen einer Vertragsverletzung infolge einer völlig ausbleibenden und verspäteten Lieferung vorgenommen werden. Der Käufer hat bei verspäteter Lieferung hinsichtlich der bereits angelieferten selbständigen Gegenstände einer Sachmehrheit innerhalb angemessener Frist gemäß Art 49 Abs 2 lit a die Aufhebung zu erklären. Für die weiterhin fehlenden selbständigen Gegenstände der Sachmehrheit besteht die Vertragsverletzung in einer völlig teilweise ausbleibenden Lieferung gemäß Art 51 Abs 1. Demzufolge kann der Käufer den Zeitpunkt des Aufhebungsrechts frei bestimmen. Wenngleich derartige teilweise Lieferungen nach herrschender Meinung als Nichterfüllung (ein Sachmangel im Sinne von Art 35 kommt dabei nicht infrage) angesehen werden[1631], ist nicht ausgeschlossen, dass der Rechtsbehelf der Aufhebung wegen Pflichtverletzung auf den gesamten Vertrag (aber nur ausnahmsweise) geltend gemacht werden kann. Alle noch nicht gelieferten Gegenstände stellen eine wesentliche Vertragsverletzung (Art 49 Abs 1 lit a) dar, wobei der Käufer hinsichtlich der Aufhebungserklärung keine Frist zu beachten hat. Allerdings nur, solange die Lieferung der ausstehenden Ware nicht nachgeholt worden ist[1632]. Gleiches galt aufgrund alten Art 255 iVm 254 al 1 in der OHADA. Auch Artt 281 iVm 289 sollten genauso betrachten.

Die konkrete Bemessung der angemessenen Frist hängt von Umständen des Einzelfalles ab (je komplizierter die Tatsachen- und/oder Rechtslage ist, umso mehr ist die Aufklärungsfrist auszudehnen[1633]. Für die Festlegung der Frist kommt es darauf an, ob auf Seiten des Käufers die Notwendigkeit einer sachgerechten Entscheidungsfindung berücksichtigt werden soll, nämlich die Vorüberlegungen, „welche die Abklärung der Sach- und Rechtslage [durch Einholung eines Rechtsrates] und der bestehenden Alternativen sowie die Evaluation der Ergebnisse dieser Abklärungen (ob mit Lösungsalternativen oder auf anderen Wegen die eingetretene

[1631] *Honsell,* 611.
[1632] *Honsell,* 611.
[1633] Hof´s-Gravenhage, Urteil 99/474 vom 23.4.2003, CISG-online Nr 903; Siehe *Honsell, 614.*

Situation der Pflichtverletzung bewältigt werden kann) im Hinblick auf eine Entscheidung umfassen“[1634]. Dadurch wird vermieden, dass die durch die wesentliche Pflichtverletzung des Verkäufers entstandene Situation nicht durch eine unangemessene kurze Aufhebungsfrist zulasten des Käufers aufgelöst wird[1635]. Aus Sicht des Verkäufers entsteht eine Abwägung der Interessen des Käufers im Hinblick ZB auf den Rücktransport und eine anderweitige Verwertung der Kaufsache[1636], damit das Endziel der Abwägung nicht zu einer sachlich nicht gerechtfertigten Verzögerung der Entscheidung des Käufers führt.

Darüber hinaus ist die Aufhebungserklärung als rechtsgestaltende Wirkung zu qualifizieren, die weitreichende Folgen hat. Zudem ist der Rechtsbehelf der Vertragsaufhebung nach UN-kaufrecht insbesondere als ultima ratio - Konzept gedacht. Abgesehen von anstehender Abwägung ist es gerechtfertigt dem Käufer einen großzügigeren Zeitraum (aber unter Berücksichtigung der weiteren Verwertungsmöglichkeit der Ware, ihrer Art, des Grads, ihrer Individualisierung und Herstellung, der Ausgestaltung des jeweiligen Marktes für eine Ersatzbeschaffung, der Saisongebundenheit und der Verderblichkeit der Ware sowie ihrer Beeinträchtigung aufgrund des Zeitablaufs und des Aufwands für die Erlangung geeigneter Rechtsauskünfte)[1637] zuzubilligen, damit der Käufer hinreichende Zeit hat, wenn er noch nach fruchtlosem Ablauf einer von ihm nach Art 47 gesetzten Nachfrist oder eines von dem Verkäufer angekündigten Nacherfüllungstermins in Sinne der Art48 Abs 2 bis 4 sowie Nacherfüllungsrechts gemäß Art 48 Abs 1 fristgerecht die Aufhebung erklären will. Dabei wird zudem ein spekulatives Verhalten des Käufers unterbunden[1638]. Aus alten Art 251 iVm 253 AU.DCG ging gleichermaßen die Möglichkeit zur Erstreckung und Verkürzung der Frist unter Beachtung der Angemessenheit bei Geltendmachung der Aufhebung in der OHADA hervor. Art 281 Abs 4 verlangt eine Vorankündigungsfrist. Art 283 AU.DCG sieht eine Ersatzlieferungsfrist vor, die eine Aufhebung begründet kann, wenn der Käufer nach fruchtlosem Ablauf der gesetzten Frist den Vertrag gemäß Art 281 aufheben kann. Das Recht steht ihm insoweit zu,

[1634] *Honsell,* 612.
[1635] *Piltz,* 342.
[1636] OLG Stuttgart, Urteil 6 U 220/07 vom 31..3. 2008, CISG-online Nr 1658, ZII/2 Rn41; Siehe *Honsell,* 614.
[1637] Dazu *Honsell,* 615.
[1638] *Piltz,* 343.

wenn er die fristwidrige Ersatzlieferung ablehnt. Bei Nichtablehnung kann lediglich der Schadensersatz geltend machen(Art 284 AU.DCG).

Wie im UN-Kaufrecht bieten Literatur und Rechtsprechung keine einheitlichen Lösungsansätze zur Annahme einer angemessenen Frist für die Aufhebungserklärung. Es ist jedoch zu erwähnen, dass wegen einem Fixgeschäft oder der saisonalen Bindung eines Kaufvertrages über Tannenbäume zu Weihnachten von einer kurzfristigen Erklärungsfrist auszugehen ist[1639]. Gleiches gilt, wenn aufgrund der Art des Schadens eine Behebung des Mangels gar nicht vorgenommen werden kann[1640]. Ebenso wird eine raschere Entscheidung gefordert, wenn ein Zuwarten den Schaden an der Ware unweigerlich größer macht (bei Eintritt von Standschäden an Fahrzeugen[1641] oder wenn neue Schäden hinzutreten, ZB Kosten der Tiefkühllagerung von Fleisch[1642]. Eine raschere Entscheidung ist geboten, wenn die Ware starken Preisschwankungen unterliegt[1643]. Hingegen ist die lange Frist von bis zu 4 Wochen als angemessen anzusehen, hat aber nicht mehr als vier Monate zu sein[1644]. Der Ablauf kann weder gehemmt noch unterbrochen werden. Eine Frist von über zwei Monaten wurde als unangemessenen qualifiziert[1645]. Denkbar ist, dass auch in der OHADA die Frist zur Geltendmachung der Aufhebung sowie zu deren Erklärung aufgrund Teilaufhebung (Art 281 Abs 4 auch alter Art 255 AU.DGC) nach den Umständen des Einzelfalls bestimmt werden, sodass nachvollziehbar wäre, wie im UN-Kaufrecht[1646] 22 Tage beim Kauf von Kleidungsstücken als angemessene Vorkündigungsfrist zu qualifizieren. Von gleichem ist auszugehen bei einer Frist von rund einem Monat bei einer funktionsuntüchtigen Maschine[1647]. Der OHADA-Rechtsanwender kann der Frist von ca 5 Wochen bei Qualitätsmängeln einer Sitzgarnitur unter Berücksichtigung der Weihnachtsfeiertage wie im UN-Kaufrecht[1648] Rechnung tragen. Denkbar ist ausnahmsweise eine Frist über acht Monate als angemessen zu qualifizieren, wenn

---

[1639] Vestre Landsret, Urteil vom 10.11.1999, UNILEX RdNr1-42; Siehe *Piltz,* 343
[1640] *OLG Stuttgart, Urteil vom 31.3.2008, 6 U 220/07, CISG-online Nr 1658, Rn46: Eine vom Verkäufer verschwiegene Nachlackierung eines Fahrzeugs kann nicht nachgebessert werden, der Mangel ist unbehebbar, Honsell,* 614.
[1641] OLG Stuttgart, Urteil 6 U 220/07 vom 31.3. 2008, CISG-online Nr 1658, Rn 43
[1642] OLG München, Urteil 10 HKO 237590/94 vom 20.3.1995, CISG-online Nr 164, Ziff 1.
[1643] Vgl BGer, Urteil 4C. 105/ 2000 vom 15.9.2000, CISG-online Nr 770, 2/c/aa.
[1644] *Piltz,* 343.
[1645] Vgl Turku Court of Appeal, Urteil vom 12.4.2002, CISG-online Nr 660, ZC/2/1; Siehe *Honsell*, 615.
[1646] Vgl OLG Hamburg, Urteil vom 26.11.199, 1 U 31 /99, CISG-online Nr 515, ZI.
[1647] Vgl KGer Wallis, Urteil C1 04 162 vom 21.2.2005, CISG-online Nr 1193, Ew.4/a/bb
[1648] Vgl OLG Oldenburg, Urteil vom 1.2.2005; Dazu *Honsell*, 616.

diese notwendig ist, bis ein Experte die gelieferte Maschine untersucht und einen Konstruktionsfehler festgestellt hatte[1649].

Aus soziologischen Gründen ist selten nachvollziehbar, dass in der OHADA die Frist von sieben Tagen nach Lieferung von Weihnachtsbäumen im Dezember als unangemessen[1650] infrage kommen könnte. Dagegen ist vorstellbar, dass 24 Tage nach Entdeckung der Leckage eines Badebeckens nicht mehr als angemessene Frist zu werten sind, wenn dabei auch die Rügefrist versäumt wird. Ebenso 55 Tage bei Verstoß gegen ein Alleinvertriebsrecht, 2 Monate und 18 Tage, weil der Mangel eines Fahrzeuges in Gestalt einer verschwiegenen Nachlackierung nicht behebbar war. 4 Monate für Beanstandung von Qualitätsmängeln bei Lieferung von Koks, vier Monate für die Beanstandung von Schweinespeck bzw überhaupt im Lebensmittelbereich, fünf Monate nach einer Mitteilung durch den Hersteller einer Maschine, dass diese nicht mehr an den Verkäufer geliefert wird, acht Monate bis zum Eintreffen einer Expertise über die Mängel der Kaufsache , weil diese offensichtlich waren[1651], über drei Jahre nach Geltendmachung der mangelnden Vertragsmäßigkeit. Die Frist ist zu verkürzen, wenn das Nacherfüllungsangebot des Verkäufers abgelehnt wird. Hingegen führen die Verhandlungen der Parteien über die gütliche Erledigung der Streitigkeit zu längerer Frist[1652].

Das Erfordernis der Aufhebungserklärung besteht nicht, wenn es ausdrücklich oder konkludent eindeutig ist, dass der Schuldner seine Pflichten nicht erfüllen will (Art 72 Abs 3) oder dass er die Erfüllung unberechtigt bedingt macht, indem er diese ZB von einer Zusatzforderung abhängig macht[1653].

Denkbar ist auch in der OHADA, dass ein Nacherfüllungsversuch des Verkäufers ohne eine bestehende Nach- oder Nacherfüllungsfrist zur Erstreckung den Beginn der Erklärungsfrist begründet (angemessen ist die Frist, wenn diese erst zu dem Zeitpunkt beginnt, zu dem der Verkäufer die nachträgliche Erfüllung für gescheitert erklärt oder der Käufer eine weitere Durchführung ablehnt[1654] oder zur Geltendmachung der Aufhebung führt. Allerdings kann dieser mit stillschweigender Duldung des Käufers

[1649] Vgl ICAC; Entscheid vom 18.10.2005, 21 /2005, CISG-online Nr 1457; Dazu *Honsell,* 616.
[1650] Vetre Landert, Urteil B-29-1998 vom 10.1.1999, CISG-online Nr 740; Dazu *Honsell,* 616.
[1651] Cour d´Appel de Paris, Urteil vom 1.4.2001, 2000/13970, CISG-online Nr 693.
[1652] OLG Stuttgart; Urteil vom 31.3.2008, 6 U 220/07, CISG-online Nr 1658; Siehe *Honsell,* 616ff.
[1653] *Piltz,* 340.
[1654] *Honsell, , 624.*

ermöglicht werden. Gleiches gilt, wenn eine ausdrückliche Frist zur Nacherfüllung besteht (angemessen ist die Frist nach Ablauf einer gemäß alter Art 253 infolge der anzunehmenden stillschweigenden Parteienvereinbarung Nacherfüllungsfrist oder nach wirksamer Annahmeverweigerung des Käufers (Vergleich mit Art 48 Abs 2 bzgl Nachfristsetzung des Käufers).

Fraglich ist, ob das Verhältnis zwischen der Erklärungsfrist von Art 49 Abs 2 lit a UN-Kaufrecht (im Falle der verspäteten Lieferung) und der Erklärungsfrist von Art 49 Abs 2 lit b UN-Kaufrecht (im Falle einer anderen Vertragsverletzung) besteht. In der Literatur wird kein sachlicher Zusammenhang angesehen. Daher ist die Einhaltung der Fristen bei verspäteter Lieferung der Ware von der Einhaltung der Fristen aufgrund anderer Vertragsverletzung streng zu trennen. Somit ist der Käufer auch im OHADA-Recht gemäß alter Art 254 al 4 AU.DCG berechtigt (bei einer Hinnahme der verspäteten Erfüllung wegen völlig anderer Vertragsverletzungen, die er unter Umständen vor Lieferung überhaupt nicht feststellen hätte können innerhalb der Fristen hinsichtlich dieses Falles einer anderen Vertragsverletzung als verspätete Lieferung (alter Art 254 al 3) wie (Art 49 Abs 2 lit a)) Gebrauch zu machen, wenn er den Vertrag nach einer verspäteten Anlieferung der Ware nicht innerhalb der Frist für die betreffende verspätete Lieferung (Frist von altem Art 254 al 3; Art 49 Abs 2 lit a) aufgehoben hat[1655]. Auf eine Präzisierung des Fristbeginns wie in Art 49 Abs 2 b)i)-iii wurde im Fünften Buch verzichtet. Die Frist müsste nach der Literatur regelmäßig mit erfolgter Lieferung beginnen[1656].

Zum Verhältnis der Erklärungsfristen im Falle der Kenntnisnahme der Vertragsverletzungen (Art 49 Abs 2 lit b Z 1 in der OHADA vermutlich[1657]) oder nach Nachfristsetzung (Z 2 UN-Kaufrecht; alter Art 251 al 1 AU.DCG) sowie Nacherfüllungsverweigerung - Z iii UN-Kaufrecht; alter Art 251 al 2 AU.DCG: Einerseits wird in der Literatur vertreten, dass zwischen den einzelnen Regelungsvarianten ein zeitlicher Zusammenhang besteht. Nach jener Auffassung muss das Ansetzen einer Nachfrist oder einer Nacherfüllung vor Ablauf der angemessenen Frist nach Kenntnisnahme der Vertragsverletzung erfolgt sein, um das Aufhebungsrecht des Käufers zu ermöglichen. Diese Relation besteht auch aufgrund

[1655] *Honsell,* 625.
[1656] *Hagge, 128.*
[1657] *Hagge, 128.*

faktischen Zusammenhangs zwischen der Erklärungsfrist infolge Kenntnisnahme der Vertragsverletzung und derjenige infolge Nachfristsetzung. Zur Begründung steht die Nachfristsetzung zur Verfügung, wenn der Käufer noch einen Anspruch auf Erfüllung habe (somit die Frist zur Nachfrist mit der Frist des Anspruchs auf Erfüllung Abs 2 und 3 Art 49 UN-Kaufrecht übereinstimmen). Dies führt bei Kenntnisnahme der Vertragsverletzung zum Untergang des Erfüllungsanspruchs (auf Nachbesserung oder Ersatzlieferung) und des Aufhebungsrechts. Bei beiden steht dem Käufer das Recht zum Ansetzen von Nachfrist aufgrund Fristablaufs[1658] für den Fall zu, dass der Käufer passiv geblieben ist und weder Erfüllung noch Vertragsaufhebung verlangt hat. Andererseits geht eine Ansicht davon aus, dass oben angeführte Erklärungsfristen völlig unabhängig voneinander bestehen. Wenn die Parteien ernsthafte Verhandlungen über eine gütliche Erledigung der Angelegenheit führen, wird „die jeweilige Erklärungsfrist von dem Prinzip von Treu und Glauben (Art 7 Abs 1) ausgehen, weshalb dem Käufer die Geltendmachung des Aufhebungsrechts auch nach einem Scheitern der Verhandlungen weiterhin zukommt[1659]. Zudem soll eine zeitliche Unabhängigkeit zwischen den einzelnen Regelungsvarianten bestehen mit der Begründung, dass die Fristversäumung das Aufhebungsrecht lediglich temporär aussetzt. Daher kann das Recht zur Aufhebung ohne weiteres (ohne Einfluss der Fristversäumung durch Nachfristsetzung) zurückgewonnen werden. Ob der Käufer im Vorfeld bereits innerhalb der erstmalig angemessenen Frist zur Nachbesserung oder Ersatzlieferung eine Aufforderung des Aufhebungsrechts zum Ausdruck bringt, (um sein Aufhebungsrecht später vor Verjährungsfrist durch Nachfristsetzung zurückzugewinnen), wird in der Literatur verneint[1660]. Der Käufer kann beliebig die zeitliche Voraussetzung für das Aufhebungsrecht jederzeit selbst schaffen. Die Vorschriften zur Angemessenheit bei der Ausübung der Aufhebung verfolgt der Norm-Geber lediglich nunmehr im UN-Kaufrecht. Darüber hinaus enthalten die beiden Regelwerke keine Hinweise darauf, dass ein “Suspendieren“ oder ein „Zurückgewinnen“ des Aufhebungsrechts möglich sein soll.

Sodass die zeitliche Erstreckung der Erklärungsfrist durch einseitiges Ansetzen mehrerer aufeinanderfolgender Nachfristen aufgrund der bereits dargelegten Ablehnung nicht in Frage kommen darf, da die Erklärungsfrist einen

[1658] *Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen; Siehe Honsell,* 626.
[1659] *Honsell,* 626.
[1660] *Honsell,* 626f.

Ausschlusscharakter hat(Ausschlussfrist wird in der schweizerischen Rechtsterminologie auch Verwirkungsfrist genannt. Wenn die Voraussetzungen für die Anwendung einer bestimmten Frist gegeben sind, muss diese durch das nationale Gericht von Amts wegen auch ohne Einrede des Verkäufers angewendet werden)[1661] und zu Gunsten der Verkäufer vorgesehen ist. Wenn der Käufer durch beliebige neuerliche Nachfristsetzung eine Spekulation mit der Folge des Hinauszögerns der Vertragsaufhebung zum Nachteil des Verkäufers sucht, ist diese Vorgehensweise abzulehnen. Dagegen kann der Käufer sein Aufhebungsrecht durch das Ansetzen weiterer Nachfristen jedoch vor Ablauf der vorhergehenden Nachfrist erhalten[1662], soweit keine Einschränkung infolge einer Weigerung des Verkäufers vorliegt[1663].

Die Frist zur Abgabe der Aufhebungsklärung oder Geltendmachung des Aufhebungsrechts bei Nichtlieferung ist bis zum Zeitpunkt der Lieferung frei zu bestimmen. Die Fristwahrung und der Charakter der Frist sind bei „Sonderaufhebung" gleichermaßen wie bei Aufhebung wegen wesentlicher Vertragsverletzung.

2.3.4.4 Rechtsfolgen einer Vertragsaufhebung

Die wirksame Vertragsaufhebung infolge wesentlicher Pflichtverletzung (Art 49 Abs 1 lit a oder b des UN-Kaufrecht; alter Art 254 AU.DCG bzw neuer Art 281 des Achten Buches) hat zwei oder drei Konsequenzen: Sowohl im UN-Kaufrecht (Art 81) als im OHADA-Recht(Art 296 früher Art 269) AU.DCG) sind der Käufer und der Verkäufer von ihren primären Leistungspflichten befreit. Dh alle noch nicht erfüllten primären Leistungspflichten des Verkäufers (Lieferung der Ware am rechten Ort und zur rechten Zeit, Übergabe von Dokumenten, Übertragung von Eigentum sowie die Wahrnehmung sonstiger Pflichten (Montagepflichten)) wie auch des Käufers (etwa Zahlung des Kaufpreises, Abnahme der Ware) entfallen. Die konzipierte Rechtsfolge im OHADA-Recht(Art 296 früher Art 269) und im UN-Kaufrecht (Art 81 Abs 1 und 2) ist im Wesentlichen im Einklang mit dem traditionellen Recht[1664]. Die Beseitigung[1665] oder

---

[1661] Dazu *Honsell,* 626.
[1662] *Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen* Art 49 Rn 40; auch Brunner Art 49 Rn 14; Dazu *Honsell, 626.*
[1663] *Honsell,* 627.
[1664] *Santos/Toé*, Anm.670; *Hagge,* 15, Fn. 697.
[1665] Wie das Rechtsverhältnis nach erfolgter Aufhebung einzuordnen ist, ist in der Literatur fraglich. Während französische Juristen den Wegfall des Vertrags ex tunc ansehen, gehen die deutsche Literatur von einem Abwicklungsverhältnis aus. Dazu *Santos/Toé* , 414; *Hagge*, 152 f. Bei der Konfliktbewältigung bleibt ein bereits entstandener Schadensersatzanspruch ausdrücklich erhalten Art

Modifizierung des Vertrages zu einem Abwicklung(schuld)Verhältnis[1666] hat zur Folge die Rückgabe der bereits erbrachten Leistungen einschließlich der daraus gezogenen Vorteile unabhängig davon(Art 300 AU.DCG ; Art 81 Abs 2 CISG) , ob sie zur Zeit der Vertragsaufhebung noch vorhanden oder an den Verkäufer weiterzuleiten sind(Als Vorteile kommen Surrogate, Schadenersatzansprüche oder Versicherungszahlungen sowie sonstige Erlöse einschließlich eines erzielten Gewinnes abzüglich angemessener Aufwendungen für die Erhaltung der Ware in Betracht[1667]. Die Herangehensweise hat zu vermeiden, dass sich eine Partei aufgrund der bereits erbrachten Leistungen bereichert und die andere Partei dagegen verarmt[1668]. Die Rückabwicklung wechselseitiger Ansprüche hat – ausdrücklich im UN-Kaufrecht (Art 81 Abs 2)- in der Regel Zug um Zug zu erfolgen, sofern nichts anderes vereinbar wurde. Unter analoger Anwendung des alten Art 245 bzw neuen Art 282 AU.DCG kann ein Antrag auf Zurückbehaltung beim zuständigen Gericht zugelassen werden, wenn eine andere Seite die erbrachte Leistung nicht zurückgewährt[1669].

Die beschränkte Erfüllung in natura (Art 28 CISG) ist bei Rückgewährsansprüchen zu beachten(ein Rechtsbegehren des Käufers auf Verschrottung der als neuwertig gelieferten Maschine kann jedoch infolge kompletter Verrostung der gebrauchsuntauglichen Maschine nicht stattgegeben werden)[1670]. Soweit der Käufer bereits Zahlungen auf den Kaufpreis geleistet hat, erfolgt die Rückgabe in der Währung, in der der Kaufpreis gezahlt worden ist zuzüglich der Zinsen. Diese entstehen ab dem Empfang der Zahlung des Kaufpreises und sind pauschaler Ausgleich der erwachsenen Nutzungsmöglichkeiten infolge des Erhalts des Geldes. Dabei kommt ein Befreiungsgrund im Sinne der Art 79 UN-Kaufrecht; Art 294 (früher Art 267) AU.DCG nicht in Frage[1671]. Bei der Festlegung der pauschalen Zinsen kommt es nicht darauf an, ob und in welcher Höhe der Verkäufer tatsächlich Zinsvorteile erlangt hat. Vorbehaltlich Zug um Zug Verknüpfung mit einem anderen Lieferort

---

269 S. 1 AU.DCG. Art 296 Abs 2 AU.DCG sieht ausdrücklich nunmehr ein Abwicklung(schuld)Verhältnis vor.

[1666] KGer Wallis, Urteil vom 21. 2. 2005, C1 04 162, CISG-online Nr 1193, Ew. 4/b; *Honsell*, 636.; Art 296 Abs 2 AU.DCG .

[1667] *Piltz*, 346

[1668] Dazu *Santos/Toé* , 415

[1669] Vgl *Hagge*, 153, *Bianca/Bonell/Tallon*, Art 81, Anm 2.6.; *Honsell/Weber*, Art 81,Rn. 19; *Staudinger/Magnus*, Art 81 , Rn. 14; *Herber/Czerwenka* Art 81, Rn 9, und Krebs halten solche Analogie für überflüssig, Siehe *Hagge*, 153.

[1670] *Honsell,* 636; siehe KGer Wallis, a.a.O:

[1671] Vgl *Piltz,* 345.

befindet sich der Zahlungsort für Kaufpreis und Zinsen im Zweifel am Sitz des Käufers unter Heranziehung von Art 57 UN-Kaufrecht, Art(früher 238) bzw 266 AU.DCG. Der Zinssatz ist unmittelbar auf den am Sitz des Verkäufers üblichen Zinssatz abzustellen. Während das UN-Kaufrecht keine Aussage zur Höhe der Zinsen trifft, verweist Art 291 (früher 263) Abs 1 AU.DCG auf den gesetzlichen Zinssatz für Handelsgeschäfte; bei internationalen Kaufverträgen muss somit über das IPR festgestellt werden, welches nationale Recht einschlägig zur Anwendung kommt.

Die Rückgabe kann auch von dem Verkäufer eingefordert werden. Unerheblich ist, ob der den Vertrag aufhebende Käufer auf Rückwicklung besteht. Daher hat der Käufer bereits gelieferte Ware sowie etwa erhaltene Nebenleistungen an den Verkäufer zurückzugeben. Nur die tatsächlich gezogenen Nutzungen (wie eigene Gebrauchsvorteile sowie durch die Nutzung der herauszugebenden Ware effektiv ersparte Aufwendungen) sind herauszugeben[1672], sodass nicht fiktive Möglichkeiten der Nutzung bei Anrechnung der Vorteile nicht in Betracht kommen. Folglich hat er aufgrund der Aufhebung für die Erhaltung der Ware Sorge zu tragen, damit die Rückgabe ermöglicht wird. Der Haftungsausschluss hinsichtlich der Rückgabepflicht liegt vor, wenn die Voraussetzungen zu den Befreiungsgründen gemäß Art 79 nämlich Nicht-Voraussehbarkeit bzw Unbeherrschbarkeit der Ursache des Schadens vorliegen. Gleiches gilt Im OHADA-Recht gewissermaßen unter Berufung auf Art 294 (früher 267) AU.DCG, wenn der Hinderungsgrund zur Rückgabe der Ware und zur Herausgabe der entstandenen Vorteile auf Einwirkung eines Dritten oder höherer Gewalt *(force majeure)* beruht. Da eine Aufhebung auch möglich ist, wenn der Käufer die Ware beispielsweise aufgrund Insolvenzverfahren oder Untergang nicht oder jedenfalls nicht in einem wesentlich unveränderten Zustand zurückgeben kann, schuldet er statt der Ware oder zusätzlich zu der veränderten Ware die mit dieser erlangten Vorteile (Art 84 Abs 2 lit b). Gleiches gilt im OHADA-Recht unter Berufung auf Artt 298 iVm 300 Abs 2 (früher271 al 2 iVm 273 Abs 2) AU.DCG. Die Rückgewährspflichten sind im Zweifel innerhalb angemessener Zeit nach Vertragsaufhebung zu erfüllen. Der Erfüllungsort für die Rückgabe der Ware der

[1672] *Piltz* 347.

daraus gezogenen Vorteile ist der Ort der Lieferung (Art 31) oder im Zweifel der Ort der Übergabe der Ware für die Beförderung[1673].

Die Kosten der Rückabwicklung können vorbehaltlich einer Befreiung des Verkäufers als Schadenersatz geltend gemacht werden.

Trotz Umsteuerung des Vertrages bleiben „neben den in Art 81 Satz 1 CISG; Art 296 Abs 1 früher Art269 Abs 1 1 Halbsatz ausdrücklich angesprochenen Schadenersatzverpflichtungen danach insbesondere alle Regelungen bestehen, die für die Rückabwicklung von Bedeutung sind. Etwa Vertragsstrafen und Schadenersatzpauschalen, Gerichtsstands- und Schiedsgerichtsvereinbarungen sowie Erfüllungsortregelungen oder Pflichten zur Erhaltung der Ware usw“[1674]. Entsprechendes gilt im OHADA-Recht bei der Beurteilung der autonomen Klauseln (Art 296 Abs 2 (früher Art 269 zweiter Satz) AU.DCG) und bei der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen (Art 296(früher Art 269 Halbsatz des ersten Satzes).

Die dingliche Rechtslage (dingliche Sicherungsrechte) infolge der Aufhebung kann nach dem jeweils maßgeblichen Sachenrecht bestimmt werden. Hinsichtlich des Sukzessivlieferungvertrages kommt die Auswirkung der Aufhebung grundsätzlich für jede Teillieferung, die gestört wird, in Betracht (Art 73 UN-Kaufrecht; alter Art 247 AU.DCG). Die wirksame Aufhebungserklärung hat eine Gestaltungswirkung - ein Überwechseln zu anderen Rechtsbehelfen wegen derselben Vertragsverletzung ist ausgeschlossen[1675].

Eine unwirksame Vertragsaufhebung aufgrund nicht wesentlicher Vertragsverletzung oder nicht ordnungsgemäß gesetzter Nachfrist führt zu keinem Rückabwicklungsverhältnis. Gleiches gilt, wenn der Käufer die Ware nicht mehr im Wesentlichen Zustand zurückgeben kann, wie er sie erhalten hat[1676] Art 82 Abs 1 CISG; Art 298 AU.DCG.es sei denn die Veränderung nicht auf Handlung oder

---

[1673] *Piltz* .
[1674] *Piltz,* 344.
[1675] [1675] *Piltz,* 392
[1676] Die Aufhebung ist trotz Unmöglichkeit oder Verschlechterung der Ware möglich, wenn diese Veränderung nicht auf der Handlung oder Unterlassung beruht, Art 267 AU.DCG; Siehe *Hagge*, 153; *Soergel/Lüderitz/Dettmeier*, Art 82, Rn. 5, *Bianca/Bonell/Tallon*, Art 82, Anm 2.2; *Honsell/Weber*, Art 82, Rn. 18f. *Schlechtriem/Leser/Hornung*, Art 82, Rn 20; *Staudinger/Magnus*, Art 82, Rn. 18ff. In der OHADA bleibt dem Käufer alle übrigen Rechtsbehelfe unabhängig vom Untergang oder wesentlichen Beschädigung der Ware unbenommen, Art 272 AU.DCG. auf die ergänzende Anwendbarkeit nationalen Rechts wird nicht verzichtet, so *Issa-Sayegh*, Unif.L.Rev.1999, Anm. 21

Unterlassen des Käufer beruht oder auf in Art Abs 2 b c gegebenen Fälle. Der Untergang oder Veränderung der Ware infolge Untersuchungen oder infolge normalen Geschäftsverkehrs wird im Achten Buch nicht erwähnt, aber zu berücksichtigen. Ebenso gilt, wenn die erforderlichen Formalitäten zur Abgabe der Erklärung nicht eingehalten werden. Ein Erfüllungsverlangen des Verkäufers ist möglich. Ein Schadenersatzanspruch sowie Aufhebung des Vertrages infolge unberechtigter Vertragsaufhebung können geltend gemacht werden. Auch die Aufhebung des Vertrages durch den Verkäufer, wenn die Voraussetzungen der Art 64, 72 UN-Kaufrecht entsprechen alten 259, 246 AU.DCG anders als im Achten Buch erfüllt sind. "Scheitert dagegen die Vertragsaufhebung bei Vorliegen eines Aufhebungsgrundes an der Möglichkeit zur unversehrten Rückgabe der Kaufsache gemäß Artt 82 UN-Kaufrecht; 298; altem 272 AU.DCG, so stehen dem Käufer gemäß Art 83 UN-Kaufrecht; Art 299; altem 272 letzter Halbsatz AU.DCG weiterhin alle anderen Rechtsbehelfe zu (Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen, Erklärung einer Minderung[1677]). Abgesehen davon besteht ein kumulativer Anspruch, solange die Aufhebung neben der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen zulässig ist. Hingegen ist die Aufhebung mit der gleichzeitigen Geltendmachung einer Minderung oder mit Erfüllungsansprüchen unvereinbar. Ausdrücklich lediglich im CISG.

Eine Aufhebung kann einvernehmlich (entweder ausdrücklich oder konkludent[1678]) erfolgen. Wenn der Verkäufer jedoch unverzüglich widerspricht, kommt es zu keiner Verhaltensweisen Zustimmung und somit zu einer einvernehmlichen unwirksamen Vertragsaufhebung des Käufers nach der Judikatur[1679]. Nach der verspäteten Ankunft der verkauften Baumwolle im Zielhafen blieben beide Parteien über längere Zeit passiv, was als konkludentes Einverständnis des Verkäufers mit der Auflösung des Vertrages qualifiziert wurde. Da die Aufhebung im OHADA-Recht gerichtlich oder einseitig erfolgt, kommt die konkludente Aufhebung grundsätzlich in Frage). Eine Vertragsaufhebung kann ungeachtet der fehlenden Wirksamkeit erfolgen, sodass die Rückabwicklung im Zweifel gemäß Art 81 UN-Kaufrecht durchgeführt wird[1680] Pflichtbeseitigung und Rückabwicklungsverhältnis kommen zur Teilaufhebung in

[1677] *Honsell,* 637.
[1678] *Honsell,* 637.
[1679] Vgl BGer, Urteil vom 15.9.2000, 4C. 105/2000, CISG-online Nr 770, Ew. 3
[1680] HGer des Kantons Aargau, Urteil vom 5. 11. 2002. 00029, CISG-online Nr 715.

Betracht[1681]. Auch für Sukzessivlieferungsvertrag hinsichtlich der Teilaufhebung der Einzelteillieferungen[1682]. Im Achten Buch sind diese Aspekte momentan fremd. Die zwingende Verjährungsfrist zur Aufhebung beträgt gemäß Art 301 Abs 1 AU.DCG zwei Jahre. Dieser Anspruch läuft ab Erkennbarkeit des Mangels (alter Art 275 Abs 2 AU.DCG)[1683] jetzt nach Ende der Garantiefrist. Da das UN-Kaufrecht keine Aussage dafür trifft, gilt für das Aufhebungsrecht das im Prinzip nach dem Internationalen Privatrecht jeweils berufene Recht[1684]. Denkbar ist auch die Anwendung des New Yorker Übereinkommens von 1974 im UN-Kaufrecht[1685].

Der Käufer ist beweispflichtig für das Bestehen der verletzten Pflicht und für die Wesentlichkeit der Nichtlieferung. Ebenso für die Angemessenheit und für den erfolglosen Ablauf einer Nachfrist bzw für die Erfüllungsverweigerung des Verkäufers, zudem für die ordnungsgemäße Nachfristsetzung und für die Ordnungsmäßigkeit der Aufhebungserklärung sowie für die Einhaltung der jeweiligen Erklärungsfrist[1686]. Nach einer rügelosen Abnahme der Ware hat er deren Vertragswidrigkeit nachzuweisen[1687]. Die Zurückweisung der Lieferung durch den Käufer führt zur Beweislastumkehr.

Den Verkäufer trifft die Darlegungs- und Beweislast für die ordnungsgemäße Erfüllung, auch für die Vertragsmäßigkeit infolge Zurückweisung der Ware durch den Käufer[1688] die Ware ist noch in seinem Herrschaftsbereich und für den jeweiligen Beginn der Erklärungsfristen[1689].

II Rechtsbehelfe des Verkäufers

1 Bei drohender Vertragsverletzungen

Der Verkäufer ist beim antizipierten Vertragsbruch durch den Käufer berechtigt, die Aussetzung der Erfüllung eigener Vertragspflichten (Art 71 CISG). Art 285 AU.DCG regelt vorläufige Rechtsbehelfe des Verkäufers, wenn sich herausgestellt, dass der

---

[1681] *Honsell,* 638.
[1682] *Voy.CROS (M.L), „Les contrats à execution échelonnée", D.S. 1989, chron., 52 nos 18 et s.*
[1683] In diesem Kontext ist bei Sachmängeln die Ausschlussfrist des Art 229 AU.DCG zu beachten, ausführlicher, *Hagge*, 155 f.
[1684] [1684] *Piltz,* 348.
[1685] *Gomez*, 150.
[1686] *Honsell,* 639.
[1687] Cour d´Appel de Paris, Urteil vom 14.6.2001, 2000/13970, CISG-online Nr 693; Siehe *Honsell,* 639.
[1688] Vgl BGer, Urteil 4A 362/2007 vom 13. 11. 2007, CISG-online Nr 1618 Ew. 3,5
[1689] *Honsell,* 639.

Käufer wegen eines Mangels der Kreditwürdigkeit oder wegen Zahlungsunfähigkeit wegen wiederholter Verspätungen zur Zahlung des Kaufpreises des Käufers den Vertrag nicht erfüllen kann. Anders als im CISG erfolgt die Aussetzung der Erfüllung durch richterliche Gestaltungserklärung. Bei der Ausübung dieses Rechtsbehelfs muss der Verkäufer ein Antrag beim zuständigen Gericht stellt. Wie beim Käufer hinsichtlich des Aussetzungsrechts hat der Verkäufer im UN-Kaufrecht Ansprüche auf wie bereits ausführlich[1690] Zurückbehalterecht und Anhalterecht. Im OHADA-Recht beschränkt sich das Recht Zurückbehalten(Art 285 AU.DCG). Er ist nicht erklärbar, warum ein Äquivalent zum Anhalterecht iSd 71 Abs 2 CISG auch im Achten Buch verzichtet wurde, zumal derartiger Rechtsbehelf bei drohender Vertragsverletzung nach Absendung der Ware den Verkäufer Schützt. Hinzu kommt wie bereits ausführlich die vorzeitige Vertragsaufhebung, allerdings für das CISG. Hier wird ausschließlich dem Anhalterechtsthema als präventive Maßnahmen nachgegangen.

1.1 Anhalterecht

Das Anhalterecht insbesondere im UN-Kaufrecht (Art 71 Abs 2) (im Achten Buch nicht ausdrücklich geregelt) besteht bei Beförderungsverkäufen (dh die Lieferhandlung des Verkäufers erfolgt nicht an dem Ort der Erbringung, sondern am Ort der Warenübernahme durch den Käufer) und gilt nur im Verhältnis zwischen Verkäufer und Käufer. Es ist bloß schuldrechtliche Natur. Der Verkäufer ist berechtigt, das Anhalterecht (Art 71 Abs 2 UN-Kaufrecht) zu ergreifen, um die Übergabe der bereits an den Frachtführer ausgehändigten Ware an den Käufer zu verhindern, wenn ihm erst nach Absenden die drohende Pflichtverletzung bekannt werden. Sofern die Zurückhaltungsgründe nach Art 71 Abs 1 vorliegen. Kritisch ist in der Literatur, weil ein Äquivalent zum Anhalterecht iSd Art. 71 Abs 2 UN –Kaufrecht in der OHADA fehlt[1691]. Die Beurteilung der Rechtsbeziehungen zwischen dem Frachtführer, Lagerhalter oder Dritterwerber einerseits und dem Verkäufer andererseits erfolgt nach den jeweils maßgeblichen Vorschriften. Diese sind im UN-Kaufrecht nicht determiniert, wobei auch die Rechte des Käufers aus dem Beförderungsvertrag nicht bestimmt sind. Das Anhalterecht setzt voraus, dass die Ware nicht tatsächlich im Gewahrsam des Käufers sein muss und endet lediglich mit Aushändigung der Ware an den Käufer oder einen

[1690] Kapitel 5. I. 1.
[1691] Dazu *Hagge,* 116, es ist nicht geklärt, warum vollständig auf einen entsprechenden Rechtsbehelf verzichtet wurde.

sonstigen Empfangsberechtigten sowie mit dem Erwerb vertretbarer Dokumente durch einen gutgläubigen Dritten[1692]. Unerheblich ist, ob der Käufer bereits die vertretbaren Dokumente zur Herausgabe der Ware besitzt oder schon das Eigentum über die Ware erworben hat[1693]. Der Käufer ist jedoch verpflichtet, das Anhalterecht des Verkäufers zu respektieren und sein Recht zur Herausgabe sowie Schadenersatz gegenüber dem Frachtführer aufgrund transportrechtlicher Bestimmungen nicht in Anspruch zu nehmen oder geltend zu machen[1694]. Eine Verletzung des Anhalterechts kann folglich praxisgemäß durch abgetretene Schadenersatzansprüche entstehen. (dh der Frachtführer tritt die ihm zustehenden Schadenersatzansprüche an den Verkäufer ab oder ermächtigt ihn, seine Rechte geltend zu machen). Die Verletzung der Pflicht zur Anzeige bei der Ausübung des Anhalterechts hat für den Schuldner lediglich einen Anspruch auf Schadenersatzanspruch zur Folge, sodass die Rechtmäßigkeit des Anhaltesrechts in Betracht kommt (Art 71 Abs 3). Es erübrigt sich die Frage der Verfehlung der Anzeige und demzufolge Rechtmäßigkeit des Anhalterechts in der OHADA nachzugehen, da derartige Rechtsbehelf im OHADA-Recht nicht evoziert wurde. Das Anhalterecht erlischt infolge des Wegfalls der Voraussetzungen oder ausreichender Sicherheit wie etwa das Aussetzungsrecht. Die Partei, die ein Aussetzungs- oder Anhalterecht geltend macht, trägt die Beweis- und Substantiierungslast für die Rechtfertigungen. Diejenige Partei, die sich auf die Abwendung des Aussetzungs- oder Anhalterechts durch Sicherheitsstellung beruft, soll die Tatsachen darlegen, welche eine ausreichende Sicherheitsstellung belegen[1695]. Zu erwähnen ist, dass die Aussetzung so lange andauert, wie das Risiko der Nichterfüllung bestehen bleibt[1696]. Eine endgültige Vertragsaufhebung erfolgt durch den einen entsprechenden Antrag oder durch einseitige Erklärung.

2 Rechtsbehelfe des Verkäufers wegen Pflichtverletzungen durch den Käufer

Das UN-Regelwerk stellt dem Verkäufer die Rechtsbehelfe zur Verfügung, wenn der Käufer seinen Pflichten überhaupt nicht oder jedenfalls nicht in der gebotenen Art und Weise nachgekommen ist (Ar 62 -64 UN-Kaufrecht). Es geht dabei um den Erfüllungsanspruch (Art 61 CISG) und die Vertragsaufhebung(Art 64 CISG), die

[1692] *Piltz,* 209.
[1693] *Honsell, 975.*
[1694] *Piltz,* 209.
[1695] *Honsell, 975.*
[1696] Es bewirkt kein Erlöschen der gegenseitigen Leistungsdpflichten, so *Hagge*, 117; *Santos/Toé*, Anm. 664

Zinsen(Art 78 CISG) anstelle oder Zusätzlich zu den sonstigen Rechtsansprüchen Schadensersatz in Anspruch zu nehmen(Art 61 Abs 1 b, Abs 2 CISG) sowie Leistungen zurückzuhalten (Art 71 CISG). Die Rechtsbehelfe können grundsätzlich für alle Vertragsverletzungen (verspätete und ausbleibende Zahlung des Kaufpreises sowie Nicht-Annahme der Ware und rechtswidrige einseitige Vertragsaufhebungserklärung etc.) des Käufers ohne Rücksicht auf deren Art und Gewichtigkeit in Anspruch genommen werden[1697]. Die Rechtsbehelfe stehen allerdings nicht zu, wenn die Pflichtverletzung durch Tun und Unterlassen des Verkäufers hervorgerufen wird. Hingegen verliert der Käufer seine Rechtsbehelfe beim Unterlassen der Mangelrüge.

Die Rechtsbehelfe des Verkäufers sind in Artt 281, 285- 287 AU.DCG zusammengefasst. Sie kommen je nach Art der Vertragsverletzung wie verspätete oder ausbleibende Zahlung des Kaufpreises sowie die Nicht- Abnahme der Ware durch den Käufer in Betracht, wobei auch die vorweggenommen Vertragsverletzungen umgefasst werden. Art 281 regelt die Aufhebung des Vertrags legt die Voraussetzungen für die einseitige und richterliche Gestaltung der Aufhebung fest[1698]. In Art 285 AU.DCG wird die Aussetzung der Erfüllungspflichten bei vorweggenommener Vertragsverletzung des Käufers geregelt. Art 286 AU.DCG normiert die Nachfrist und deren Bindungswirkungscharakter. Die Erfüllung innerhalb gebotener Frist steht der Geltendmachung von Schadensersatz entgegen (Art 286 Letzter HS AU.DCG). Art 287 AU.DCG statuiert das Schadensersatzrecht nach fruchtlosem Ablauf der Nachfrist, sofern der Verkäufer die fristwidrige Nacherfüllung nicht ablehnt. Art 291 regelt die Geltendmachung von Zinsen auf fällige Beträge.

Inhaltlich und systematisch weicht das Regelwerk der OHADA überwiegend vom UN-Kaufrecht ab. Sichtbar sind die Unterschiede hinsichtlich der Struktur und Inhalt des Zurück- und Anhalterechts. Danach wird klar dargestellt, dass der Anspruch des Verkäufers auf Primärerfüllung der Käuferpflichten lediglich ausdrücklich im UN-Kaufrecht vorgesehen wird. Bei der Aufhebung des Vertrages anders als im UN-Kaufrecht wurde ein Hybridsystem implementiert, das einseitige und richterliche Gestaltung umfasst. Desweiteren betreffen die Aufhebungsgründe. Während der Wesentlichkeit der Pflichtverletzung und erfolgslosen Fristablaufs der gesetzte

[1697] *Piltz,* 362.
[1698] Ausführlich I Rechtsbehelfe des Käufers, 2.3 Aufhebung des Vertrags.

Nachfrist zur Zahlung sowie der Nichtabnahme der Ware zur Aufhebungserklärung vorausgesetzt werden, erfolgt die richterliche Aufhebung in der OHADA bei Nicht- und teilweise Erfüllung Art 281Abs 1. Bei einseitiger Aufhebung Erklärung wird ein gravierendes fehlerhaftes Verhalten des Käufers verlangt. Eine Vorankündigung der Anzeige ist erforderlich. Die Verletzung der vorherigen Ankündigungsfrist kann dem Käufer Rechtsbehelfe anwachsen Art 281 Abs 4 AU.DCG).

Angemerkt wird, dass Artt 62 -64 UN-Kaufrecht überwiegend Artt 256- 259 AU.DCG entsprechen. Es wird daher im Folgenden bei Bedarf darauf hinweisen.

1 Erfüllungsanspruch

Das Verlangen der Erfüllung als Rechtsbehelf gibt dem Verkäufer die Möglichkeit, den Käufer zur Erfüllung seiner Pflichten zu bewegen. Im Gegenteil zu dieser Zwangsmaßnahme eröffnet die Nacherfüllung dem Käufer die Möglichkeit infolge der Pflichtverletzung freiwillig eine Wiedergutmachung zu erlangen. Dieser Aspekt wird im Achten Buch nicht geregelt. Es gibt lediglich die Nachfristsetzung bei Verspäteter Kaufpreiszahlung normiert. Im Fünften Buch bestand es eine andere Gestaltung.

1.1 Verlangen der Erfüllung

Während im UN-Kaufrecht jede Art von Erfüllungsverpflichtung des Käufers durch den Rechtsbehelf der Erfüllung diese bei Pflichtverletzungen erlangt werden kann (Art 62 UN-Kaufrecht), ist die Durchführung des Vertrages bei Leistungsstörung in der OHADA nur möglich, wenn eine dahingehende Nachfrist gesetzt wird (Art 286 AU.DCG). Dabei wird anders als im UN-Kaufrecht(Art 62 CISG) der Anspruch auf Primärerfüllung wie die Kaufpreiszahlung, Abnahme der Ware oder die Einhaltung sonstiger Pflichten nicht ausdrücklich normiert. Auch alter Art 257 AU.DCG verlangte ausdrücklich eine angemessene Frist zur Nacherfüllung und aus altem Art 58 Abs 1 AU.DCG ergab sich der Erfüllungsanspruch nicht. Der Grund liegt darin, dass der Verkäufer durch die Möglichkeit eines Mahnverfahrens nach den Art 1-18 AURVE ausreichend gesichert ist[1699].

1.1.1 Voraussetzung der Erfüllung auf Verlangen

Die Vorschrift des Art 63 UN-Kaufrecht wurde noch wörtlich in die alten Art 257 AU.DCG übernommen. Art 63 statuiert allein ein Recht, nicht aber umgekehrt auch

[1699] Vgl *Santos/Toé*; *Hagge,* 136f.

eine Verpflichtung[1700] zur angemessenen Nachfristsetzung zur Erfüllung der Pflichten. Art 286 spricht lediglich von der Setzung einer Nachfrist ohne zu erwähnen wie alter Art 257 AU.DCG =Art 63 CISG, ob die Frist angemessene sein muss. Anders als Art 63 Abs 2 CISG wird auch die Erfüllungsverweigerung nicht evoziert. Jedenfalls kommt dem Art 286 AU.DCG besondere Bedeutung zu, indem er damit dem Verkäufer ermöglicht, dem Käufer eine Nachfrist zur Erfüllung seiner Verpflichtungen zu setzen[1701]. Die erforderliche Fristsetzung[1702] führt zur unterschiedlichen Wahrnehmung des Erfüllungsanspruchs im UN-Kaufrecht und in der OHADA. Unter dem Gesichtspunkt der vergleichenden Literatur im UN-Kaufrecht wird Nachfristsetzung zur Erfüllung als Neuerung bewertet[1703]. Von Seiten der vergleichenden Literatur in der OHADA ist hingegen von der Abschwächung des Zwangscharakters der Erfüllung in der OHADA die Rede[1704]. Es ist jedoch zu erinnern, dass „regelmäßig die nicht rechtzeitige Zahlung oder die Verletzung der Abnahmepflicht [als] keine wesentliche Vertragsverletzung dargestellt [wird], weil das Interesse des Verkäufers nicht wesentlich beeinträchtigt wird; jedenfalls wird sich dies schwer beurteilen lassen.“[1705]. Darüber hinaus liegt die Beachtung der Frist in der OHADA darin, dass dem Verkäufer andere Zwangsmittel zur Verfügung stehen als dem Käufer, um seiner Verpflichtung nachzukommen. Wie etwa das Mahnverfahren in Art 1 bis 18 AU.DCG – abgekürztes Verfahren über Geldforderung und Vollstreckung[1706]. Außerdem stellen Erhaltung der Ware bzw Zurückbehalterecht(Art 271 AU.DCG) und Selbsthilfeverkauf(Art 274 AU.DCG) eine weitere Möglichkeit zur Erleichterung der Erfüllung dar, wenn sich der Käufer verspätet oder nicht zahlt. Denkbar ist auch im UN-Kaufrecht, dass der Verkäufer, der keine Nachfrist angesetzt hat, gegen Treu und Glauben verstößt. Die besondere Konstellation ist nachvollziehbar, wenn er “nach unbenutztem Ablauf der Zahlungsfrist zur Geltendmachung seines Erfüllungsanspruchs sich sogleich an das

[1700] Tribunale die Padorava, Urteil vom 31.3.2004, Nr 40466, CISG-online Nr 823; Siehe *Honsell*, 813.
[1701] Vgl *Schroeter,* Das einheitliche Kaufrecht der afrikanischen OHADA-Staaten im Vergleich zum UN-Kaufrecht cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/schroeter.html(2.2. 2012) zu altem Art 257 AU.DCG.
[1702] Vgl *Gomez*, 145.
[1703] *Gomez*, 145.
[1704] *Santos/Toé* , 427.
[1705] *Dazu Schroeter,* Das einheitliche Kaufrecht der afrikanischen OHADA-Staaten im Vergleich zum UN-Kaufrecht cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/schroeter.html(2.2. 2012).
[1706] *Santos/Toé* , 427.

Gericht wendet, ohne vorher den Käufer nach den Gründen für das Ausbleiben der Zahlung gefragt oder eine Nachfrist zur Erfüllung angesetzt zu haben[1707]."

Die Nachfristsetzung zur Erfüllung wird in der Literatur positiv bewertet, weil „nach dem insoweit eindeutigen Wortlaut des alten Art 259 AU.DCG der erfolglose Ablauf einer gesetzten Frist jedoch ausschließlich bei einem Abnahmemangel - nicht aber bei der (praktisch bedeutsameren) Verletzung der Zahlungspflicht - zur Möglichkeit der Vertragsaufhebung führt. Da somit nur in erstgenanntem Fall über eine Nachfristsetzung eine Erweiterung der Rechtsbehelfsmöglichkeiten des Verkäufers erreicht werden kann, stellen sich die Regelungen des AU.DCG in diesem Punkt erheblich käuferfreundlicher dar als die des UN-Kaufrechts und belasten den Verkäufer mit einer beträchtlichen Rechtsunsicherheit, die nur durch eine vertragliche Festlegung der "essentiellen" Bedeutung der Zahlungspflicht für die Parteien reduziert werden kann."[1708] Abgesehen von dieser sichtbaren und bedeutsam differenzierten Behandlung des Verkäufers nach fünftem Buch und UN-Kaufrecht entspricht der Erfüllungsanspruch des achten Buches im Wesentlichen jenem des UN-Kaufrechts[1709]. Der neue Art 281 AU.DCG stellt eine erhebliche Änderung der Rechtslage dar, da für Aufhebung grundsätzlich keine Wesentlichkeit der Vertragsverletzung bei Nicht-und teilweise Erfüllung verlangt wird. Auch der fruchtlose Ablauf der Nachfrist kann zur Aufhebung des Vertrags führt insoweit, wenn die Nichtablehnung der Erfüllung nicht besteht (Art 287 AU.DCG). Bei Nichtablehnung der Erfüllung steht dem Verkäufer den Anspruch auf Schadensersatz(Art 287 Letzter HS AU.DCG). Entsprechendes gilt nach UN-Kaufrecht Art 63 Abs 2 Letzter HS CISG.

Hinsichtlich der Durchführung des Vertrages bei Leistungsstörungen wird im UN- und OHADA-Kaufrecht kein Unterschied gemacht, ob es um die primären Erfüllungsverpflichtungen nach Art 53 UN-Kaufrecht; alter Art 233 (jetzt 262) AU.DCG oder um den sekundären Anspruch auf Erfüllung nach Art 62 UN-Kaufrecht; neuer Art 286 ; Alter Art 257 AU.DCG geht - anders als in manchem unvereinheitlichten nationalen Recht wie etwa in Deutschland[1710], Dogmatisch ist der Erfüllungsanspruch des Verkäufers in Art 62 UN-Kaufrecht; 257 AU.DCG oder des Käufers in Art 46 UN-

[1707] Tribunale die, Urteil vom 25.2.2004. 40552, CISG-online Nr 819; Dazu *Honsell*, 813.
[1708] *Dazu Schroeter,* Das einheitliche Kaufrecht der afrikanischen OHADA-Staaten im Vergleich zum UN-Kaufrecht cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/schroeter.html(2.2. 2012).
[1709] *Hagge*, 138.
[1710] *Piltz,* 363

Kaufrecht; 286 ; 257 AU.DCG mit den primären Erfüllungsverpflichtungen, deren Rechte sich unmittelbar aus Art 53, 30 UN-Kaufrecht; jetzt Art 250 früher Art 219, 233(jetzt 262) AU.DCG ableiten lassen, nicht identisch. Wie im UN-Kaufrecht liegt in der OHADA dem nicht ordnungsgemäßen Nachkommen der Verpflichtung (gleichgültig ist, ob es um vollständig fehlende oder nicht ordnungsgemäße Erbringung geht[1711] oder einfache oder wesentliche Vertragsverletzung) die Anspruchsgrundlage der Erfüllung zugrunde.

Der Verkäufer entweder in der OHADA oder im UN-Kaufrecht verliert seinen Anspruch auf Erfüllung, wenn er die Abnahmepflicht aufgrund der Verschlechterung der Ware verletzt[1712]. Weiter besteht für den Verkäufer in beiden Kaufrechten kein Erfüllungsanspruch einer Abnahme der Ware, wenn er vom Selbsthilfeverkauf Gebrauch macht (Art 88 Abs 1 UN-Kaufrecht; 274 AU.DCG) und der Erlös des Selbsthilfeverkaufs (ZB gemäß Art 88 Abs 3; 274 Abs 2 AU.DCG) an den Käufer herauszugeben ist. Im Ergebnis kann der Verkäufer die Differenz zwischen dem Vertragspreis und dem Erlös aus dem Selbsthilfeverkauf dem Käufer zurückgeben[1713] oder die Aufhebung des Vertrages begehren[1714] oder lediglich Schadenersatz in Anspruch nehmen[1715]. Sonstige Ersatzansprüche wegen eines anderen Schadens als Nichterfüllung (Nicht-Abnahme der Ware und Nicht-Zahlung des Kaufpreises) bestehen völlig unabhängig vom Anspruch auf Erfüllung[1716].

Dem sekundären Erfüllungsanspruch kommt eine zentrale Bedeutung in der OHADA und im UN-Kaufrecht zu, weil die Erfüllung das primäre Ziel ist. In anderen strukturierten Rechtssystemen wie etwa im anglo-amerikanischen Vertragsverständnis findet der Erfüllungsanspruch grundsätzlich keinen Widerhall[1717]. Hierbei kommt dem Schadenersatzanspruch Bedeutung zu, sodass aus diesem Grund eine formalrechtliche Schranke des Anspruchs auf Pflichterfüllung im Sinne des Art 28 UN-Kaufrecht begründet wird. In der Mehrheit der OHADA-Vertragsstaaten ist das Recht auf Erfüllung in natura möglich, wenn der Schuldner nicht zur persönlichen Haftung

[1711] *Honsell,* 804.
[1712] *Piltz,* 225
[1713] *Honsell,* 810
[1714] *Haberl,* 51
[1715] *Piltz,* 365
[1716] *Honsell,* 810.
[1717] *Piltz,* 364.

gezwungen wird[1718]. In der Literatur ist umstritten, ob das Recht auf Erfüllung unter Berücksichtigung der Beschränkungen des Art 28 auf den Zahlungsanspruch des Verkäufers Anwendung finden kann[1719].

Abgesehen von Fristsetzung zur Erfüllung wird in der OHADA wie im UN-Kaufrecht anders als in manchen Rechtssystemen nicht verlangt, dass der Verkäufer für den Erfüllungsanspruch ein besonderes Interesse zeigt oder kein Verstoß gegen die Pflicht zur Schadensminderung dadurch entsteht[1720]. Das Rechtsbehelfs-Splitting ist unvereinbar mit dem Rechtsbehelf der Erfüllung. Der Verkäufer muss sich entweder für die Erfüllung oder die Aufhebung oder den Schadenersatz (beispielsweise für sämtliche Schäden infolge Währungsschwankungen bei Nicht-Bezahlung des Kaufpreises)[1721] oder für den Ersatz des unmittelbar entstandenen Schadens aufgrund der ausgebliebenen Leistung entscheiden. Weiter entfällt im Fall der Nachfrist das Recht auf Erfüllung (Art 63 Abs 1) und im Fall der Selbstvornahme durch den Verkäufer die Verpflichtung zur Spezifikation. Allerdings steht dem Verkäufer der Zinsanspruch neben dem Anspruch auf Erfüllung zu[1722].

Unter Erfüllung ist jede Verpflichtung aus dem Kaufvertrag zu verstehen. Daher kann der Verkäufer dem Käufer die Zahlung des Kaufpreises und die Annahme der Ware ohne Beschränkung verlangen[1723]. Die Nichtzahlung des Kaufpreises eröffnet praktisch keine Aufhebungsrecht[1724].

Die Umsetzung des Erfüllungsanspruchs setzt jedoch eine dahingehende, ausdrückliche oder schlüssige Erklärung des Verkäufers an den Käufer voraus. Mit Verlangen der Erfüllung ist der Verkäufer zeitweise gebunden und kann nicht ohne weiteres auf andere Rechtsbehelfe überwechseln[1725]. Darüber hinaus ist in der OHADA erforderlich, dass der Verkäufer den Anspruch auf Erfüllung unter Setzung im Vorfeld(

[1718] *Santos/Toé*, 420, Art 1142 C.civ; *Hagge,* 137; Unterschiede bestehen je nach Art der Käuferpflichte, Vgl *Crosio*, 158; *Flour/Aubert/Flour/Savaux*, Anm. 151 ff*; Stark/Roland/Boyer*, Anm. 1403 ff.
[1719] *Honsell,* , 805, *Hagge,* 138, bezeichnet der Verzicht auf Art 62, 28 in der OHADA als kurzsichtig, da bei einem – wünschen- OHADA-Beitritt von Common-Law-Länder wie Ghana oder Nigeria sich genau die Schwierigkeiten ergeben werden, derentwegen für das UN-Kaufrecht die kombinierte Lösung aus Art 62 und 28 CISG entwickelt wurde.
[1720] *Piltz,* 364.
[1721] *Audit,* 146
[1722] *Honsell,* 806, 810.
[1723] *Piltz,* 366.
[1724] *Hagge*, 138; *Schroeter*, Recht in Afrika 2001, 163; a.A. *Gomez*, Penant Nr 827, anm. 130
[1725] Idem, 367

angemessener) Nachfrist verwirklicht[1726]. Die Nachfristsetzung (Art 63 Abs 1 UN-Kaufrecht) ist hingegen im UN-Kaufrecht gemäß Art 62 CISG nicht vorgesehen, aber dennoch vorteilhaft, wenn Zweifel besteht, ob die Vertragsverletzung des Käufers von wesentlicher Bedeutung ist. Allerdings ist dieser Vorteil gemindert, zumal der Verkäufer grundsätzlich während der Dauer der Nachfrist nicht auf andere Rechtsbehelfe übergehen darf[1727]. Er gewinnt jedoch wieder seine Handlungsfreiheit zurück, wenn der Käufer bereits vor Ablauf der Frist die Erfüllungsverweigerung zum Ausdruck bringt(Art 257 al 2 AU.DCG). Denkbar wäre so nach Art 286 AU.DCG so vorzugehen. Auch ohne Nachfrist zu setzen führt das Bestehen des Käufers auf Erfüllung gemäß Art 62 CISG für kurze Zeit zur Selbstbindung des Verkäufers, sodass kein Anlass gegeben ist, auf einen anderen Rechtsbehelf zu wechseln[1728]. Derartige Selbstbindung erfolgt, wenn er vorgenommen hat, eine Nachfrist zu Setzen.

1.1.2 Umsetzung des Anspruchs

Die Durchführung des Anspruchs auf Erfüllung muss im UN-Kaufrecht innerhalb angemessener Zeit erfolgen. Kommt der Käufer seiner Verpflichtung nicht nach bzw ist die Erfüllung nicht in zufriedenstellender Weise, begeht er eine neuerliche Pflichtverletzung. Ob die klageweise Durchsetzung der Erfüllung möglich ist, steht dem nationalen Richter im Sinne des Art 28 UN-Kaufrecht frei. Im konkreten Fall kann er das Verfahren zulassen oder ablehnen[1729]. Die Versperrung der prozessualen Durchsetzung des Anspruchs auf Erfüllung ist auch in der OHADA nachvollziehbar[1730]. Bei Ablehnung der prozessualen Durchsetzung des Erfüllungsanspruchs bleiben dem Verkäufer die anderen Rechtsbehelfe wie etwa Schadenersatzanspruch offen.

Der Erfüllungsanspruch des Verkäufers ist nicht zeitgebunden und dieser kann ihn entweder in der OHADA oder im UN-Kaufrecht grundsätzlich bis zum Eintritt der Verjährung geltend machen. Die Durchsetzung einer Erfüllung ist sinnvoll für den Verkäufer, wenn die Ware schlechthin schwierig verkäuflich ist und der Käufer kreditwürdig ist. Ansonsten ist die (vorzeitige) Aufhebung des Vertrages zu empfehlen, wenn eine Schwankung des Preises der Ware zu erwarten wäre. Allerdings im UN-Kaufrecht.

[1726] *Santos/Toé* , 427.
[1727] Vgl *Piltz,* 367.
[1728] Idem, 369.
[1729] *Piltz,* 368.
[1730] *Santos/Toé*, 420.

Die Verjährung des Erfüllungsanspruchs ist in dem nach dem Internationalen Privatrecht jeweils berufenen Recht zu regeln. Die Verjährungsfrist beträgt gemäß 301 iVm 302 (früher Art 274 Abs 1) AU.DCG zwei Jahre in der OHADA.

Der Verkäufer muss nachweisen, dass der Käufer zur Erfüllung der geltend gemachten Leistung vertraglich verpflichtet ist und dieser Verpflichtung nicht nachgekommen ist. Er ist beweispflichtig für das Bestehen eines ordnungsgemäßen Erfüllungsverlangens und trägt die Beweislast für Kosten und Schäden, sowie für die Geltendmachung von Erfüllungs- und Ersatzansprüchen[1731].

Anzumerken ist, dass der Verkäufer mangels Spezifizierung der Ware nach Form, Maß oder anderen Merkmalen – nach Anzeige der Spezifikation und Abwarten einer angemessen Frist – diese nach den ihm bekannten Bedürfnissen des Käufers selbst vornehmen kann. Diese Ersatzspezifikation gilt aber erst dann, wenn der Käufer seine Spezifikation nicht nachholt[1732] .Die Ersatzspezifikation nach Art 65 Abs 1 ist in der OHADA zwar nicht bekannt aber nachvollziehbar. Einzubeziehen ist auch die vereinbarte Spezifikation (Art 255 früher(Art 224) AU.DCG). Ohne Rücksicht auf die Erfüllungsfähigkeit[1733] umfasst der Erfüllungsanspruch die Grundpflichten (Pflichten zur Zahlung des Kaufpreises und zur Abnahme der Ware, zur Beachtung von Art, Zeit sowie Ort einer Zahlung und zur Abnahme) und Zusatzpflichten (Unterlassungs- wie Ausschließlichkeitspflichten, Bindungen und Wettbewerbsverbote, Leistungspflichten wie Spezifizierung oder Versicherung der Ware, Stellung einer Bankgarantie, Montage der Ware, Schutzpflichten wie Vermeidung von Gefährdungen und Beschädigungen der Ware bei deren Anlieferung oder Aufbaupflicht, Informationspflichten wie Übermittlung von Kundendaten oder Information über besondere technische Aspekte beim Einbau der Ware, sowie Aufklärungs- und Warnpflichten wie Transport- und Einfuhrhinweise bezüglich der Ware)[1734]. Beim Erfüllungsanspruch ist jeder Missbrauch ausgeschlossen[1735] (dies aufgrund des Gebots von Treu und Glauben (Art 7 Abs 1)[1736]. Auch Art 237 bezüglich allgemeiner Bestimmungen wird den Gutglaubengrundsatz ausdrücklich verankert.

[1731] *Honsell,* 810.
[1732] Dazu *Haberl,* 51.
[1733] *Honsell* 807.
[1734] Idem, 788.
[1735] *Audit,* 124
[1736] Dazu *Honsell,* 807.

1.1.3 Nacherfüllungsrecht des Käufers

Anders als im UN-Kaufrecht war dem Käufer in altem Art 258 AU.DCG ein ausdrückliches Recht zur Nacherfüllung eingeräumt. Damit eine bislang völlig ausgebliebene Leistung (Nichtzahlung, Nichtabnahme) nachgeholt oder eine aus sonstigen Gründen unzureichende Vertragserfüllung des Käufers saniert wird, steht dem Käufer im Sinne der Art 258 al 1 AU.DCG; Art 64 Abs 2 UN-Kaufrecht der Nacherfüllungsanspruch (faktisches Nacherfüllungsrecht) zur Verfügung. „Eine solche - gleichsam ein Spiegelbild zum "Recht zur zweiten Andienung" des Verkäufers in Art 48 CISG darstellende - Bestimmung enthält das UN-Kaufrecht nicht." „Der Wortlaut des Art 258 AU.DCG stellte nur eine leicht abgewandelte Fassung der Art 252, 253 AU.DCG bzw des Art 48 Abs 1, 2 UN-Kaufrecht dar, insbesondere wird daran deutlich, dass er dem Käufer ein Recht zur Nacherfüllung "nach dem Liefertermin" gibt. Da die Pflicht zur Lieferung ersichtlich eine solche des Verkäufers ist, passt diese Festlegung bei einem Nacherfüllungsrecht des Verkäufers, nicht jedoch, wie in Art 258, bei einem Recht des Käufers, bei dem es nur auf den Termin zur Erfüllung der Käuferpflichten ankommen kann."[1737]

Ein Bedürfnis für ein solches Käuferrecht ist in der Lehre nicht zweifelsfrei und auch kaum erkennbar, da der Käufer faktisch bis zur erfolgten Vertragsaufhebung durch den Verkäufer erfüllen darf[1738]. Ob dies vorteilhaft ist, ist bedenklich[1739]. Die Vorschrift sei bei reinem Verzug funktionslos; eine "Schlechterfüllung" von Käuferpflichten ist aber selten. Da das Recht nach Art 258 AU.DCG - anders als das korrespondierende Verkäuferrecht im CISG Art 64 - nicht unter dem Vorbehalt des Vertragsaufhebungsrechts der Gegenpartei stand, wurde seine Existenz u.U. dazu führen, dass die Wesentlichkeit eines Vertragsbruches (insbesondere bei Nichtzahlung) durch den Käufer unter dem AU.DCG noch seltener zu bejahen sein wird als nach dem UN-Kaufrecht[1740]. Nunmehr gibt in AU.DCG des Achten Buches keine derartige Bestimmung.

[1737] *Dazu Schroeter,* Das einheitliche Kaufrecht der afrikanischen OHADA-Staaten im Vergleich zum UN-Kaufrecht cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/schroeter.html(2.2. 2012)

[1738] *Hagge*, 140.

[1739] Nach *Honsell/Schnyder/Straub* (Fn 31), Art 61 Rn 28 ergibt sich dies insbesondere aus Art 64 Abs 2 lit a CISG; Vgl Staudinger/Magnus (Fn 26), Art 48 Rn 9.

[1740] Siehe *Schroeter,* cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/schroeter.html(2.2. 2012); *Achilles,* Art 25, Rn 11*; Hagge,* 139; *Enderlein/Maskow/Strohbach, Art 64, Anm.3 Herber/Czerwenka, Art 64, Rn. 3 ; Piltz, § 5, Rn. 375; Staudinger/Magnus, Art. 64, Rn. 10: a.A. Plan card, in: Lausanner Kolloquium,* 116.

Es ist jedoch zu erwähnen, dass im UN-Kaufrecht eine Nacherfüllung des Käufers zur Abwendung der Vertragsaufhebung möglich ist (Art 64 Abs 2 UN-Kaufrecht). Ein bloßes Angebot der Nacherfüllung des Käufers führt allerdings nicht zur Suspendierung der Aufhebung wie das bloße nicht abgelehnte Nacherfüllungsangebot des Verkäufers bei Leistungsstörung. Obwohl das Aufhebungsrecht des Käufers bei Pflichtverletzung des Verkäufers bei bloßem Widerspruch des Käufers zur Nacherfüllung nicht verloren geht, verliert der Verkäufer hingegen das Recht zur Aufhebung, wenn der Käufer ohne jede Abstimmung mit dem Verkäufer verspätet den Kaufpreis zahlt und darüber hinaus sonstige überfällige Verpflichtungen erfüllt[1741], soweit der Verkäufer die Aufhebung des Vertrages nicht bereits vor diesem Zeitpunkt erklärt hat [1742]. Gleiches gilt nach Art 287 AU.DCG Über die verspätete Zahlung und Erfüllung anderer Pflichten muss der Verkäufer unverzüglich in Kenntnis gesetzt werden, zumal eine positive Kenntnis des Verkäufers von der vollständigen (der bereits gezahlte oder verspätet entrichtete Kaufpreis soll in voller Höhe, am richtigen Ort und in der richtigen Währung erfolgen) Erfüllung der säumigen Verpflichtung dem Aufhebungsrecht entgegensteht. Unerheblich ist, ob auch infolge einer verspäteten Zahlung angefallene Zinsen oder ein sonstiger Schaden beglichen sind[1743].

Außerdem galt die Nacherfüllung in der OHADA nur, soweit diese für den Verkäufer keine unzumutbare Verzögerung bzw unzumutbaren Unannehmlichkeiten nach sich zieht oder keine Unsicherheit bei Kaufpreiszahlung mit sich bringt[1744].Nun werden derartige Voraussetzungen nicht mehr evoziert. Da dem Aufhebungsrecht der Gegenseite kein Vorrang gegenüber dem Nacherfüllungsrecht eingeräumt wurde, wird es wird es im Ergebnis schwierig in der OHADA deshalb eine wesentliche Vertragsverletzung zu rechtfertigen[1745] sein. Die wesentliche der Vertragsverletzung kommt nunmehr bei einseitiger Aufhebung in Betracht. (Art 281 Abs 2 AU.DCG).

Die beiden Regelwerke verankern ein vereinbartes Recht zur Nacherfüllung. Dieses kann sich aus Handelsbräuchen oder Gepflogenheiten ergeben[1746]. Da im Rahmen des Anspruchs auf Erfüllung grundsätzlich keine Verpflichtung zur Mängelrüge besteht, ist

[1741] *Piltz,* 371.
[1742] *Honsell,* 789.
[1743] *Piltz,* 372.
[1744] *Santos/Toé* , 427; *Hagge,* 140.
[1745] Eine Vertragsaufhebung wird damit schwierig, weil die Rettung des Vertrags ist primär privilegiert wird, so *Santos/Toé*, Anm. 682; *Hagge*, 140.
[1746] *Honsell,* 789.

einer Verpflichtung lediglich aus einer Absprachen der Parteien als Pflicht Folge zu leisten. Der Verkäufer ist jedoch in die Pflicht genommen, das Erfüllungsverlangen hinreichend und deutlich zum Ausdruck zu bringen. Eine Mahnung ist nicht erforderlich.

1.1.4 Zur Nachfristsetzung

Die Möglichkeit zum Ansetzen einer Nachfrist ist nicht auf die Zahlungs- und Abnahmepflicht beschränkt. Die Nachfristsetzung betrifft wie bereits angeführt sowohl die Grundpflichten als auch die Zusatzpflichten. Die Nachfrist kommt hingegen bei Schadenersatz- und sonstigen Sekundäransprüchen nicht in Betracht, welche dem Verkäufer erst als Sanktion auf eine Pflichtverletzung des Käufers erwachsen. Eine allfällige Selbstbindung aus dem Grund von Treu und Glauben (Art 7 Abs 1CISG) ist auch für Ausschlussfälle möglich. Dabei ist die Vertragsaufhebung gemäß Art 64 Abs 1 b ausgeschlossen[1747]. Entsprechendes galt aufgrund Art 237 AU.DCG des Fünften Buches. Das Achte Buch kennt lediglich die Nachfristsetzung bei Zahlungsverzug(Art 286 AU.DCG)

Die Nachfristsetzung gibt dem Käufer die Möglichkeit vertragskonform zu erfüllen, „ohne dass der Verkäufer entweder die Erfüllung sofort auf dem Rechtswege durchsetzen oder andere Rechtbehelfe geltend machen muss, welche in jedem Fall zu einer Abänderung[1748] der ursprünglich vorgesehenen vertraglichen Austauschleistungen führen würden“. Der Verkäufer muss (im UN- und OHADA-Kaufrecht) die Nachfrist ordnungsgemäß (mit ausdrücklicher Festlegung des Fristablaufs mit einem zumindest rechnerisch genau bestimmbaren Datum) und angemessen erst nach Ablauf des maßgeblichen Erfüllungstermins setzen[1749].Wenngleich die OHADA-Gesetzgeber die Angemessenheit bei Nachfristsetzung nicht ausdrücklich erwähnt, sollte der Verkäufer bei der Ausübung der Nacherfüllung bedacht nehmen.

Der Erfüllungsanspruch muss wirksam bestehen. Eine mangelnde Erfüllung infolge Vorenthaltens der notwendigen Information zur Erfüllungspflicht des Käufers führt nicht zum Ablauf der angesetzten Nachfrist[1750]. Die Erklärung muss eine Aufforderung zur

[1747] *Honsell,* 814
[1748] Dazu *Santos/Toé* , 421.
[1749] *Honsell,* 815
[1750] International Court of Arbitration, Entscheid No.11849 of 2003 vom 1.1.2003,, CISG-online Nr 1421 Rn 71

Leistung und soll eine ausdrückliche Fristbestimmung beinhalten[1751]. Dabei wurden in der Literatur die Formulierungen zu Aufforderungen wie „sofort", „prompt" (bspw für den Kaufpreis und Abnahme) und Werbemaßnahmen wie „prompt mitzuteilen" als nicht ausreichend bewertet. Wenn ein Vertreter des Käufers dieselbe Sprache wie der Verkäufer spricht, genügt diese Tatsache für die Wirksamkeit der Erklärung[1752].

Als angemessene Frist infolge der Vertragsverletzung des Käufers wurde in der Gerichtspraxis eine Frist von zwanzig Tagen zur Eröffnung eines Dokumentenakkreditivs angenommen[1753]. Eine Frist von neun Tagen zur Zahlung des Kaufpreises, dessen Fälligkeit sogar erst aufgrund der mit der Nachfristsetzung verbundenen Erklärung eintrat, wurde als angemessen qualifiziert[1754] . Ebenso eine vertraglich vorgesehene Nachfrist von sieben Tagen zur Überweisung von Millionenbeträgen in USD, welche die ukrainische Verkäuferin der schweizerischen Käuferin von Eisenerz angesetzt hatte[1755].

Nicht als angemessene Nachfrist gilt hingegen eine Frist von sieben Tagen, welche die Verweigerung des Käufers (zumindest temporär) zur Zahlung des erheblichen Restkaufpreises begründet. Unter Berücksichtigung der konkreten Umstände wurde eine Frist von 2 Wochen als angemessenen betrachtet[1756]. Die Nachfristsetzung führt nach CISG-Regelwerk vorbehaltlich abweichender Vereinbarungen zu einer Bindung des Verkäufers an die Erklärung, wenn diese nicht unangemessen ist. Sodass der Erfüllungsanspruch, der Aufhebungsanspruch, Schadenersatzanspruch, eine Selbstspezifizierung und das Recht zum Selbsthilfeverkauf unzulässig bleibt[1757]. Es sei denn eine Erfüllungsverweigerung wird erklärt (Art 286; alter Art 257 al 2 AU.DCG) oder eine weitere Vertragsverletzung tritt ein (Letzteres lediglich im UN-Kaufrecht). Allerdings ist das Recht zum Nothilfeverkauf nicht versperrt[1758]. Die Bindungswirkung

[1751] OLG München, Urteil 23 U 2421/05 vom 19.10.2006, CISG-online Nr 1394, Ew. II/3/a; Dazu *Honsell,* 818
[1752] International Court of Arbitation, Entscheid vom 01..01.2003, no. 11849 of 2003, CISG-ONLINE Nr: 1421, Rn 52-57
[1753] International Court of Arbitration, Entscheid No. 11849 of 2003 vom 1.1.2003, CISG-online Nr 1412, Rn 9
[1754] OLG München, Urteil 23 U 2421/05 vom 19.10.2006, CISG-online Nr 1394, Ew. II/3/a.
[1755] Tribunal of International Commercial Arbitration at the Ukraine Chamber of Commerce and Trade, Entscheid vom 19.9.2005, CISG-online Nr 1287, Z6.
[1756] OLG Karlsruhe, Urteil 9 U 46/07 vom 14.2.2008, CISG-online Nr 1649, Ew. II/2; Siehe *Honsell*, 817f.
[1757] *Honsell,* 819; Siehe Att. 257, Art 286.
[1758] Dazu *Honsell,* 819 f.

steht den Verspätungsschäden und weiteren Ansprüchen aus vertraglichen Klauseln oder sonstigen Schäden und Aufwendungen (diese sind infolge des Erfüllungsmangels endgültig eingetreten und nachträglich nicht mehr heilbar) nicht entgegen. Entsprechendes gilt für den Zinsanspruch. Eine verfrühte Nachfristansetzung ist im Prinzip unwirksam[1759].

Der Käufer ist beweispflichtig für die Abgabe einer entsprechenden Erklärung durch den Verkäufer und die vorzeitige Geltendmachung eines anderen Rechtsbehelfs durch den Verkäufer. Die Beweislast für die vorzeitige Aufhebung durch Erklärung (lediglich im UN-Kaufrecht möglich) trägt der Verkäufer. Den Käufer trifft die Beweislast für die Absendung einer ordnungsgemäßen Erklärung über das Ansetzen einer Frist einschließlich deren Angemessenheit mit geeigneten Mitteln gemäß Art 27 UN-Kaufrecht. Obwohl eine mit Art 27 CISG vergleichsweise Vorschrift in der OHADA fehlt, sind dem Verkäufer aufgrund der Beweiserleichterung geeignete Kommunikationsmittel bei der Fristsetzung empfehlenswert.

2 Vertragsaufhebung durch den Verkäufer

In Art 281 AU.DCG wird nunmehr im Allgemeinen für die Vertragsaufhebung vorausgesetzt, dass eine Nicht- oder teilweise Erfüllung nach Ablauf des maßgeblichen Erfüllungstermins besteht. Gleiches gilt für teilweise Erfüllung. Der Verkäufer kann die Aufhebung beim zuständigen Richter beantragen oder eigenverantwortlich erklärt, sofern ein gravierend fehlerhaftes Verhalten des Käufers die einseitige Aufhebung begründet(Art 281 Abs 2 AU.DCG). Für die Aufhebungserklärung ist erforderlich eine Vorankündigungsfrist einzuhalten. Die Verletzung der Kündigungsfrist kann dem Käufer ein Rechtsbehelf einwachsen(Art 281 Abs 4 AU.DCG).

Sofern nichts anderes ausdrücklich im Vertrag vereinbart ist, kommt die Aufhebung im UN-Kaufrecht bei Nichterfüllung einer dem Käufer nach dem Vertrag oder den Vorschriften des Übereinkommen obliegenden Pflicht in Frage, wenn diese eine wesentliche Vertragsverletzung darstellt(Art 64 CISG) oder wenn der Käufer nicht innerhalb der vom Verkäufer nach Art 63 Abs 1 gesetzten Nachfrist seine Frist zur Zahlung des Kaufpreises oder zur Abnahme der Ware erfüllt oder wenn er ernsthaft und endgültig die Erfüllung ablehnt. Im UN-Kaufrecht ist vorbehaltlich anderer

[1759] Dazu *Honsell,* 812.

Absprachen der Parteien im Gegensatz zum AU.DCG des Achten Buches(Art 281 AU.DCG) die Wesentlichkeit der Vertragsverletzung erforderlich[1760]. Im alten Art 259 AU.DCG des Fünften Buches konnte der Verkäufer die Aufhebung des Vertrags beantragen, wenn die Nichterfüllung einer obliegenden Pflicht eine wesentliche Vertragsverletzung wie schon in Art 64 CISG darstellt[1761], wobei die Zahlungsverweigerung immer eine Aufhebung des Vertrages anders als nach der Literatur zum UN-Kaufrecht[1762] begründet wurde. Zumal im Fall der Nachfristsetzung die Zahlungsverweigerung ausgeklammert wurde(alter Art 259Abs 2 AU.DCG)[1763].

Die Umsetzung und Durchführung der Aufhebung in beiden Regelwerken sollen dagegen differenzierend betrachtet werden. In der OHADA wurde grundsätzlich eine gerichtliche und einseitige Aufhebung ausgestaltet[1764]. Im UN-Kaufrecht ist hingegen eine ordnungsgemäße Aufhebungserklärung durch den Verkäufer normiert. Mit wirksamer Aufhebung des Vertrages hat der Käufer die Ware bzw den Gegenwert aller Vorteile im Zuge der Rückabwicklung des Vertrages zurückzugeben. Dabei stellt der Beweis einen wesentlichen Punkt dar. Die Abnahmeverweigerung legitimiert ein schwerwiegendes fehlerhaftes Verhalten, da eine Nachfristsetzung nicht in Art 286 AU.DCG dafür vorgesehen ist. Daher wäre eine einseitige Vertragsaufhebung nicht auszuschließen

2.1 Voraussetzungen zur Vertragsaufhebung

Es geht bei den Voraussetzungen um inhaltliche Vertragsverletzung und die Einhaltung der Abgabe der Aufhebungserklärung bzw Geltendmachung des Aufhebungsrechts.

2.1.1 Wesentlichkeit der Pflichtverletzung

Das Recht zur Vertragsaufhebung steht dem Verkäufer nur dann zu, wenn die Pflichtverletzung (Verletzung all jener Verpflichtungen, die ihn aufgrund des konkreten Rechtsgeschäftes treffen; diese ergeben sich grundsätzlich ausdrücklich oder durch Auslegung aus Sicht eines Dritten (Art 8 UN-Kaufrecht; alter 206 AU.DCG bzw Art 238

[1760] *Piltz,* 370.
[1761] *Santos/Toé* , 428.
[1762] *Enderlein/Maskow/Strohbach*, Art 25, Anm 3*; Piltz,* § 5, Rn 375; *Staudinger/Magnus*, Art 64, Rn 10; *Hagge*, 141.
[1763] Man argumentierte, dass jede Nichtzahlung des Kaufpreises stellte im OHADA-Recht eine wesentliche Pflichtverletzung dar*, Hagge*, Anm. 639, 141; *Santos/Toé*, Anm.694.
[1764] Mit den Art 26 und 27 CISG vergleichbare Bestimmungen zu Form und Modalitäten der Aufhebungserklärung finden sich nicht im OHADA-Recht. Dazu *Hagge*, 151.

des Achten Buches) aus den ergänzenden Bestimmungen des UN-Kaufrechts und des Fünften Buches oder aus maßgeblichen Handelsbräuchen und Gepflogenheiten der Parteien) des Käufers von wesentlicher Bedeutung ist (Art 64 Abs 1 lit a UN-Kaufrecht[1765] alter259 Abs 1 lit a AU.DCG) oder der Käufer trotz Nachfristsetzung den Kaufpreis nicht zahlt (lediglich im UN-Kaufrecht) und/oder die Ware nicht abnimmt[1766] (Art 64 Abs 1 Lit b; alter Art 259 Abs 1 Lit b AU.DCG). Die Nichterfüllung ist verschuldensunabhängig und liegt vor, wenn der Käufer die ihm obliegende Pflicht überhaupt nicht, nicht zu der Zeit, nicht an dem Ort oder nicht in der geforderten Art und Weise erbracht hat[1767]. Die Nichtzahlung trotz Nachfristsetzung war im OHADA-Recht als Aufhebungsgrund nicht ausdrücklich wie im UN-Kaufrecht vorgesehen[1768] aber hingegen die Nichtabnahme der Ware. In der Literatur War umstritten, ob die Nichtzahlung gemäß Art alten Art 259 Abs 1 AU.DCG immer zu einer wesentlichen Vertragsverletzung führte[1769]. Nach der Literatur zum Art 64 CISG stellt regelmäßig die nicht rechtzeitige Zahlung keine wesentliche Vertragsverletzung[1770] dar, wenn der Käufer zu dem vorgesehenen Termin den Kaufpreis nicht gezahlt hat. Das Interesse des Verkäufers wird dadurch nicht wesentlich beeinträchtigt.

Nun wird gemäß Art Art 281 des Achten Buches die Nichtzahlung des Käufers ein Aufhebungsgrund angesehen. Der Grund liegt zum einen darin, dass die Zahlungspflicht des Käufers einen besonders hohen Stellenwert hat und dem Kaufvertrag gegenzeichnend ist. Es wird von Vertrauensbruch die Rede sein, wenn der Käufer dem Verkäufer nicht rechtzeitig den Kaufpreis zahlt. Ob für eine Nachfristsetzung in diesem Zusammenhang die Aufhebung des Vertrages vorausgesetzt wird, ist in dieser Hinsicht irrelevant. Darüber hinaus ist zum anderen Maßgeblich, dass der OHADA-Gesetzgeber klare und einfache Regelungen anders als

[1765] *Piltz,* 370; 259 Abs 1 lit a AU.DCG.
[1766] *Haberl,* 51.
[1767] Dazu *Honsell,* 826.
[1768] Es wird argumentiert, jede Nichtzahlung des Kaufpreises stelle im OHADA-Handelskauf eine wesentliche Pflichtverletzung dar, siehe *Hagge,* 141; Vgl *Santos/Toé*, Anm.694.
[1769] *Dazu Schroeter, Das einheitliche Kaufrecht der afrikanischen OHADA-Staaten im Vergleich zum UN-Kaufrecht cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/schroeter.html(2.2. 2012); Santos/Toé;* In Fälle bloßer Zahlungsverzögerungen um einige Tage ist wünschenswert noch nicht zwingend von einem wesentlichen Versäumnis des Käufers auszugehen, *Hagge,* 141, eine solche nuancierte Lösung war in der OHADA zu befürwortet.
[1770] *Enderlein/Maskow/Strohbach*, Art 25, Anm 3; *Piltz*, § 5, Rn 375; *Staudinger/Magnus*, Art 64, Rn 10; *Hagge*, 141; *Plantard* in Lausanner Kolloquium, 137.

sehr komplizierte Vorschrift des Art 62 Abs 2 CISG[1771] schaffen möchte. Daher stellte die Nichtzahlung eine wesentliche Pflichtverletzung dar und die einseitige Aufhebung gemäß Art 281 Abs 2 AU.DCG begründen. Gleiches könnten gelten, wenn der Käufer obliegende Pflichten nicht in der gebotenen Art und Weise erfüllt, ZB nicht vertragsgerechte Eröffnung eines vertraglich zugunsten des Verkäufers vereinbarten Akkreditivs, ebenso eine Verletzung einer Exklusivvereinbarung der Parteien[1772].

Eine Nachfristsetzung des Verkäufers für die Zahlung des Kaufpreises spielt im OHADA-Recht nur eine fakultative Rolle und kann nicht wie im UN-Kaufrecht eine Voraussetzung für die Ausübung des Rechts auf Vertragsaufhebung wie im Sinne des Art 64 Abs 1 lit b. sein[1773]. Trotz dieses Unterschieds ist durchaus vorstellbar, dass der nicht rechtzeitig zahlende Käufer auch im UN-Kaufrecht aufgrund besonderer Umstände (wie etwa ernsthafte Verweigerung der Kaufpreiszahlung[1774]) eine wesentliche Vertragsverletzung („Eine Vertragsverletzung ist wesentlich, wenn sie für die andere Partei einen solchen Nachteil zur Folge hat, dass ihr im Wesentlichen entgeht , was sie nach dem Vertrag hätte erwarten dürfen, es sei denn, dass die vertragsbrüchige Partei diese Folge nicht vorausgesehen hat und eine vernünftige Person der gleichen Art diese Folge unter den gleichen Umständen auch nicht vorausgesehen hätte.*"[1775])* begehen kann[1776] und der Verkäufer (Art 64 Abs 1 lit a) berechtigt ist, den Vertrag (alle vertraglichen Verpflichtungen) unbedingt und sofort vollständig aufzuheben. Es ist allerdings zu bemerken, dass das Interesse des Verkäufers an der Durchführung des Vertrages mit der vollständigen Zahlung des Kaufpreises zur Fälligkeit nur in ganz seltenen Fällen gegeben ist[1777]. Dennoch führt in der Judikatur die unberechtigte, endgültige und ernsthafte Verweigerung der Kaufpreiszahlung zur wesentlichen Vertragsverletzung[1778]. Hier wird die Aufhebung des Vertrages begründet, wenn der Kaufpreis trotz mehrfacher Zahlungsverlängerung nicht bezahlt wird[1779].

[1771] Vgl.*Schlechtriem/Hager*, Art 64, Rn 11; *Hagge,* Anm 641, 141.
[1772] *Santos/Toé* , 429.
[1773] *Piltz* 376; *Santos/Toé*, 429.
[1774] *OLG München 19.10. 2006, 23 U 2421705,* cisg-online 1395.
[1775] Dazu *Honsell,* 827.
[1776] *Piltz,* 376.
[1777] Dazu *Piltz,* 379.
[1778] OLG München 23 U 24 21/0519.10.2006, cisg-online 1394; OLG Graz 4 R2119/01k24.01.2002, cisg-online, Dazu *Haberl,* 53
[1779] *Haberl,* 52.

Auch die Verweigerung der Abnahme der Ware führt zur wesentlichen Vertragsverletzung(Art 64 Abs 1 a)[1780]. Für die Aufhebungserklärung ist der Wesentlichkeit gleichsetzendes gravierendes fehlerhaftes Verhalten ausreichend(Art 281 Abs 2 AU.DCG). Aber im Fall der Verletzung des Abnahmepflicht kann für die Aufhebung des Vertrags ohne weiteres bei Gericht beantragen(Art 281 Abs 1 AU.DCG). Die Abnahmeverweigerung kann auch nur einen Teil der Ware betreffen und somit die Aufhebung der verbleibenden, nicht aber der abgenommenen Ware bewirken[1781]. Gleiches gilt nach Art 281 Abs 1. Nach der Judikatur zum UN-Kaufrecht kann die Erfüllungsverweigerung auch darin liegen, dass der Käufer seine Leistungserbringung von Gegenleistungen des Verkäufers abhängig macht, die er nach dem Vertrag nicht verlangen kann.[1782]. Gleiches gilt bei Vertragsverletzung in Form eines Abnahmemangels. Die Wesentlichkeit gilt auch bei Unmöglichkeit[1783].

Da die Wesentlichkeit eine Wertungsfrage ist, ist nicht auszuschließen, dass der Verkäufer aufgrund der Beurteilungsproblematik das Risiko, selbst eine wesentliche Vertragsverletzung zu begehen, tragen würde. Nach einer Ansicht soll die Beurteilung der Wesentlichkeit anhand der Ermittlungstheorie erfolgen. Nämlich eine Abwägung zwischen der Erheblichkeit und der Modalitäten ihrer Behebbarkeit im Rahmen einer hypothetischen Gesamtschau aller objektiven Umstände des Einzelfalls[1784]. Das Bewertungsrisiko seitens des Verkäufers ist nunmehr aufgrund strengerer Vorschrift des Art 281 Abs 4 AU.DCG sehr empfehlenswert. Zunächst kann der Verkäufer die Aufhebung gerichtlich geltend machen oder ultima ratio eigenverantwortlich die Aufhebungserklärt.

Dagegen ist theoretisch und nach der Judikatur, wenn es offensichtlich ist, dass der Erfüllungstermin der jeweiligen Pflicht zentrale Bedeutung des Geschäfts einnimmt, bei bloßer Zahlungs- oder Abnahmeverzögerung von wesentlicher Pflichtverletzung(gravierend fehlerhaftes Verhalten) auszugehen, wenn eine nachträgliche Erfüllung die Interessen des Verkäufers gar nicht oder nur sehr

[1780] KGerZug, Urteil A3 2001 34 vom 12.12. 2002, CISG-online Nr 720; Siehe *Honsell*, 828.
[1781] *OLG Hamm, Urteil* 10 U 97/91 vom 22.9.1992, CISG-online Nr 57*; „*Dieses qualifizierte die fehlende Abnahme von 4 Teillieferungen mit einem Gesamtumfang von 60% der Gesamtmenge und damit von mehr als der Hälfte der vertraglich vereinbarten Warenmenge.“; Siehe *Honsell*, 828.
[1782] Schiedsgericht Hamburger freundliche Arbitrage, Entscheidung vom 29. 12. 1998, CISG-online Nr 638 Z 6
[1783] Dazu *Honsell,* 828.
[1784] *Honsell,* 827.

eingeschränkt befriedigen könnte (trotz Ansetzung einer Nachfrist wesentliche Vertragsverletzung[1785], hingegen stellt die Verletzung des Erfüllungstermins bei einem gewöhnlichen Kaufvertrag (ausgenommen Kaufvertrag über schnell verderbliche Ware, Besonderheiten der Lagerung und Beförderung) keine wesentliche Vertragsverletzung dar[1786]. Anders ist, wenn bei Ware mit vertretbaren Dokumenten der Erfüllungstermin überschritten wird. Die Wesentlichkeit ist grundsätzlich anzunehmen. Wenngleich bei "sonstigen Vertragsverletzungen die Interessen des Käufers dann kein sachgerechtes Gegengewicht mehr zu dem berechtigten Interesse des Verkäufers bilden", kann die Nichterfüllung sonstiger Verpflichtungen zur Annahme einer wesentlichen Vertragsverletzung führen, wenn ihre ordnungsgemäße Erbringung grundlegende Bedeutung für den Vertragszweck hat. Es handelt sich beispielsweise um die Pflicht zur Vorlage von Unterlagen für die Herstellung der Ware oder deren Spezifizierung oder Abreden zur Vermarktung oder zum Vertrieb der Ware, wie spezifische Bezugs- oder Absatzpflichten. In der Judikatur wurde der Vorstoß eines US-amerikanischen Käufers gegen ein vertragliches Verbot des Re-Imports von frz. Marken-Jeans in die EU und der Verweigerung der Auskunftserteilung über den endgültigen Bestimmungsort als wesentliche Vertragsverletzung qualifiziert[1787]. Die Interessen des Verkäufers sind nicht mehr vorrangig aber jene des Käufers, wenn eine andere Verletzung vorliegt, die keine besonders schwerwiegenden Vertragsverletzungen vermag oder einer Nachfristsetzung für die Aufhebung bedarf.

Stellt sich hingegen heraus, dass der Käufer vor dem festgesetzten Erfüllungszeitpunkt nicht alle vorbereitenden Maßnahmen zur Zahlung ergriffen hat, muss daher der Verkäufer nicht bis zur Kaufpreisfälligkeit abwarten. Wenn es offensichtlich ist, dass der Käufer dadurch eine wesentliche (schwere) Vertragsverletzung begehen würde, kann er bereits vor dem eigentlichen Zahlungstermin den Vertrag aufheben, nachdem er dem Käufer sein Vorhaben angezeigt hat (Art 72 iVm Abs 2)[1788]. Diese Vorkehrungsmaßnahme war in der OHADA lediglich gerichtlich durchsetzbar (alter Art 246 AU.DCG). Derartige Fälle werden nunmehr im AU.DCG des achten Buches nicht mehr geregelt. Ob diesbezüglich das UN-Kaufrecht eine Orientierungshilfe darstellt, ist

[1785] Vom Supreme Court of Queensland (Australian; Court of Appeal, Urteil vom 12. 10. 2001 i. S Downs Inverst P/L v Perwaja Steel SDN BHD, CISG-online Nr 955, R62; Siehe *Honsell*, 828
[1786] Dazu *Honsell*, 828
[1787] (Vgl Cour d´Appel Grenoble, Urteil vom 22.2.1995, 93/3275, CISG-online Nr151; Siehe *Honsell*, 830.
[1788] *Haberl,* 52; *Piltz,* 377.

nicht zweifelsfrei. Zumal der AU.DCG des Achten Buches eine wesentliche Abweichung vom UN-Kaufrecht bei bestimmten Rechtsfragen darstellt. Wenn anderes nicht ausdrücklich vereinbart ist, dann kommt die vorzeitige Aufhebung des Vertrags nicht in Frage.

Anders ist insbesondere im UN-Kaufrecht, wenn der Käufer nicht alle zur Zahlung vorbereitenden Maßnahmen ergreift – man geht dabei von einem Aufhebungsanspruch wegen einer (nicht wesentlichen) Vertragsverletzung (Art 64 Abs 1 lit b) und der Verkäufer darf jedoch hier bei Ablauf einer gesetzten angemessenen Nachfrist den Vertrag wirksam auflösen. Eine unangemessen kurze Frist setzt eine angemessene Nachfrist in Gang[1789]. Gleiches gilt, wenn selbst geringfügige Erfüllungsmängel vorliegen, soweit diese nur die Erfüllung der Verpflichtungen zur Zahlung oder Abnahme beeinträchtigen[1790]. Ebenso galt in der OHADA (alter Art 259 Al 2 AU.DCG) die Aufwertung zur rechtlichen Qualifizierung zweier bestimmter Erfüllungsmängel allerdings bei Abnahmemangel. Ein Rechtsmissbrauch ist zu verbieten (Art 7 Abs 1 CISG[1791]). Eine vergleichbar entsprechende Norm der Art 64 Abs 2 ist in der OHADA nicht vorgesehen[1792].

Der Art 73 UN-Kaufrecht war dem alten Art 247 AU.DCG entsprechend und regelt die Aufhebung des Vertrages, wenn der Käufer bei einem Sukzessivlieferungsvertrag (in Abgrenzung zur teilweisen Erfüllung des Vertrages) einzelne Teilleistungen nicht erfüllt. Nun wird in AU.DCG des Achten Buches auf die Aufhebung des Vertrages bei Sukzessivlieferungsverträgen verzichtet. Der Grund dafür bleibt unbekannt. Das UN-Kaufrecht stellt diesbezüglich ein geeignetes Regelwerk dar.

Wenn die Nichtbezahlung einer Rate in Bezug auf die Teillieferung (nicht in Bezug auf den ganzen Vertrag - denn allein die Vereinbarung von Ratenzahlungen durch den Käufer begründet keinen Sukzessivlieferungsvertrag[1793] eine wesentliche Vertragsverletzung ausmacht, so kann der Verkäufer den Vertrag in Bezug auf die Einzellieferung aufheben, bei wichtigem Grund kann er dies auch in Bezug auf künftige

[1789] *OLG Karsruhe, Urteil vom 14.2.2008,9 U 46/07, CISG-online Nr 1649, Ew.II/2; Siehe Honsell, 845; Piltz,* 377.
[1790] Tribunale di Padova, Urteil vom 25.2.2004, Nr 40552, CISG-online Nr 819 *; Siehe Honsell,* 844.
[1791] Nun wird der Gutglaubengrundsatz in Art 237 AU.DCG verankert.
[1792] Dazu ausführlich *Hagge*, 141.
[1793] Dazu *Honsell,* 842.

Leistungen tun[1794]. Grundsätzlich ist auch der Verkäufer zu einer nur teilweisen Aufhebung des Vertrages berechtigt[1795]. Entscheidend ist hier, dass die erfolgte Pflichtverletzung vom Standpunkt eines objektiven Betrachters den Schluss nahe legt, „der Käufer werde zumindest hinsichtlich einer künftigen Teillieferung eine wesentliche Vertragsverletzung begehen. Ob die erwartende wesentliche Vertragsverletzung von der gleichen Art [ist] wie die bereits erfolgte Leistungsstörung, ist weniger erheblich. Nützlich ist sie in Bezug auf den Umfang der Vertragsaufhebung. Die Wirkung der Aufhebung auf künftige Leistungen in Bezug auf die vorzeitige Vertragsaufhebung [gilt] gleichermaßen. Aber die künftige Vertragsverletzung muss nicht bereits offensichtlich sein, wie es bei vorzeitiger Vertragsaufhebung erforderlich ist."

Die Nichtabnahme der Ware wird insbesondere im UN-Kaufrecht als wesentliche Vertragsverletzung gleichartig geregelt. Es wird vorausgesetzt, dass der Verkäufer, wie bereits oben erwähnt, eine angemessene Nachfrist zur Abnahme der Ware setzt, deren Ablauf fruchtlos bleibt. Somit entsteht dann das Aufhebungsrecht[1796]. Nach dem UN-Kaufrecht- Verfasser zielt die Beachtung der Nachfristsetzung auf die Aufhebung des Vertrages ab, und auf die Vermeidung, dass der Verkäufer weniger gewichtige Leistungsstörung des Käufers als Anlass oder zum Vorwand nimmt, um sich aus den gegenseitig eingegangenen vertraglichen Verpflichtungen zu lösen[1797].

Die Nachfristsetzung ist hilfreich, denn der Verkäufer kann dadurch hinsichtlich der Wesentlichkeit der Vertragsverletzung Zweifel ausräumen oder ein Aufhebungsrecht reaktivieren. Vorausgesetzt wird, dass der Käufer bislang die Ware noch nicht abgenommen hat und bis zum Ablauf einer angemessenen Nachfrist nicht abnimmt. Gleiches gilt lediglich im UN-Kaufrecht, wenn der Kaufpreis bislang noch nicht gezahlt wurde und dieser bis zum Fristablauf nicht gezahlt wird. Eine wirksame Aufhebung kann in der OHADA- wie im UN-Kaufrecht nicht bereits im Schreiben des Verkäufers mit enthaltener Formulierung erfolgen wie folgt: Der Verkäufer lehnt im Fall der Nichtbezahlung des Kaufpreises innerhalb der zuletzt gesetzten Frist die Erfüllung des Vertrages ab und fordert Schadenersatz wegen Nichterfüllung. Dies ist als wirksame Erklärung der Vertragsaufhebung für den Fall des unbenutzten Ablaufs der gesetzten

[1794] *Haberl,* 52.
[1795] Dazu *Honsell,* 842.
[1796] Dazu *Honsell,* 846.
[1797] *Piltz,* 370.

Frist im UN-Kaufrecht zu verstehen[1798]. Auch die Zulässigkeit einer vorweggenommenen Aufhebungserklärung für den Fall des fruchtlosen Ablaufs der Nachfrist[1799] ist im Achten Buch nicht vorgesehen.

Zu erinnern ist, dass die Setzung einer Nachtfrist zur Erfüllung anderer Pflichten nicht bedeutet, dass dem Verkäufer ein Aufhebungsrecht nach Art 64 Abs 1 Lit b UN-Kaufrecht; alter Art 259 Abs 1 lit b AU.DCG eröffnet wird[1800]. Hingegen wird der pflichtwidrig ausbleibende Abruf der Ware in der Regel als eine Verletzung der Abnahmepflicht dargestellt und begründet folglich eine Aufhebungsmöglichkeit.

Die Lehre konkretisiert die Selbstmahnung des Käufers als nicht ausreichende Aufhebungserklärung. Ebenso ist diese in der Judikatur nicht ausreichend[1801] Ausreichende ordnungsgemäße Aufhebungserklärung ist jedoch anzunehmen, wenn der Verkäufer den Käufer deutlich und warnend unter Angabe einer bestimmten Frist oder eines genauen Datums zur Leistung gemahnt hatte[1802]. Da kraft Gesetzes die Aufhebung des Vertrages ausgeschlossen ist.

2.1.2 Abgabe der Aufhebungserklärung

Die Anzeige erfolgt mit der Absendung und ist formfrei (Art 27 UN-Kaufrecht). Ein Zugang beim Käufer ist nicht erforderlich[1803]. Eine wirksame Nachfristsetzung wird nicht angenommen, wenn sich der Käufer auf die verwendete Sprache des Verkäufers nicht einlassen muss. Im Fall der ordnungsgemäßen Übermittlung der Nachfristsetzungserklärung trifft den Käufer das Transport- und Beweisrisiko[1804].

Nach Art 281 Abs 4 AU.DCG ist eine Vorkündigungsfrist einzuhalten. Gemäß 240 AU.DCG gilt die Formfreiheit für die Anzeige. Art 286 AU.DCG regelt die Nachfrist zur Nacherfüllung ohne nähere Anhaltspunkte. Denkbar ist, dass sich der Verkäufer ansatzweise wie folgt verhält.

[1798] OLG Graz; Urteil vom 24.1.2004, 4 R 219/01k, CISG-online Nr 801*; Siehe Honsell, 847.*
[1799] Vgl OLG Graz; Urteil vom 29.7.2004, 5 R 93/04t, CISG-online Nr 1627, Ew.2)
[1800] *Piltz,* 377.
[1801] International Court of Arbitration, Entscheid vom 1.1.2003, No 11849 of 2003, CISG-online Nr 1421; OLG Graz, Urteil vom 29.7.2004, a.a.O., „hinsichtlich der Formulierung: Sollten Sie die vorgenannten Geräte nicht bis zum 10.7.2002 bezahlt und abgeholt haben, werden wir Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder vom Vertrag zurücktreten."
[1802] *Piltz,* 377.
[1803] HGer des Kantons Zürich, Urteil vom 25.6.2007, HG050430/U ei, CISG-online Nr 1564,Ew. 4/2/c/bb; Siehe *Honsell,* 830.
[1804] *Piltz,* 377.

Der Verkäufer kann die Nachfrist formfrei bereits vor dem festgesetzten Erfüllungszeitpunkt setzen. Die Frist läuft jedoch frühestens mit dem Fälligkeitstermin an. Ob eine Nachfrist angemessen ist, muss aus der Sicht eines vernünftigen Betrachters beurteilt werden. Die Angemessenheit ist nunmehr im UN-Kaufrecht ausdrücklich vorgesehen. Eine Differenzierung je nach Frist in Bezug auf die Zahlung oder die Abnahme der Ware ist möglich. Eine gesetzte kurze Frist kann verlängert werden[1805]. Mit fruchtlosem Ablauf der Nachfrist kann der Verkäufer den Vertrag aufheben, auch wenn der Käufer eine Teil- oder Abschlagszahlungen geleistet hat. Aber lediglich im CISG. Art 287 AU.DCG sieht ein Schadensersatzrecht vor. Bei einer verspäteten Pflichterfüllung (vollständig und tatsächlich nach dem ursprünglichen Erfüllungstermin lediglich im UN-Kaufrecht) vergibt der Verkäufer sein Recht zur Vertragsaufhebung, wenn er die Aufhebung nicht erklärt, bevor er Kenntniserlangung hat (Kennenmüssen), dass erfüllt worden ist (Art 64 Abs 2 lit a)[1806]. Die Nachfristsetzung kann wiederholt werden, aber weder Verjährungsfristen noch nach nationalem Recht in bestimmten Gestaltungen vorgeschriebene Klagefristen können verlängert werden (Ausschlussfristen). Es ist zwar richtig, dass vor Zahlung des Kaufpreises das Vertragsaufhebungsrecht zeitlich nicht befristet ist, dennoch ist der Verkäufer hier gefordert, vor wiederholten Fristsetzungen oder Erfüllungsverlangen zu beachten, dass die gesetzte Frist im Fall einer streitigen Auseinandersetzung zu seiner Last führt[1807].

2. 1.3 Zur Umsetzung

Die Aufhebung des Vertrages setzt im UN-Kaufrecht eine dahingehende Erklärung voraus(Art 64 Abs 1 CISG). Die Aufhebungserklärung muss binnen angemessener Frist erfolgen(Art 64 Abs 2CISG), nämlich nach Kenntnisnahme *(*gesichertes Wissen wird vorausgesetzt - der Kenntnis wird das Kennenmüssen gleichgestellt)[1808] von der Vertragsverletzung und kann je nach den Umständen des Einzelfalls verkürzt werden, sofern gewisse Handlungen wie Rechtsberatung bereits in der Zeit der Aufhebungserklärung vorgenommen werden können[1809]. Die Frist soll mit dem Zeitpunkt der Kenntniserlangung respektive mit der erstmaligen Zurechnung der

[1805] *Piltz,* 378.
[1806] Dazu *Honsell,* 832.
[1807] *Piltz,* 378.
[1808] Dazu *Honsell,* 837.
[1809] *Honsell,* 837.

Kenntnis beginnen(Art 64 Abs 2 b i). Der Fristbeginn kann bei Erfüllungsverweigerung deren Zugang beim Verkäufer sein. Gleiches gilt bei Post-Nacherfüllungs-Fällen, wenn Fehlschlagen oder eine weitere, bis zu diesem Zeitpunkt nicht feststellbare Vertragsverletzung bekannt wird[1810]. Aufgrund der durch die Aufhebungserklärung für den Vertrag ausgelösten Gestaltungswirkung führt die einmalige Aufhebungserklärung grundsätzlich zur Unwiderruflichkeit, soweit diese dem Käufer tatsächlich zugegangen ist[1811]. Die weiteren Untermauerungen ergeben sich aus der oben bereits ausführlich dargelegten allgemeinen Aufhebung. Zu erwähnen ist, dass die erforderliche Nachfristsetzung (noch vor Ablauf der angemessenen Frist nach Kenntnisnahme der Vertragsverletzung) von der Frage des Beginns der Erklärungsfrist zu trennen ist[1812].Im UN-Kaufrecht verliert der Verkäufer anders als im OHADA- Handelskaufrecht des Achten Buches sein Recht auf Vertragsaufhebung, wenn er im Fall verspäteter Erfüllung durch den Käufer die Aufhebung nicht (erklärt) gerichtlich geltend macht, bevor er erfahren hat, dass erfüllt worden ist(Art 64 Abs 2 b CISG). Dies gilt auch im Fall einer anderen Vertragsverletzung als verspäteter Erfüllung durch den Käufer (bspw Nichtleistung), wenn der Verkäufer die Aufhebung nicht innerhalb angemessener Frist (erklärt) Art 64 Abs 2 b i)-iii) geltend macht.

Im AU.DCG des Achten Buches wird nunmehr ein Hybridsystem der Vertragsaufhebung eingeführt. Im Fall der Nicht- oder teilweise Erfüllung wird einerseits im OHADA-Recht eine richterliche oder andererseits eine einseitige Gestaltung bei schwerwiegender Vertragsverletzung vorausgesetzt. Nach Art 281 Abs 1 AU.DCG kann der Verkäufer entweder die Aufhebung beim zuständigen Richter beantragen oder einseitig erklärt (Art 281 Abs 2 AU.DCG). Hierbei ist eine Vorankündigungsfrist erforderlich. Die Verletzung der Kündigunsfrist kann dem Käufer Rechtsbehelfe einwachsen, wenngleich die Aufhebung begründet wird (Art 281 Abs 4 AU.DCG). Es wird allerdings eine Regelung zum Fristbeginn bemängelt. Da bei Nicht- oder teilweise Erfüllung der Beginn der Frist zum gerichtlichen Geltendmachung der Vertragsaufhebung nicht präzisiert wurde, kann man unter Berufung auf die Verjährungsfrist (Art 301 AU.DCG), dass die Zweijahresfrist erst nach Feststellung der Erfüllungstermin beginnen sollte oder nach erfolglosem Ablauf der Zahlungsnachfrist(Art 286 AU.DCG). Die Rechtsfolge der Aufhebung bei verspäteter

[1810] Dazu *Honsell,* 837 ff.
[1811] Dazu *Piltz,* 385.
[1812] Dazu *Honsell,* 839.

Zahlung wird nicht geregelt. Auch bei Nichtannahme der Ware wird für die Aufhebung eine Nachfrist nunmehr nicht vorausgesetzt.

Im UN-Kaufrecht verliert der Verkäufer sein Recht zur Aufhebung, wenn er im Fall der verspäten Erfüllung die Vertragsaufhebung nicht innerhalb einer angemessenen Frist erklärt, nach Kenntnisnahme der erfolgten verspäteten Erfüllung (Art 64 Abs 2 b CISG). Im Fall einer anderen Vertragsverletzung als verspäteter Erfüllung verliert der Verkäufer das Aufhebungsrecht regelmäßig, wenn er diese nicht innerhalb einer angemessenen Frist erklärt (Art 64 Abs 2 b CISG).

Eine Präzisierung des Fristbeginns wie Art 64 Abs 2 b i)-iii) wurde nicht festgelegt. Das Verzichten auf Art 64 Abs 2 b i)-iii) löste in redaktioneller Hinsicht Kritik bei der Ausübung der Aufhebung im Fünften Buch aus[1813]. Vermutlich wollte der OHADA-Gesetzgeber der Kritik entgehen. Damit wird eine Schwächung des Art 281 AU.DCG gezeigt. Eindeutig scheidet das Aufhebungsrecht aus Befreiungsgründen nach Art 294-295 AU.DCG aus.

Nach alter Art 246 AU.DCG war für die vorzeitige Aufhebung anders als Art 72 CISG den gerichtlichen Weg zwingend[1814]. Die vorweggenommene Vertragsaufhebung ist nunmehr im Achten Buch ausgeschlossen.

2.2. Rechtsfolgen

Mit wirksamer Aufhebung des Vertrages hat der Käufer die Ware bzw den Gegenwert aller Vorteile im Zuge der Rückabwicklung des Vertrages zurückzugeben, den er aus der Ware gezogen hat. (Art 300 Abs 1 entsprechend altem Art 273 Abs 2 AU.DCG; Art 84 Abs 2 UN-Kaufrecht)[1815]. Der Stellenwert dieses Schutzes des Käufers ist bedeutend im OHADA-Recht, aber überwiegend im UN-Kaufrecht, weil die Durchführung der Vertragsaufhebung gemäß Art 281 AU.DCG vordergründig über

[1813] *Hagge*, 128, 140f, fraglich war einerseits, ob die Frist mit erfolgter Lieferung beginnen sollte, wobei auf das Wissen oder Wissenmüssen um diese Lieferung käme es dann nicht an und bedeutet folglich eine deutliche Verschlechterung der Position des Käufers im Vergleich zur Aufhebung bei verspäteter Lieferung, Andererseits der Fristbeginn nach Kenntnisnahme oder Kennenmüssen der Mängel, wobei die Nachfristsetzung nicht berücksichtigt werden sollte. Audit, Anm 136; *Bianca/bonnell/Will*, Art 49, Anm 2.2.2.1.2, hingegen verteidigt der Verzicht auf Festlegung eines Fristbeginns, das dieser aus dem Zusammenspiel von Aufhebungsrecht und Fristsetzung ohnehin ergibt.
[1814] Vgl *Santos/Toé*, 411.
[1815] *Haberl,* 52 ; *Santos/Toé* ,414.

den Richter erfolgen kann[1816]. Dagegen stellt die unwirksame Aufhebungserklärung wiederum selbst ggf eine (wesentliche) Vertragsverletzung des Verkäufers dar. Die Judikatur sieht so an, wenn mit der Aufhebung des Vertrages die Verweigerung der Erbringung von noch nicht erbrachten Leistungen, die Rückforderung des bislang Geleisteten oder die Geltendmachung von Schadenersatz durch den Verkäufer einhergeht[1817].

Anzumerken ist, dass das Aufhebungsrecht beim Unterlassen der Spezifikation auch im Achten Buch nicht vorgesehen ist, wenn dem Käufer das Spezifizierungsrecht des Verkäufers im Sinne des Art 65 UN-Kaufrecht vorbehaltlich ist[1818].

Zu erinnern ist, dass die Verjährungsfristen über das Internationale Privatrecht zu ermitteln sind. Im OHADA-Kaufrecht sind Verjährungsfristen von 2 Jahren vorgesehen (Art 301 Abs 2 iVm 302 AU.DCG). Außerdem sind die Rechtsfolgen des Kaufvertrages im UN-Kaufrecht und im Achten Buch nahezu identisch nämlich das Rückabwicklungsverhältnis, faktisches Zurückweisungsrecht des Verkäufers, Abhängigkeit der Zahlung von der Begutachtung der Ware und die Aufhebung des Vertrages (durch Erklärung oder Geltendmachung). Die Aufhebung durch den Verkäufer entspricht nicht jener durch den Käufer aufgrund Art 49, 72 UN-Kaufrecht; alter Artt 254, 246 AU.DCG.

2.3. Zum Beweis

Der Verkäufer ist nach allgemeinem Grundsatz beweispflichtig insbesondere für das Vorliegen einer (wesentlichen ausdrücklich im UN-Kaufrecht) Vertragsverletzung, für den Zahlungs- oder Abnahmemangel hinsichtlich des Erfüllungstermins, das ordnungsgemäße Setzen und den erfolglosen Ablauf einer Nachfrist sowie deren Angemessenheit(erwähnt im UN-Kaufrecht), für die Einhaltung der jeweiligen Erklärungsfrist sowie für eine Erfüllungsverweigerung(Ausdrücklich evoziert im UN-Kaufrecht). Auch für eine ordnungsgemäße Aufhebungserklärung trägt der Verkäufer die Verantwortung zu beweisen. Hingegen trägt der Käufer die Beweislast für die Darlegung, insbesondere für den Beginn und den Ablauf der jeweiligen Erklärungsfrist, das Erfahrenhaben sowie die Kenntnis oder Kennenmüssen des Verkäufers

[1816] Vgl *Santos/Toé*, 428.
[1817] Cour d´Appel de Grenoble, Urteil vom 4.2.1999, CISG-online Nr 4443; Siehe *Honsell* , 849
[1818] *Piltz,* 157, 377

(Vertragsverletzung, die Nacherfüllung innerhalb der Nachfrist und eine Annahmeverweigerung des Verkäufers)[1819].

III Rechtsbehelfe in Form vom Geldersatz

Anders als Erfüllungsverlangen und Aufhebungsanspruch stehen dem Käufer und umgekehrt dem Verkäufer derartige Rechtbehelfe zu, wenn einerseits eine Partei den Kaufpreis oder einen anderen fälligen Betrag zu zahlen versäumt hat und andererseits die vertraglichen Pflichten ohne weiteres verletzt wurden. Es handelt sich um die Zinszahlung und Schadenersatz. Strukturell wird das Schadensersatzrecht anders behandelt.

Wenngleich Art 291 AU.DCG entsprechend nahezu alten Art 263 Abs 1 AU.DCG weitgehend den Art 78 CISG, der einen generellen Zinsanspruch festlegt, übernimmt, ergänzt er ihn jedoch um die Regelung der Zinshöhe, die das UN-Kaufrecht bekanntlich nicht enthält und welche einen bisher in Rechtsprechung und Literatur höchst umstrittenen Punkt darstellt[1820].Verweist insoweit auf den gesetzlichen Zinssatz; bei internationalen Kaufverträgen muss somit über das IPR festgestellt werden, welches nationale Recht einschlägig sei[1821]. Alter Art 263 Abs 1 AU.DCG erwähnte den gesetzlichen Zinssatz für Handelsgeschäfte. Im Achten Buch entfall der Erwähnung der Handelsgeschäfte.

Hinsichtlich des Schadenersatzanspruches entsprach alter Art 264 AU.DCG inhaltlich der Grundnorm des Art 74 CISG. Nun fehlt bedauerlicherweise eine mit Art 74 CISG Basis Vorschrift. Lediglich wird bei Vertragsaufhebung gemäß Art 281 Abs 4 AU.DCG als Schadensersatz für den infolge Vertragsverletzung entstandenen Verlust einschließlich des entgangenen Gewinns normiert. Zur konkreten Schadensberechnung nach Maßgabe eines Deckungsgeschäftes bzw zur abstrakten Schadensberechnung nach der Marktpreisregel kennt das OHADA-Recht(Art 292 AU.DCG) nur die erste Genannte. Art 292 wie alte Art 265 AU.DCG anders als das Vorbild in Art 75 CISG verlangt keine Angemessenheit des Deckungsgeschäftes. Daher hat der Käufer oder der Verkäufer umsichtig vorzugehen, wenn die beiden Regelungswerke für den konkreten abgeschlossenen Kaufvertrag Anwendung finden

[1819] Dazu *Honsell,* 850.
[1820] *Honnold*, The Sales Convention: From Idea to Practice, 17 J.L. & Com. (1998), S. 181, 185ff, Art 263 Abs 1 AU.DCG.
[1821] *Schroeter*, cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/schroeter.html(2.1.2011)

sollen. Bei Herabsetzung des Kaufpreises kann der Käufer dessen Anspruch nur geltend machen, wenn die Pflichtverletzung des Verkäufers in der Lieferung vertragswidriger Ware besteht.

1 Herabsetzung des Kaufpreises

Die Herabsetzung des Kaufpreises, „réfaction du Prix“, weist eine Besonderheit auf, deren Lösungsoriginalität (als Sanktion) bei Vertragsverletzung insbesondere im Handels- bzw Unternehmensrecht bekannt ist[1822]. Die Kaufpreisherabsetzung führt zur Anpassung des Vertrages durch Gestaltungserklärung des Käufers. Allerdings entsprechend dem Umfang, in welchem der Verkäufer seine Verpflichtung zur Lieferung vertragsgemäßer Ware nicht erfüllt hat, ohne dadurch die vorgesehenen gegenseitigen Verpflichtungen strukturell zu verändern[1823]. Die Vorteile der Kaufpreisherabsetzung liegen darin, dass die Herabsetzung des Kaufpreises im Prinzip wesentlich effizienter als Schadenersatz ist, nämlich wenn keine Folgeschäden eingetreten sind und der Preis für die Ware zwischen Vertragsabschluss und Lieferdatum gefallen ist[1824]. Weiter kann das Interesse an der Herabsetzung des Kaufpreises bestehen, weil die Durchsetzbarkeit eines Schadenersatzanspruchs mangels Beweis erschwert wird, oder sich der Verkäufer auf einen Befreiungsgrund (verweis auf Art 79 UN-Kaufrecht; Art 294 AU.DCG entsprechend alter Art 267 AU.DCG) beruft sowie der tatsächlich eingetretene Schaden nicht voraussehbar war[1825] . Das Recht zur Kaufpreisherabsetzung steht dem Käufer als gleichrangiger Rechtsbehelf neben dem Recht zur Aufhebung des Vertrages zu.

OHADA- und UN-Kaufrecht statuieren das Recht auf Herabsetzung des Kaufpreises (Art 50 UN-Kaufrecht; 288 entspricht altem Art 260 AU.DCG). Aus Art 288 AU.DCG fehlt jedoch eine mit Art 50 S 2 CISG vergleichsweise Inhalt. Für die Berechnungsformel der Minderung gilt die relative Berechnungsmethode, die bereits im französischen, deutschen und österreichischen Recht bekannt ist[1826].

Der Rechtsbehelf der Minderung findet sich im Achten Buch, allerdings an versteckter Stelle in Art 288, im Abschnitt "Verkäuferrechtsbehelfe"(Art 285-288 AU.DCG) inklusiv

[1822] *Bout/Prieto/*Cas, Lamy Droit économique; *Santos/Toé,* 424.
[1823] *Honsell,* 642.
[1824] *Piltz*, 349.
[1825] *Piltz,* 349; *Santos/Toé*, 424**,**Schadenersatzpauschalen oder Vertragsstrafen
[1826] *Fénéon/Gomez*, 145f; *Posch,* 205.

enthaltener Vorschriften über teilweise Nichterfüllung bzw vorzeitige Lieferung und Zuviellieferung durch den Verkäufer Art 289-290 AU.DCG[1827]. Diese systemwidrige Stellung war bereits in alten Art 256-262 AU.DCG des Fünften Buches vorhanden und beruht vermutlich ebenso auf einem Redaktionsversehen wie diejenige der nachfolgenden alte Artt 261 und 262 AU.DCG, welche die in Artt 51 und 52 CISG enthaltenen Vorschriften über teilweise Nichterfüllung bzw vorzeitige Lieferung und Zuviellieferung durch den Verkäufer übernehmen[1828]. Die Vorschrift normiert nahezu unisono wie im UN-Kaufrecht die Art und Weise der Anwendung dieses Rechts und die Ausnahmen sowie deren Umsetzung und Durchführung.

1.1 Voraussetzungen des Anspruchs auf Herabsetzung des Kaufpreises

Anders als das Recht auf Erfüllung oder das Aufhebungsrecht kann der Käufer die Herabsetzung des Kaufpreises gemäß Art 50 UN-Kaufrecht; 288 AU.DCG wie schon alter Art 260 AU.DCG nur geltend machen. Art 288 AU.DCG übernimmt Art 50 S 1 CISG fast wörtlich, wonach der Käufer bei Lieferung nicht vertragsgemäßer Ware unabhängig davon, ob der Kaufpreis bereits gezahlt worden ist oder nicht, den Preis in dem Verhältnis(nicht ausdrücklich erwähnt) herabsetzen kann, in dem der Wert, den die tatsächlich gelieferte Ware im Zeitpunkt gehabt hätte. Art 50 S2 CISG wird im OHADA-Recht nicht berücksichtigt. Dabei behebt jedoch der Verkäufer nach Art 37 CISG oder Art 48 CISG einen Mangel in der Erfüllung seiner Pflichten[1829] oder weigert sich der Käufer[1830], Erfüllung durch den Verkäufer nach den genannten Art anzunehmen, so kann der Käufer den Preis nicht herabsetzen.

Nämlich kommen Art 50 CISG sowie 288 AU.DCG in Frage, wenn ein Sachmangel ohne weiteres nicht den Anforderungen des Vertrages hinsichtlich Menge, Qualität, Art, Verpackung oder Behältnis entspricht[1831]. Daher kommt bei der Beurteilung der fehlenden Vertragsmäßigkeit lediglich die Anwendung des Art 35 UN-Kaufrecht in Betracht. Entsprechend gilt im Achten Buch nämlich das Vorliegen eines

[1827] Bei Systemkonformer Platzierung des Art 288 wären weitere Vorschriften des Art 289 ff nicht überflüssig.
[1828] *Schroeter*, cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/schroeter.html; *Hagge,* 132, möglicherweise ist dieses „Versteckt" der Grund dafür, dass *Gomez* in Penant Nr. 827, 145-185 den Rechtsbehelf der Minderung völlig übersieht, so *Hagge*.
[1829] Eine ordnungsgemäße Nacherfüllung nach 257 AU.DCG entsprechend Art 37CISG kann sowie gemäß Art 283 AU.DCG anders als Art 48 erfolgt werden.
[1830] Dieser Aspekt wird nicht ausdrücklich erwähnt.
[1831] LG Stuttgart, Urteil 15 O179/01 vom 4.6.2002, CISG-online Nr 909, Ew.II/1/a; BGH, Urteil vom 2.3.2005, VIII ZR 67/04, CISG-online Nr 999, Ew. II/3/a,b ; Siehe *Honsell* , 644.

Erfüllungsmangels in Form des Sachmangels gemäß Art 255 entspricht nahezu altem Art 224 AU.DCG und er sich nicht auf rechtfertigende Gegebenheiten berufen kann, wie etwa auf die Nacherfüllung bei vorzeitiger Lieferung(257 AU.DCG) oder auf das Nacherfüllungsrecht bei Lieferung mangelhafter Ware(283 AU.DCG)[1832]. Wenn hingegen widrige Ware repariert werden kann, kam keine Herabsetzung des Kaufpreises zustande. In Art 283 wird nunmehr keine Nachbesserung vorgesehen, sodass bei Behebung geringfügigen Mangels lediglich Ersatzlieferung nachvollziehbar ist. Fraglich ist im OHADA-Recht, ob das Nacherfüllungsrecht des Verkäufers geht der Preisminderung vor. Zumal das Zusammenspiel zwischen Nacherfüllungs- und Kaufpreisherabsetzungsrecht zumindest nach dem Wortlaut der einschlägigen Bestimmungen ungeklärt ist. Bei der Mängelbehebung nach vorzeitiger Lieferung gemäß Art 257 AU.DCG oder bei Mängelbehebung nach Art 283(sowie 284 AU.DCG) kann der Käufer die Herabsetzung des Kaufpreises schneller erklären(bereits gleichzeitig mit der Mängelrüge nach Art 258 iVm 259 AU.DCG und auf diese Weise die Gelegenheit für die Nacherfüllung des Verkäufers verhindert. Wenngleich in Art 283 S 2 AU.DCG dem Verkäufer eine sofortige zwangsweise Durchführung der Erfüllung auf eigene Kosten und Risiken eingeräumt wird. Dem Grundsatz des favor contratus stimme ich zu und halte den Vorrang des Verkäuferechts zur Mängelbehebung vor Minderungsbestreben, sofern durch die Nacherfüllung den Vertrag gerettet wird[1833]. Ob die Nacherfüllung der Aufhebung vorrangig ist, ist das Zusammenspiel zwischen Art 283 AU.DCG sowie 284 AU.DCG und Art 281 AU.DCG ungeklärt. Ob das Nacherfüllungsrecht grundsätzlich das Aufhebungsrecht vorrangig ist, ist nicht zweifelsfrei[1834].

Das Nacherfüllungsrecht (Art 37, 48 UN-Kaufrecht) des Verkäufers geht der Preisminderung vor[1835]. Stellt sich heraus, dass die widrige Ware durch Reparatur

---

[1832] Art 253 Abs 2, Vor Ablauf der vom Verkäufer selbst bestimmten Frist ist dem Käufer die Ausübung des Rechtmittels wie Minderung verwehrt, dazu *Hagge*, 133. Gleiches gilt nach Art 283 AU.DCG.
[1833] Vgl *Hagge*, alter Art 260, 133.
[1834] Vgl *Hagge,* alter Art 260, 133.
[1835] Unklar ist, ob das Nacherfüllungsrecht der Minderung vorrangig ist, so *Hagge*, 132 f. aufgrund favor contratus. Nach diesem Prinzip muss die Lösung bevorzugt werden, die die Existenz der vertraglichen Bindung gegen ein vorzeitiges, von einer Partei herbeigeführtes Erlöschen schützt, auch *Bianca/Bonell/Bonell*, Art 7, Anm. 2.3.2.2. ; Audit , Anm. 55, 122; *Plantard*, J.D.I. 1988, 311(333); *Schlechtriem/Ferrari*, Art 7, Rn. 54.
Streitig ist auch in der OHADA bezüglich favor contratus, Siehe *Gomez*, Prenant Nr. 827, Anm. 89. 107; *Ngeubou,* 66 und 75; *Santos* in: OHADA-Kommentar, *Fénéon/Gomez* , Art. 254 Anm. 2 . der Streit besteht, bei der Mängelbeseitigung nach vorzeitiger Lieferung gemäß Art 226 AU.DCG, bei der

beheben kann, kommt keine Herabsetzung des Kaufpreises zustande. Anders ist, wenn die vorgenommene Reparatur letztendlich unzureichend erscheint. Daher wird der Einsatzbereich des Preisherabsetzungsrechts deutlich enger als die Anwendungsbreite des Rechts auf Erfüllung (Art 46 UN-Kaufrecht) oder Aufhebung des Vertrages (Art 49 UN-Kaufrecht) dargestellt. Die Letztgenannten stehen bei jeder Art von Pflichtverletzung zur Verfügung.

Das Preisherabsetzungsrecht besteht grundsätzlich für sonstige Leistungsstörungen (verspätete Lieferungen) nicht[1836]. Soweit das Preisherabsetzungsrecht aufgrund ZB Aufhebung oder Aussetzung nach Maßgabe der Art 37 oder 48 UN-Kaufrecht; Art 283 AU.DCG nicht gänzlich oder zeitweilig verschlossen ist, steht dem Käufer frei, dieses Recht auszuüben. Unerheblich ist das Maß des Sachmangels, ebenso die Wesentlichkeit der Vertragsverletzung. Da keine Minderwertigkeitsklausel für die Ausübung dieses Rechts besteht, kann die Durchsetzung der Minderung bei geringfügigen Beeinträchtigungen der Vertragsmäßigkeit infolge Beweisschwierigkeit beschränkt werden[1837].

Bei Mehrlieferung kann der Käufer für Zuviel gelieferte Ware entsprechend dem vertraglich vereinbarten Preis bezahlen[1838]. Gleiches gilt gemäß Art 290 Abs3 AU.DCG. Strittig ist, ob das Preisminderungsrecht auch im Fall einer teilweisen Erfüllung der Verpflichtung zur Lieferung vertragsgemäßer Ware in Anspruch genommen werden kann[1839]. Nach überwiegender Auffassung steht dem Käufer bei Minderlieferung das Recht auf Minderung zu[1840], wenngleich andere Ansicht die Minderlieferung als Nichtlieferung qualifiziert[1841]. Ob auch ein Rechtsmangel zur Kaufpreisherabsetzung berechtigt, ist ebenfalls umstritten[1842]. Nach *Honsell* und

---

Mängelbehebung nach Art 252 AU.DCG und im Fall Art 253 AU.DCG, wenn der Käufer die Minderung so schnell erklärt(z B gleichzeitig mit der Mängelrüge nach Art 228 AU.DCG), dass er dem zur Nacherfüllung bereiten Verkäufer hierfür keiner Gelegenheit gibt. Zitat von *Hagge*, 133:

[1836] *Piltz,* 352.

[1837] *Honsell*, 646; *Hagge*, 135, ein Recht auf Minderung hinsichtlich der nicht erfüllten Teillieferung begründet Art 255 Abs 1 AU.DCG(anders als Art 51 Abs 1 CISG) nicht.

[1838] *Piltz,* 349; *Honsell*, 644, Art 52 UN-Kaufrecht als lex specialis gegenüber Art 50 UN-Kaufrecht

[1839] *Haberl*, 38

[1840] BGer, Urteil vom 7.7.2004, 4C. 144/2004, CISG-online Nr 848, Ew.2.1; *Fénéon/Gomez*, 146, Art 261 al 1AU.DCG

[1841] *Honsell,* 644 f., Art 50 unter Verweis auf Art 51 UN-Kaufrecht

[1842] Vgl *Haberl*, 38 (Bejahend:Vgl *Schleichtriem* 2007, Rz 202, 145; *Herber/Czerwenka*, Art 50, Rn.3; *Loewe*, Art 50, 72; *Niggemann* in *Hoyer/posch*, 106 ; *Reinhart;* Art 50, Rn. 2 ; *Soergel/Lüderitz/Schüßler-Langeheine*, Art 50, Rn. 2; *Staudinger/Magnus*, Art 50 , Rn. 10; *Stern*, 106ff.; *Welser* in : Doralt, 122 f.; vorsichtiger: *Bianca/Bonell/Willi*, Art 50, Anm. 3.4;

Honnold fällt ein Rechtsmangel nicht unter den Begriff der „vertragsgemäßen Ware“, wenngleich eine Auffassung in Literatur und Rechtsprechung[1843] dieser Meinung entgegenstehen. Der Streit ist nur praktisch relevant, wo die Möglichkeit eines Schadensersatzanspruches zB gemäß Art 79 Abs.5 UN-Kaufrecht statt Kaufpreisherabsetzungsrecht ausscheidet[1844]. Schließlich ist strittig, ob ein Minderungsrecht auf fehlerhafte Dokumente ausgedehnt werden kann: *Honsell* verneint, Vgl Brunner Art 50 Rn 3f und *Honsell,* weil sich Art 50 in erster Linie auf Art 35 bezieht, welcher fehlerhafte Dokumente nicht umfasst. *Staudinger* und *Magnus* hingegen bejahen die Ausdehnung eines Minderungsrechts auf fehlerhafte Dokumente[1845].

Der Begriff“ vertragsgemäßen Ware“ nach OHADA-Recht umfasst nicht der Rechtsmängel sowie fehlerhafte Dokumente und Zubehör. Da der Rechtsmangel unter dem Abschnitt zum Gewährleistungsrecht fallen(Art 260 AU.DCG) fehlerhafte Dokumente und Zubehör(Art 254 AU.DCG) dem Abschnitt zur Lieferungspflicht unterliegt und allesamt getrennt vom Reglungsabschnitt zur Pflicht der Lieferung vertragsgemäßer Ware, der allein die Sachmängel behandelt(Art 255 AU.DCG), ist zwingend von eine eindeutige Antwort des OHADA-Gesetzgebers zur Vermeidung Gegenstimmen hinsichtlich von Sach-und Rechtsmängeln und fehlerhafte Dokumente und Zubehör. Darüber hinaus führt die Entlassung nach Art 294 AU.DCG nicht nur für den Schadensersatz, sondern ist der Verkäufer für weitere sämtliche Rechtsbehelfe befreit.

Ein Recht auf Minderung hinsichtlich der Minderlieferung begründet Art 289 AU.DCG nicht. Art 51 Abs 1 CISG sieht hingegen eine Recht auf Kaufpreisherabsetzung vor. auch der alte Art 255 Abs1 AU.DCG diesbezüglich verwies auf die Art 251 bis 254[1846]. Nun 289 sieht Art 289 AU.DCG bei Minderlieferung vor, dass der Käufer

---

Enderlein/Maskow/Strohbach, Art. 50, Anm.1, dagegen *Stoffer* 2007, 222 ff; *Reithman/MArtiny* 2004, 586; *Schnyder/Straub* 2009, Rz 11, 645; *Audit* , Anm. 133f.; *Honnold*, Rn. 313.1; *Schlechtriem/Huber*, Art 50 , Rn.8)

[1843] OLG Innsbruck, Urteil vom 21.6.2005,GZ 1R 89/05f-76, ohne Stellungnahme zitiert vom OGH, Urteil vom 12. 9.2006, 10 Ob 122/05x, CISG-online Nr 1364

[1844] Dazu *Hagge,* 134; Vgl *Staudinger/Magnus*, Art 50, Rn. 9. Und selbst diese Konstellation erscheint sehr unwahrscheinlich, so *Schlechtriem/Huber*, Art. 50, Rn.8; Vgl *Honsell*, 645.

[1845] Dazu *Honsell*, 645; *Staudinger/Magnus* Art 50. Rn 8.

[1846] Die Frist zur Nacherfüllung (Art 251) , das Nacherfüllungsrecht des Verkäufers (252 nacherfüllungsrecht im Zuge der Nachfrist des Verkäufers(Art 253) Vertragsaufhebungsrecht des Käufers (Art 254).

ausschließlich auf Schadensersatz berufen kann, wobei lediglich das Recht auf Aufhebung ausdrücklich ausgeschlossen ist. Art 288 räumt dem Käufer das Minderungsrecht bei Lieferung nicht vertragsgemäßer Ware ein und Art 289 umfasst auch die(teilweise) vertragswidrige Ware. Von diesem Hintergrund ist davon auszugehen, das Preisherabsetzungsrecht bezüglich der Minderlieferung anzuwenden ist.

1.2 Ausnahmen

Das Preisherabsetzungsrecht besteht zeitweilig nicht, wenn der Käufer von dem Verkäufer zunächst Erfüllung verlangt, gegebenenfalls eine Nachfrist setzt, oder eine zumutbare Nacherfüllung angeboten wird[1847] und eine Annahmeverweigerung nicht vorliegt. Der Verkäufer kann den Mangel in der Erfüllung seiner Pflichten gemäß Art 37 oder 48 beheben oder der Käufer kann die Annahme einer entsprechenden Erfüllung durch den Verkäufer verweigern[1848]. Wenn allerdings eine nachträgliche Erfüllung zur vollständigen, ordnungsgemäßen Herstellung der vertragsgemäßen Leistung führt, ist die Voraussetzung eines Ausschlusses des Minderungsrechts erfüllt. Man geht dabei auch vom Untergang des Minderungsrechts aus[1849].Die Wirksamkeit des Anspruches auf Herabsetzung des Kaufpreises hat grundsätzlich die Verschließung anderer Rechtsbehelfe zur Folge ausgenommen den Schadenersatz[1850]. Gleiches gilt im OHADA-Recht, wenn die Nacherfüllung bei vorzeitiger Erfüllung Art 257 bei vorzeitiger Lieferung ordnungsgemäß durchgeführt wird. Auch Art 283 erkennt die Möglichkeit einer zwangsweisen Nacherfüllung und die Nacherfüllung unter Setzung einer Nachfrist sowie Art 284 AU.DCG.

1.3 Umsetzung des Minderungsrechts

Das Preisminderungsrecht erfolgt nach beiden einheitlichen Kaufrechten durch Gestaltungserklärung[1851], ohne dass die Einhaltung von Fristen oder sonstige

---

[1847] *Piltz*, 350.
[1848] *Honsell,* 648f.
[1849] Vgl ICAC, Entscheid vom 23.3.2005, CISG-online Nr 1481, Ew.3.4; dazu *Honsell*, 648.
[1850] Dazu *Piltz*, 361.
[1851] welche nach *Honsell* mit ihrer Abgabe wirkt, nach *Karollus* erst mit ihrem Zugang, siehe *Honsell,* 650. Die Erklärung der Minderung- wie Aufhebung- nach bisher geltendem französischen Recht weitgehend den Gerichten vorbehalten, so *Hagge,* 134; Vgl *Audit*, Anm. 138; *Collart Dutilleul/Delebecque*, Rn. 243; *Fénéon/Gomez*, Art 260/261, Anm. 3; *Santos/Toé*, Anm. 684, mit Darstellung eines Ausnahmefalls; *Gross*, 55f.

Anwendungsvoraussetzungen in Betracht gezogen werden. Ob die Erklärung zur Kaufpreisherabsetzung mit ihrer Abgabe in der OHADA wirkt, hängt von der Beurteilung des Rechtsanwenders ab. Allerdings muss der Käufer im Vorfeld den Mangel gerügt haben und der Verkäufer diesbezüglich keine Nacherfüllung vorgenommen haben, da das Nacherfüllungsrecht des Verkäufers dem Preisherabsetzungsrecht vorgeht[1852].

Das Preisherabsetzungsrecht kann vorbehaltlich anderer Absprachen der Parteien erfolgen, ohne Rücksicht darauf, ob der Kaufpreis bereits ganz oder teilweise bezahlt ist[1853]. Da die Durchsetzung des Preisherabsetzungsrechts gerichtlich nicht erforderlich ist, ist der Käufer im Gegenteil zum traditionellen[1854] Recht der OHADA-Vertragsstaaten gefordert, den reduzierten Preis allein zu vornehmen. Wie im UN-Kaufrecht kann der Käufer den Kaufpreis durch entsprechende Erklärung mindern[1855]. Inhaltlich muss die Erklärung nach der Literatur im Hinblick auf die fehlende Vertragsmäßigkeit der Ware ernsthaft und eindeutig eine Anpassung des Kaufpreises verlangen. Dabei ist ein bezifferter Minderungsbetrag nicht erforderlich. Ohne ordnungsgemäße Minderungserklärung kann der Käufer wirksam einen Teil des Kaufpreises weder einbehalten noch zurückfordern[1856].Der Einbehalt eines Teils des Kaufpreises kann im Einzelfall aber auch konkludent erfolgen, solange das Verhalten des Käufers nicht als bloß zeitweiliges Zurückhalten des Kaufpreisteils interpretiert wird und zumal die Erklärung an keine Form gebunden ist[1857]. Die Einhaltung einer bestimmen Frist zur Abgabe der Minderungserklärung wird im UN-Kaufrecht nicht vorausgesetzt, sodass dieses Recht grundsätzlich bis zum Eintritt der Verjährung wahrgenommen werden kann. Die Verjährung des Anspruchs auf Herabsetzung des Kaufpreises beträgt gemäß Art 301 Abs 2 iVm 302 AU.DCG zwei Jahre; bei Ansprüchen wegen vertragswidriger Lieferung läuft diese nicht ab Erkennbarkeit des Mangels (alter Art 275 Abs 2 AU.DCG) aber nach Ende der Garantiefrist. Für die

---

In Anbetracht der Tatsache, dass die Minderung gewissermaßen einer teilweisen Vertragsaufhebung gleichkommt, so *Ngeubou*, 77; *Audit* , Anm.138; *Heuze;* Anm. 459; *Karullus*, 157; *Staudiger/Magnus*, Art 50, Rn.1; *Hagge*, 134; kritisch *Schlechtriem/Huber*, Art 50, Rn. 1.

[1852] *Haberl,* 38; *Hagge,* 133.

[1853] *Piltz*, 352.

[1854] Die Erklärung der Minderung- wie Aufhebung- nach bisher geltendem französischen Recht weitgehend den Gerichten vorbehalten, so *Hagge*, 134.

[1855] Zur allgemeinen Ansicht Vgl OGH, Urteil 3 Ob 193/04k vom 213.5.2005, CISG-online Nr 1041; Dazu *Honsell*, 649.

[1856] Cour de Justice de Genève, Urteil vom 15. 11. 2002, C/12709/2001, CISG-onlineNr 853

[1857] Dazu *Honsell,* 649 f; *Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Che*, Art 50 Rn.

Verjährung ist im UN-Kaufrecht hingegen das jeweilige, nach internationalem Privatrecht berufene nationale Recht heranzuziehen[1858].

Zur Umsetzung des Preisminderungsrechts ist eine dahingehende ordnungsgemäße Rüge der Vertragswidrigkeit der Ware grundsätzlich nicht erforderlich. Eine vernünftige Entschuldigung des Käufers für nicht ordnungsgemäße Anzeige steht der Kaufpreisherabsetzung nicht entgegen (Art 44 UN-Kaufrecht). Wenngleich in der OHADA keine Entschuldigungsmöglichkeit vorgesehen ist, kann man davon ausgehen, dass die Anspruchsberechtigte ihren Rechtsbehelf verlieren würde, wenn die Vertragswidrigkeit ordnungsgemäß nicht gerügt wird. Eine Rüge ist entbehrlich, soweit der Verkäufer auf eine ordnungsgemäße Anzeige verzichtet hat oder dieser bösgläubig[1859] war(Art 237 AU.DCG).

Für die Umsetzung ist auch zunächst zu prüfen, ob ZB keine Nacherfüllung nach Art 48 Abs 1, oder Abs 2 bis 4 UN-Kaufrecht; 283 iVm 284 AU.DCG vorgenommen wurde oder diese verweigert wurde. Die Weigerung führt zum Verlust des Rechtsbehelfs der Kaufpreisherabsetzung Art 50 Satz 2 CISG. Das Nacherfüllungsrecht ist vorrangig. Allerdings besteht dieser Vorrang nicht, wenn die Nacherfüllung nach Art 48 Abs 2 bis 4 nicht innerhalb einer zumutbaren Frist erfolgt und der Nacherfüllung auch für den Käufer keine unzumutbaren Unannehmlichkeiten nach sich zieht[1860]. Diese Ansicht kann auch im OHADA vertretbar sein, allerdings wenn dem Grundsatz der favor contratus Rechnung getragen wird[1861].

1.4 Berechnung der Minderung

Für die relative Berechnungsmethode der Minderung nach beiden Regelwerken spielen die Faktoren Zeit und Ort eine entscheidende Rolle. Die Höhe des Minderungsbetrages ist in Bezug auf die Verhältnisse zum Zeitpunkt der Lieferung oder in Bezug auf den Zeitpunkt des Eintreffens der Ware (Beförderungsverkauf) am Bestimmungsort zu recherchieren[1862] . Dabei handelt es sich um die tatsächlich

[1858] *Piltz,* 355, 359; *Hagge*, 154f.
[1859] Aufgrund Art 237 AU.DCG zum Gutglaubengrundsatz.
[1860] *Piltz*, 352; *Haberl,* 38*; Hagge*, 133, die Frage hinsichtlich der Vorrang des Nacherfüllungsrecht ist umstritten.
[1861]Dazu *Hagge*, 133, nach diesem Prinzip muss die Lösung bevorzugt werden, die die Existenz der vertragliche Bindung gegen eine vorzeitiges, von einer Partei herbeigeführtes Erlöschen Schützt.
[1862] *Piltz,* 355.

vollzogene Warenlieferung zum Zeitpunkt der Lieferung[1863] , aber nicht um den vertraglich vereinbarten Liefertermin[1864]. Nach *Honsell* ist diese Ansicht abzulehnen, denn der Gefahrübergang erfolgt hier bereits bei der Übergabe der Ware an den ersten Beförderer (Art 67 CISG) bzw bei Vertragsabschluss (Art 68 CISG), sodass für die Verschlechterungen auf dem Transport nach diesem Zeitpunkt Gegenausnahmen konstruiert werden müssen. Daher erfolgt die Berechnung des Minderungsbetrages zum Zeitpunkt der Lieferung. Gleiches gilt für den Platzkauf, für den der Minderungsbetrag zum Lieferzeitpunkt zu berechnen ist, obwohl diese Zurverfügungstellung der Ware zu einem Minderungsbetrag von Null führen würde, weil die tatsächliche Übernahme der Ware durch den Käufer eintreten kann[1865](vgl relative Berechnungsmethode im österreichischen Recht). Zu erwähnen ist, dass das österreichische Gewährleistungsrecht dieses Verhältnis auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses abstellt[1866].

In conreto erfolgt das Preisherabsetzungsrecht in der Regel „durch Reduzierung des für den konkreten Kaufvertrag geltenden Preises in dem Verhältnis, in dem vertragswidrige Ware hinter dem Wert vertragsgemäßer Produkte zurückbleibt“[1867].

Eine proportionale Anpassung des Preises ist nach folgender Formel vorzunehmen[1868] :

Geminderter Preis = Vertragspreis x tatsächlicher Wert der gelieferten Sache

Wert, den die mangelfreie Ware hätte

Da „der Wert von Handelsgütern grundsätzlich zwischen verschiedenen Orten differiert und sich konjunkturellen Schwankungen anpasst, kann eine sinnvolle Berechnung nur dann durchgeführt werden, wenn klar ist, auf welchen Zeitpunkt und auf welchen Ort die Berechnung abzustellen hat“[1869].

[1863] Vgl OGH, Urteil 3 Ob 193/04k vom 23.5.2005, CISG-online Nr104.
[1864] OLG Graz, Urteil 6 R 194/95 vom 9.11.1995, CISG-online Nr 308; Vgl *Honsell,* 653.
[1865] *Honsell*, 654; *Piltz*, 350; Siehe Beispiel von *Kerschner/Bydlinsky*, 34.
[1866] *Haberl*, 38.
[1867] *Piltz,* 350.
[1868] *Posch,* 205.
[1869] *Honsell,* 651.

Berechnungsbeispiel (Annahme eines Kaufpreises von € 80 mit einem Wert der mangelfreien Ware von € 100 und jenem der mangelhaften Ware von € 60, so ergibt sich:

$$\textit{Geminderter Preis} = \frac{80 \times 60}{100}$$

Die Durchführung der Kaufpreisherabsetzung erfolgt anhand objektiver Kriterien der Ermittlung. Nämlich soll der reduzierte Kaufpreis dem objektiven Leistungsdefizit des Verkäufers entsprechen. Ausnahmen bestehen, wenn der Kaufpreis und der Wert der Ware einander entsprechen und sich der Wert der Ware zwischen Abschluss des Kaufvertrages und Lieferung nicht verändert hat.

„Zur Bestimmung des Werts der gelieferten Ware sind [nach *Brunner*] nur die ordnungsgemäß gerügten Mängel zu berücksichtigen, während hinsichtlich der nicht gerügten Mängel die Sollbeschaffenheit zu unterstellen ist.“[1870]. Den Kaufpreis auf den objektiven Marktwert der vertragswidrigen Ware zu reduzieren ist unzulässig (Verhältnisrechnung)[1871]. Gleiches gilt für die Ermittlung des Minderungsbetrages, wenn einfach der Kaufpreis auf einen objektiven Minderwert bezogen wird statt auf den vereinbarten Kaufpreis. Im Ergebnis soll vermieden werden, dass der Käufer, der zu teuer eingekauft hat nachträglich aufgrund dieses Umstands den Kaufpreis über Preisherabsetzung korrigieren kann. Gleichzeitig soll der Vorteil durch die Herabsetzung des Kaufpreises bei besonders günstig abgeschlossenem Warenkauf nicht verloren gehen. Eine Reduzierung auf null kann nach der Rechtsprechung in Betracht kommen, wenn die gelieferte Ware praktisch wertlos ist[1872].

Im OHADA-Recht vertritt eine Auffassung, dass das Minderungsrecht nur in Betracht kommt, wenn die gelieferte mangelhafte Ware noch verwendbar ist[1873], sodass das Recht zur Minderung des Kaufpreises im Falle der völligen Wertlosigkeit der Ware nicht dem Käufer zustehen würde. Ob der Rechtsanwender in der OHADA der einhelligen Ansicht in Lehre und Rechtsprechung insbesondere im UN-Kaufrecht

[1870] BGer, Urteil vom 13.11.2003, C 198/2003, CISG-online Nr 840, Ew.6.2, keine Geltendmachung von Rechten hinsichtlich des nicht gerügten Mangels; Siehe *Honsell*, 652.
[1871] *Piltz*, 355.
[1872] *Piltz,* 356; *Haberl*, 38.
[1873] *Fénéon/Gomez*, 145, France, Com.23. Mars 1971, D.1974.40, note Alter (l´affaire des queues de langouste); Com.15 déc.1992, RJDA, 1993, No 304, 266.

Rechnung tragen würde, bleibt abzuwarten[1874]. Der stimme ich nicht zu, da Art 289 AU.DCG dem Käufer das Recht einräumt, bei nicht vertragsgemäßer Ware den vereinbarten Kaufpreis herabzusetzen, sodass von vornherein die wenige wertvolle bzw wertlose Ware Vertragsgegenstand gewesen wäre.

Andere Berechnungsweisen die ZB die Kosten für den erforderlichen Ausbesserungsaufwand einbeziehen sind auszuschließen[1875].

Denkbar ist, dass die Bestimmung des Werts der Ware durch eine Schätzung erfolgt, weil beispielsweise ein bekannter und ohne Schwierigkeiten feststellbarer Markt für die minderwertige Ware nicht besteht. Dabei kann für die Ermittlung des Preisabschlages erforderlich sein, damit je nach Sachlage die Ausbesserungskosten oder Angemessenheit beachtet werden.

Der Berechnungsort kann auf den Ort abstellen, an den die Ware zum Zweck ihrer Nutzung bestimmungsgemäß verbracht wurde. Bei Beförderungsverkauf ist der Bestimmungsort der Ort der Berechnung[1876].

Nach wirksamer Erklärung der Kaufpreisherabsetzung hat der Verkäufer im Falle des bereits gezahlten Kaufpreises dem Käufer den Differenzbetrag zuzüglich Zinsen (Art 78 CISG) zu erstatten. Eine Einschränkung im Sinne des Art 28 CISG ist ausgeschlossen. Die Verjährung der Ansprüche des Käufers auf Rückerstattung und Verzinsung eines überzahlten Kaufpreises ist über das jeweilige Internationale Privatrecht berufenes nationales Recht zu ermitteln. Diese Verjährungsfrist im Achten Buch beträgt gemäß Art 301 Abs 2 iVm 302 AU.DCG zwei Jahre. Der Zahlungsort (die Zahlungspflicht im Zweifel) ist am Sitz des Käufers[1877].

Das Preisherabsetzungsrecht ist ein leicht einsetzbarer und attraktiver Rechtsbehelf für den Käufer, wenn er nach Konkretisierung dieses Rechtsbefehls die mangelhafte Ware noch benützen kann. Da der mit vertragswidriger Ware belieferte Käufer in der Regel noch einen Anspruch auf Schadenersatz hat, kann die praktische Bedeutung des

[1874] OGH, Urteil 3 Ob 193/04k vom 23.5.2005, CISG-online Nr 1041; BGH,Urteil VII ZR67704 vom 2.3.2005, CISG-online Nr 999, Ew. II/37a, mit Bezug auf völlig wertlose Teillieferungen. ; Supreme Court of Western Australia, Urteil vom 17. 1. 2003 i.S. Ginza v Vista CISG-online Nr 807); Dazu *Honsell,* 656.
[1875] Cour de Justice de Genève, Urteil C/1209/2001 vom 15.11.2002, CISG-0nline Nr 853; Siehe *Honsell*, 652.
[1876] *Honsell,* 653.
[1877] *Piltz*, 358f; *Hagge*, 154ff.

Preisherabsetzungsrechts gering sein. Dennoch wurde dessen Rechtsbehelf in der Rechtsprechung als eine attraktive Alternative zur Vertragsaufhebung aufgrund Lieferung vertragswidriger Ware bewertet, zumal der Rechtsbehelf der Kaufpreisherabsetzung dem Aufhebungsrecht gleichwertig ist vielleicht sogar gleichwertiger[1878]. Denn eine Herabsetzung des Kaufpreises auf null ist möglich und der Käufer kann „über den Rechtsbehelf der Kaufpreisherabsetzung bezüglich seiner Pflicht zur Kaufpreiszahlung das gleiche wirtschaftliche Ergebnis [erreichen] wie über den Rechtsbehelf der Vertragsaufhebung [ ], ohne jedoch die mit letzterem verbundenen Bewertungsrisiken (ob eine Wesentlichkeit vorliegt) eingehen und die strengeren Anwendungsvoraussetzungen der Vertragsaufhebung (etwa die Frist für die Aufhebungserklärung, Rückgabe im Zustand oder im Wesentlichen Zustand des Vertragsabschlusses) beachten zu müssen.“. Trotz dieses vorteilhaften Vergleichs ist kein Anlass zur blinden Beanspruchung des Kaufpreisherabsetzungsrechts gegeben. Eine subsidiäre Anwendung des Minderungsrechts wird befürwortet[1879].

1.5 Rechtsfolgen der Minderung

Eine wirksame Umsetzung des Minderungsrechts setzt eine dahingehende Erklärung des Käufers unter Beachtung der ordnungsgemäßen Verwendung der Sprache sowie geeigneter Kommunikationsmittel voraus. Dabei trägt der Verkäufer das Transportrisiko. Die Herabsetzungserklärung kann ausdrücklich oder Verhaltensweise erfolgen. Allerdings muss dadurch unmissverständlich erkenntlich sein, dass die Aufrechterhaltung des Vertrages die Kürzung des Kaufpreises (ZB Zahlung eines geringeren Betrages als der geschulte Kaufpreis) zum Ziel hat. Dies aufgrund der Lieferung vertragswidriger Ware[1880]. Eine einmal erklärte Kaufpreisherabsetzung ist grundsätzlich beim Zugang (ohne Widerspruch des Verkäufers) verbindlich. Ein jus variandi kommt nicht in Frage. Soweit der Käufer keine Zahlung geleistet hat, kann er den Kaufpreis in Höhe des Minderungsbetrages kürzen und das Geld einbehalten. Eine Aufrechnung kommt nicht in Betracht. Bei erfolgter Zahlung steht dem Käufer ein Rückforderungsanspruch zu.

Die Kürzung des Kaufpreises führt zur Begehung einer Vertragsverletzung, wenn die Voraussetzungen für den Rechtsbehelf der Kaufpreisherabsetzung nicht vorliegen.

[1878] *Piltz,* 349f.
[1879] *Piltz,* 350; *Honsell*, 657.
[1880] *Piltz,* 350.

Demzufolge kann das erwachsene Risiko aus der Vertragsverletzung begrenzt werden, da die nicht ordnungsgemäße Zahlung des Kaufpreises in der Regel keine wesentliche Vertragsverletzung ausmacht[1881]. Die Zurückbehaltung von Teilen des Kaufpreises kann gerechtfertigt sein, nämlich kann eine Rechtsverfolgung (im außereuropäischen Ausland) erschwert werden, zumal der Käufer unter dem Umstand des Zweifels an der Vertragsgemäßheit der Ware reagiert hat[1882].

2 Zinszahlung

In der Regel kommt der Anspruch auf Zahlung von Zinsen für alle fälligen Geldansprüche aus einem dem UN-Kaufrecht unterfallenden Kaufvertrag in Betracht, um die entgangene Kapitalnutzung auszugleichen (Art 78 CISG). Unbeschadet eines Schadenersatzanspruches (da der Zahlungsgläubiger zusätzlich zu den Zinsen einen weitergehenden Säumnisschaden geltend machen kann, wenn er etwa Kredit aufnehmen und ihn an einem höheren als dem gesetzlichen Satz verzinsen musste, etwa[1883], denkbar ist auch die Betriebsstörung zum Absatz der Ware[1884] im Sinne der Art 74 UN-Kaufrecht; alter 264 AU.DCG) aufgrund Vermögensnachteil infolge der verzögerten Zahlung wird für die Zinszahlung vorausgesetzt, dass eine Partei den Kaufpreis oder einen anderen fälligen Betrag zu zahlen versäumt hat (Art 78 UN-Kaufrecht) und diese sich nicht auf rechtfertigende Gegebenheiten (wie das Nacherfüllungsrecht) berufen kann. Beim Zinsanspruch kommt die Entlastungsregel der Art 79 UN-Kaufrecht; (anders 294 AU.DCG) nicht in Frage (wenngleich der Käufer (Schuldner) infolge hoheitlicher Einschränkungen seiner Zahlungspflicht nicht nachkommen kann und daraufhin nicht in der Lage ist, die Zinsen zu überweisen). Dieser besteht unabhängig davon, ob ein Nachteil bei dem Verkäufer (Gläubiger) eingetreten ist, daher wird ihm diesbezüglich die Beweispflicht erspart[1885].

In Art 291 AU.DCG werden die Zinsen für alle fälligen Geldansprüche aus einem dem OHADA-Handelskaufrecht unterliegenden Kaufvertrag und unbeschadet eines Anspruchs auf Schadenersatz normiert. Hier wird den Inhalt des Art 78 S1 CISG weitgehend übernommen. Anders als im UN-Kaufrecht enthält Art 291 S1 iVm Abs 2 AU.DCG eine wichtige Abweichung von Art 78 CISG hinsichtlich der Zinshöhe und des

[1881] *Santos/Toé*, 379.
[1882] *Piltz*, 350.
[1883] LG Coburg 12.12.2006 HIR 200; Dazu *Honsell*, 1061.
[1884] *Santos/Toé*, 416.
[1885] Dazu *Piltz*, 394.

Beginns des Zinslaufes. Danach wird nunmehr zur Feststellung der Zinshöhe auf den „gesetzlichen Zinssatz[1886]“ verwiesen und der Beginn des Zinslaufs hängt von einer schriftlichen Mahnung ab[1887]. Ausreichend ist das der Schrift gleichsetzende Kommunikationsmittel(291 Abs 2 AU.DCG) wie die Kommunikationen in Form eines elektronischen Datenträgers. Die mündliche Entäußerung oder sofortige Übermittlungsarten ist ausgeschlossen. Damit wird die vermeintliche Formfreiheit[1888] im OHADA-Recht hierdurch beschränkt. Anzumerken ist, dass Alter Art 263 letzter HS AU.DCG des Fünften Buches vor allem auf gesetzlichen Zinssatz für Handelsgeschäfte verwies.

2 .1 Voraussetzung

Das Recht auf Zinszahlung steht in erster Linie dem Verkäufer zu, wobei er die Zinsen für alle fälligen Geldansprüche aus einem dem Kaufvertrag verlangen kann. Aber es steht auch dem Käufer dieses Recht zu, wenn der Verkäufer die erhaltenen Zahlungen ZB nach Art 84 Abs 1 UN-Kaufrecht infolge der Aufhebung des Vertrages an den Käufer zurückzahlen muss[1889]. Entsprechendes gilt Im Achten Buch bei der Rückzahlung des Kaufpreises (Art 300 Abs1 entsprechend altem 273 al 1 AU.DCG). Die gesonderte Zinszahlungspflicht des Verkäufers soll für den Käufer als pauschaler Ausgleich der erwachsenen Nutzungsmöglichkeit durch den Erhalt des Kaufpreises angesehen werden. Im Allgemeinen hat der Zinsanspruch einen gewissen Ausgleich infolge zeitweiliger Vorenthaltung des Geldes zum Ziel.

Wie bereits angeführt stellt Art 291 S1 iVm Abs 2 AU.DCG eine wichtige Abweichung von Art 78 UN-Kaufrecht dar. Während in der OHADA der Beginn des Zinslaufes von einer schriftlichen Mahnung abhängig gemacht wird (Art 291 Abs 2 AU.DCG), sind Ansprüche nach Art 78 CISG nach dem Grundgedanken des Art 59 CISG ohne weiteres vom Moment der Fälligkeit an zu verzinsen[1890]. Ebenso nun Art 3 Abs 1 lit a, b der EG-Richtlinie 2000/35/EG zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im

[1886] Für das österreichische Recht beträgt der gesetzliche Zinssatz 8 Prozentpunkte über dem Basiszinssatz. Dieser Basiszinssatz wird bei unternehmensbezogene Verzugszinsen am letzten Kalendertag eines Halbjahres festgelegt und gilt für das nächste Halbjahr. Siehe *Krejci*, 308ff.
[1887] Dazu *Hagge*, 143.
[1888] Siehe Art 240 AU.DCG.
[1889] Dazu *Piltz,* 395.
[1890]Dazu *Honsell*, 1061, etwa Kantonsgericht Zug 12.12. 2002, CISG-online Nr 720). *Honsell/Magnus* (Fn 31), Art 78 Rn 8 f; *Schlechtriem/Bacher* (Fn 2), Art 78 Rn 7 ff; *Schroeter* cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/schroeter.html(2.1.2011)

Handelsverkehr[1891]. Anders als der Zahlungsgläubige im UN-Kaufrecht muss daher der Zahlungsgläubige im Kaufrecht der OHADA das erforderliche Mahnungsschreiben tätigen, wenn ein Anspruch auf Zinsen nach Fälligkeitstermin geltend gemacht wird. Im UN-Kaufrecht entsteht dagegen die verpflichtete Zinszahlung bereits ab dem Tag des Empfanges der Kaufpreiszahlung (Art 84 Abs 1 UN-Kaufrecht) und soll die Rückzahlung auf Verlangen des Käufers in der Währung, in der der Kaufpreis gezahlt wird, entrichtet werden[1892]. Ein Mahnschreiben gilt auch im Achten Buch für Verzinsung der Ansprüche auf Rückzahlung im Weg der Minderung, auf Auslagen- oder Aufwendungsersatz hinsichtlich der Erhaltung der Ware (Art 274 entsprechend altem Art 244 AU.DCG). Die Zinsansprüche hinsichtlich der genannten Zahlungsforderungen im UN-Kaufrecht (Art 48 Abs *1*), der Erhaltung der Ware sowie auf Überschüsse [1893] bestehen bereits seit ihrem Entstehen. Nämlich wenn die Auslage oder Aufwendung getätigt, der Vorteil oder Überschuss erlangt bzw ein Schaden entstanden ist. Es ist dagegen gleichermaßen wie im UN-Kaufrecht nicht erforderlich, dass der Zahlungsschuldner die Säumnis zu vertreten noch der Zahlungsgläubiger durch sie einen realen Schaden hat[1894].

2.2 Zur Höhe des Zinssatzes

Wenngleich Art 291 Abs 1 AU.DCG weitgehend den Inhalt des Art 78 CISG übernimmt, der einen generellen Zinsanspruch festlegt, wird die Regelung der Zinshöhe, die das CISG bekanntlich nicht enthält und welche einen bisher in Rechtsprechung und Literatur höchst umstrittenen Punkt darstellt, im OHADA-Recht verankert. Art 291 Abs 1 AU.DCG verweist insoweit auf den gesetzlichen Zinssatz, wobei der Hinweis auf Zinssatz für Handelsgeschäfte nicht mehr evoziert worden. In altem Art 263 Abs 1 war „Handelsgeschäfte“ erwähnt. Bei internationalen Kaufverträgen muss somit über das IPR festgestellt werden, welches nationale Recht einschlägig zur Anwendung kommt. Dies entspricht zum Schluss der vorherrschenden Auffassung zum CISG[1895] . Die Ansicht wird in der Judikatur bejaht[1896]. Auch wenn das

[1891] v. 29.6.2000, ABl. EG v. 8.8.2000 Nr L 200, S. 35 ff.
[1892] *Piltz,* 345
[1893] *Honsell,* 1059 , Art 48 Abs 1, 85 Satz. 2, 86 Abs 1 Satz. 2 86 Abs 1, 87; Art 244 AU.DCG Erhaltung der Ware; Art 252 AU.DCG Behebung des Mangels.
[1894] *Honsell,* 1060; *Santos/Toé*, 416.
[1895] *Schroeter*, cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/schroeter.html; Vgl *Schlechtriem/Bacher* (Fn 2), Art 78 Rn 27 m. zahlr. Nachw.

nationale Recht auf der umgesetzten Zahlungsverzugsrichtlinie 200/35/EG der EU beruht[1897]. Nach Ansicht von *Piltz* soll der Leitzins aus der oben genannten Zahlungsverzugsrichtlinie aufgrund einheitlicher Anwendung des UN-Kaufrechts nicht abgeleitet werden[1898].

Für die Berechnung der Zinsen hat das IPR festzustellen, welches nationale Recht einschlägig zur Anwendung kommen soll. Die Zinszahlung ist im Zweifel am Ort der Niederlassung des Verkäufers (Gläubigers) zu leisten[1899].

Freilich können allerdings die Parteien grundsätzlich den Zinssatz vereinbaren oder festlegen. Fraglich ist, ob die getroffene Abrede oder die Festlegung des Zinssatzes im Sinne des UN-Kaufrechts (Art 78) beurteilt wird oder nicht. Auch bezüglich Messung des Zinssatzes aufgrund der Zinsabsprache kann die Frage der Gültigkeit oder Gültigkeitsschrankung im Sinne des Art 4 Satz 2 B a gestellt werden. Daher geht ein nationales Subsidiärrecht vor[1900]. Entsprechend ist in der OHADA davon auszugehen, wenn sich die Parteien in gleicher Stellung unter gleichen Umständen wie im UN-Kaufrecht befinden. Anders als im UN-Kaufrecht wird die Verjährung der Zinszahlung nicht nach dem Internationalen Privatrecht jeweils berufenen Recht festgelegt (wobei für die Schiedsgerichtsbarkeit auch andere Lösungsansätze in Frage kommen können) sondern nach Art 301 Abs2 iVm 302 AU.DCG. Demnach beträgt die Verjährungsfrist zwei Jahre. Der Beginn des Zinslaufes hängt von einer schriftlichen Mahnung ab(Art 291 Abs2 AU.DCG).

3 Schadenersatz

Das Schadensersatzrecht kommt der Vertragsparteien zugute und soll als gemeinsamer Rechtsmittel dargestellt werden. Dabei ist nicht abschließend geklärt sowohl nach CISG als auch nach OHADA-Recht, die Anspruchskonkurrenz infolge des gleichen Sachverhalts zwischen den aus dem UN-Kaufrecht und dem OHADA-Recht sowie zwischen jeweils den Regelwerken folgenden vertraglichen Rechtsbehelfe und den aus dem allgemeinen Deliktsrecht sowie speziellen produktrechtlichen Haftungsbestimmungen ergeben Rechtsbehelfen. Die Konkurrenzproblematik wird in

[1896] OLG München Riw 1994, 595; LG Coburg 12.12.2006, IHR 2007, 117; ICC-Schiedsspruch Nr 7197/1992 J.D.I 1993, 1028.
[1897] LG Berlin IHR 2003, 228 f; LG Kiel IPRax 2007, 451
[1898] *Honsell,* 1062; *Piltz*, 396.
[1899] *Piltz,* 362, 395ff. *Honsell*, 1063.
[1900] *Piltz,* 398.

die UN-Vertragsstaaten auf nationaler Ebene unterschiedlich angegangen. Einerseits bejahen Teile der Staaten das Konkurrenzverhälnis und Andere sind dagegen. Die Vorgehensweise birgt das Risiko eines Forums shopping, das beachsichtige einheitliche Anwendung des CISG gefährdet kann. Da die OHADA der Vorrang sein Recht festlegt, soll ein paralleler Rückgriff auf nationalrechtliche Anspruchsgrundlagen grundsätzlich verschlossen werden. Es sei denn wie im CISG allgemeine Schutzpflichten betreffend beachtliche nationale Gültigkeitsbestimmungen wurde sanktioniert[1901]. Zudem kommt die Mehrheit der Mitgliedstaaten aus französischer Rechtstradition, wobei die vertraglichen- der deliktischen Haftung vorgeht.

Die in Art 74 CISG beinhalte Grundnorm des Schadenersatzrechts fang im AU.DCG des Achten Buches nunmehr keinen Eingang. Im AU.DCG des Fünften Buches war alter Art 264 AU.DCG dem Art 74 CISG entsprechend. Nun geht aus dem Konglomerat Artikel der Anspruch auf Schadensersatz hervor. Wenn der Verkäufer oder der Käufer im Kaufrecht der OHADA eine seiner vertraglichen oder gesetzlichen Pflichten nicht erfüllt, wird seinem Vertragstreuen Geschäftspartner(Käufer) einerseits nach Art 281 Abs 4 iVm 284 sowie 292 Abs 2 AU.DCG und 293 Abs 2 AU.DCG Andererseits (Verkäufer) nach Art 281 Abs 4 iVm 287 sowie 289 und 292 Abs1 und 293 Abs2 AU.DCG jeweils das Recht gewährt, Schadensersatz nach statuiertem Prinzip der Totalreparation zu verlangen[1902]. Daher gelangt man im Ergebnis, das das normierte Prinzip der Totalreparation iSd CISG (Art 74 S. 1 CISG) auch im OHADA-Recht weiterhin berücksichtigt wird, aber nicht die normierende (die sog. contemplation rule) Voraussehbarkeit des Schadens als Haftungsgrenze(Art 74 S.2 CISG). Mit der Vorschrift wird der Grundsatz der Vorhersehbarkeit des Schadens für den Schuldner als Haftungsgrenze normiert, wobei ganz gleich ist, ob die Vertragsverletzung vermeidbar war oder sogar absichtlich begangen wurde. Im bisherigen Recht der OHADA-Mitgliedstaaten findet Art 1150 Code Civil hinsichtlich der Haftungsgrenze aber nur bei leichter Fahrlässigkeit Anwendung. Bei vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Vertragsverletzung haftet der Schuldner unbeschränkt(Art 1149 Code

[1901] Vgl *Piltz*, 77.

[1902] Der Schadensersatz wird in der OHADA nach den Art 264 bis 266 AU.DCG verlangt. Zu den vertraglichen Rechtsbehelfen aus Art 249 al 1 AU.DCG BZW Art 256 al 1 besteht ein echtes Konkurrenzverhältnis. Der vertragstreue Teil kann einen vertraglichen Rechtsbehelf oder Schadensersatz begehren, er kann auch beides kumulieren, dazu *Hagge, 144.*

civil)[1903]. Nach einer Stimme in der Literatur können die Regelungen zur Haftungsgrenze bewusst über Art 205(jetzt 237 AU.DCG) ermittelt werden, sodass Art 1150 Code Civil weiterhin zur Anwendung kommen können[1904]. Die Auffassung ist abzulehnen, weil der Gesetzgeber Raum für die Koppelung der Vorhersehbarkeit an Maßstäbe des Verschuldens lässt. Daher beweist er damit ein grobes Unverständnis für die gezielt verschuldensunabhängige Systematik des UN-Kaufrechts[1905]. Trotz Revision des Fünften Buches ist weiterhin fraglich, ob der Schadensersatz im Achten Buch dem Grundsatz folgt, dass für Schäden, die aus Vertragsverletzungen entstanden sind, im Rahmen der Vorhersehbarkeit verschuldensunabhängig zu haften ist. Wenn die oben genannten Vorschriften als abschließend betrachtet werden sollten, kann die Vorhersehbarkeit des Schadens nur in Fälle der Befreiungen in Frage kommen.

Zur konkreten Schadensberechnung nach Maßgabe eines Deckungsgeschäftes bzw zur abstrakten Schadensberechnung nach der Marktpreisregel im Falle der Vertragsaufhebung (Art 75 CISG) wurde in der OHADA (Art 292 AU.DCG) nur die Erstgenannte übernommen. Dagegen wurde die statuierte Obliegenheit des Ersatzberechtigten zur Minderung seines Schadens (Art 77 CISG) nunmehr im Art 293 AU.DCG im Übrigen fast wortgleich übernommen. Die Schadensminderungsobliegenheit verlangt anders als nach altem Art 266 AU.DCG des Fünften Buches keine wesentliche Vertragsverletzung *(manquement essentiel)*. Außerdem wurden die Befreiungstatbestände des UN-Kaufrecht stark modifiziert übernommen (Art 294, 295 AU.DCG).

1 Umfang der Schadenersatzpflicht und Voraussetzung zum Ersatzanspruch

Vorbehaltlich anderer Absprachen, Gebräuche oder Gepflogenheiten umfasst der Schaden des Ersatzberechtigten alle Nachteile wegen Vertragsverletzung, die konkret ermittelt werden sollten. Dazu kommt das Erfüllungsinteresse, aber auch das Vertrauensinteresse des Geschädigten in Betracht. Im Fall der Aufhebung des Vertrages kommen besondere Methoden der Schadensermittlung in Frage. Der Ersatzanspruch setzt den Eintritt eines Schadens beim Vertragspartner voraus.

[1903] *Hagge, 144 f.; Audit, Anm. 172; Flour/Aubert/Flour/Savaux, Anm. 219; Heuzé, Anm. 450; Hübner/Constantinesco, 183; Starck/Rolang/Boyer, Anm. 1451.*
[1904] *So Ngeubou, 81, Siehe Dazu Hagge,* 145.
[1905] *Hagge,* 145.

Weitere Voraussetzungen betreffen den Kausalzusammenhang zwischen Vertragsverletzung und Schaden und die Voraussehbarkeit des Schadens.

1.1 Schadensermittlung bei Total Reparation

Wie im UN-Kaufrecht (Art 74 UN-Kaufrecht) wurde auch im OHADA-Recht im Hinblick auf Art 281 Abs 4, 284, 292 Abs 2, 293 Abs 2, Art 287, 289 und 292 Abs1 und 293 Abs2 AU.DCG nur die Ersatzpflicht für Sach- und Vermögensschäden wegen Vertragsverletzung geregelt. Eine Entschädigung für immateriellen Schaden wie seelische Unbill kann nur aufgrund vertraglicher Vereinbarung oder nach dem gemäß Kollisionsrecht berufenen anwendbaren nationalen Recht beachtet werden[1906]. Der Schadensumfang, mit dem sich das Schrifttum, insbesondere im UN-Kaufrecht akribisch und weitestgehend befasst hat, kann für die Schadensermittlung in der OHADA hilfreich sein. Somit fallen Goodwill-Verlust und Reputationsschaden in den Anwendungsbereich der beiden Regelwerke. Sodass der Schädiger für die durch Diskreditierung des geschäftlichen Ansehens und Verlust des Geschäftsgeheimnisses des Vertragspartners verursachten Schäden einstehen soll, wenn diese voraussehbar gewesen wären[1907]. Der Ersatz der Schäden betrifft auch den Verlust sämtlicher weiterer „immaterieller Güter" beim substantiierbaren und bezifferbaren Vermögensverlust[1908]. Wie schon im UN-Kaufrecht wurde der Schadenersatz aufgrund der Personenschäden (Tod oder Körperverletzung) in den Anwendungsbereich der OHADA-Kaufrecht sowie die Haftung zum Schadenersatz als Folgen des nicht wirksamen Zustandekommens eines Kaufvertrages oder als Folge der vollständigen oder teilweisen Ungültigkeit des Vertrages ausgeschlossen. Ebenso die Haftungsfreizeichnungen infolge von nationalen Vorschriften[1909] die Gültigkeit von Schadenersatzpauschalen oder Vertragsstrafe unterliegen den beiden Regelwerken nicht. Anzumerken ist, dass der Sachbegriff von punitive bzw exemplary damages von beiden Regelkörpern nicht gedeckt ist, da die beiden Regelwerke eine Ausgleichsfunktion haben. *Nach Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer* Art 74 Rn 8 ist ein gewisses Pönales Element anzunehmen, sodass Strafschadenersatzanspruch des nationalen Deliktrechts und der Konventionsstrafe konkurriert werden können. Ob die

[1906] *Honsell,* 999.
[1907] aufgrund ausdrücklicher Aufmerksamkeit auf das Risiko, auch aufgrund der Begleitumstände wie Belieferung des Lebensmittels in einem empfindlichen Markt (schweizerisches Bundesgericht, 28.10.1998, CISG-online Nr 413 Schlechtriem, Internationales UN-Kaufrecht, Rn 306.
[1908] Dazu *Honsell*, 1000:
[1909] *Piltz*, 82; *Santos/Toé*, 418, Art 1148 C.civ, Art 129 C.O.C.C.

Anerkennung und Vollstreckung des Urteils zum Strafschadenersatzanspruch überall möglich ist, ist zu verneinen. Art 27 IPRG der Schweiz ist dagegen wegen Verstoß gegen das ordre public[1910]. Die beiden Regelwerke kommen nicht zur Anwendung für die Sanktionen betreffend das arglistige Verhalten infolge des Verlusts von Rechtspositionen oder bei Nichtigkeit wegen Wucher oder Sittenwidrigkeit. Die Haftung für Schäden aufgrund arglistigen Verhaltens erfolgt nach nationalem Recht. Anders ist vorzugehen, wenn der culpa in contrahendo in Betracht gezogen wird. Nach neuerer und zutreffender Lehrmeinung beurteilt sich der Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens aus schuldhaftem Abbruch von Vertragsverhandlungen nach dem UN-Kaufrecht, wenn das Verschulden beim Vertragsschluss im Zusammenhang mit späterer Nicht- oder Schlechterfüllung der Pflicht zur Lieferung vertragsgemäßer Ware nach Einheitsrecht steht. Die Auffassung wäre zu teilen, wenn der Verkäufer dem Käufer die Eigenschaftszusicherungen gibt. Art 249 AU.DCG des Achten Buches sieht die Haftung aus culpa in contrahendo vor.

Denkbar ist, dass der Ersatzberechtigte gegebenenfalls nebeneinander den Ersatz einen Teil des Schadens nach dem vom Kollisionsrecht berufenen nationalen Recht und einen Teil des Schadens aus Vertragsverletzung nach dem Einheitsrecht der UN und OHADA[1911] beanspruchen kann. Für die Haftung aus unerlaubter Handlung ist eine Anspruchskonkurrenz nicht auszuschließen, sofern das nationale Recht das Prinzip der Anspruchskonkurrenz kennt[1912], wenn dem Käufer ein Schaden aus der Lieferung vertragswidriger Ware erwächst. Da das französische Recht den Grundsatz des „non-cumul“ normiert, wären die konkurrierenden Ansprüche aus unerlaubter Handlung im OHADA-Recht grundsätzlich nicht zulässig. In gleicher Lage beurteilt sich der Schadenersatzanspruch ausschließlich nach UN-Kaufrecht. Die Anspruchskonkurrenz aufgrund des Vorrangs des UN-Kaufrechts ist einzuschränken, soweit sie nicht bloß das Integritätsinteresse des Geschädigten sowie Äquivalenzinteresse abdeckt. Die Anspruchskonkurrenz ist auch für Schadenersatzansprüche nach Einheitsrecht (ZB infolge der Vertragsverletzung) mit Gewinnherausgabeansprüchen (beim Doppelverkauf) nach nationalem Recht (ZB

[1910] *Honsell*, 1001.
[1911] Anhand Art 237 AU.DCG.
[1912] *Honsell*, 997 ff.

infolge der Vertragsverletzung können zugleich die Voraussetzungen einer unechten Geschäftsführung ohne Auftrag erfüllt werden nachvollziehbar[1913].

Für Nutzungsausfall kann wie im UN-Kaufrecht der Ersatz gefordert werden. Der Ersatzschuldner kann nur von in Geld bezifferbaren effektiven Verlusten infolge ZB eines Produktionsausfalls oder zusätzlicher Aufwendungen (Miete von Ersatzprodukten) betroffen sein. Gleiches gilt für frustrierte Aufwendungen (dh Aufwendungen, welche der Gläubiger im Hinblick auf den Vertrag getätigt hat und die ihren Sinn verloren haben). Allerdings muss lediglich das negative Interesse (wie sämtliche Kosten, die der Gläubiger im Vertrauen auf den Vertragsschluss bzw auf die Erfüllung des Vertrages zur Vertragsdurchführung aufgewendet hat oder vernünftigerweise aufgewendet hätte) geltend gemacht werden. Die Geltendmachung vom positiven Interesse (Erfüllungsinteresse) schließt frustrierte Aufwendungen aus, da dadurch nicht zwei- oder mehrfache Kosten anfallen sollen[1914].

Klar ist, dass zum Schadensumfang der gesamte Schaden einschließlich des entgangenen Gewinns Art 74 UN-Kaufrecht; 281 Abs 4 AU.DCG gehört. Klar ist auch, dass der Schadenersatzanspruch in Geld zu begleichen ist.

Strittig ist jedoch, ob der Schadensumfang die Kosten der Rechtsverfolgung, Einschaltung von Inkassobüros, von Rechtsanwälten, Gerichten und Schiedsgerichten umfassen soll. *Piltz* bejaht; *Schroeter* verneint soll[1915]. Einerseits sind die genannten Kosten allein mangels einer international gefestigten Rechtsanschauung nach nationalem Recht einschließlich der prozessrechtlichen Vorschriften als ersatzfähig anzusehen. Andererseits kann aufgrund der autonomen Auslegung des UN-Kaufrechts verfahrensrechtlich keine Prozesskostenerstattung nach nationalem Recht, sondern nach Art 74 UN-Kaufrecht qualifiziert werden, somit kann die obsiegende Partei eine Kostenerstattung lediglich aufgrund besonderer prozessrechtlicher Bestimmungen und im Zusammenhang mit einer Vertragsverletzung im Sinne des UN-Kaufrecht beanspruchen[1916]. Vergleichbar wäre der Ersatz von Rechtsverfolgung auch im OHADA-Recht nachvollziehbar. Meines Erachtens ist diese allein aus obengenanntem Konglomeratartikel umzufassen.

[1913] MünchKommBGB/*Huber*.
[1914] *Honsell*, 1001; *Brunner Art 74 Rn 27*.
[1915] *Piltz* bejaht, 410; *Schroeter* verneint, 244.
[1916] *Schroeter*, 24f; *Piltz*, 411f.

Weitere ersatzfähige Schäden betreffen die Aufwendungen für die Untersuchung der Ware, die Minderwerte der vertragswidrigen Ware, durch eine Vertragswidrigkeit ausgelöste erhöhte Wartungs- oder – möglicherweise auch vergebliche – Reparaturkosten sowie Haftungsschäden, zusätzlicher Aufwand wegen verspäteter Lieferung, Nutzungsausfall oder sonstige Produktionsbeeinträchtigungen wegen verspäteter oder vertragswidriger Lieferung, Verlust von Abschreibungsmöglichkeiten, Aufwendungen zur Schadensfeststellung.

1.2 Schadensermittlung bei Aufhebung des Vertrages

Das UN-Kaufrecht statuiert im Falle der Aufhebung des Vertrages eine konkrete und abstrakte Schadensberechnung Art 75 CISG). Hingegen normiert das OHADA-Kaufrecht nur konkrete Schadensberechnung nach Maßgabe eines Deckungsgeschäftes(Art 292 AU.DCG). Anders als im UN-Kaufrecht kommt darauf nicht an, ob es in angemessener Weise und innerhalb eines angemessenen Zeitraums erfolgt ist. Nach der Literatur wird ein wirtschaftlich unsinniger oder aus Spekulationsgründen stark verzögerter Deckung(verkauf regelmäßig nicht zu Lasten des ersatzpflichtigen Teils gehen[1917]. Die Schadensminderungsobliegenheiten aus Art 293 Abs 1 AU.DCG und aus den relevanten Handelsbräuchen (Art 239 Abs 2 AU.DCG) können zur Anspruchsgrenze führen. Die Schadensberechnung anhand der Marktpreisregel ist im OHADA-Handelskaufrecht unbekannt.

2 Voraussetzungen zum Ersatzanspruch

Insbesondere kommen dem Schaden des Vertragspartners, der Vertragsverletzung sowie dem Kausalitätsprinzip zwischen Vertragsverletzung und Schaden Bedeutung zu, ebenso der Schadenszurechung.

2.1 Schaden des Vertragspartners

Wie bereits oben angeführt ist grundsätzlich der Schaden der Vertragspartner zu ersetzen. Den Art 74 UN-Kaufrecht und Konglomeratartikel des AU.DCG des Achten Buches lässt sich entnehmen. Allerdings schuldet der vertragsverletzende Partner auch den Ersatz des Drittschadens im Rahmen ZB eines Leasinggeschäfts oder bei einem indirekten Stellvertreter, Einkaufs- oder Verkäuferskommisionär, wenn der Vertrag ausdrücklich oder stillschweigend auch zu Gunsten des Dritten abgeschlossen

[1917] So *Hagge,* 146.

worden war. Bei dieser Konstellation kommt der Schadenersatz zugunsten der verdeckten indirekten Stellvertretung nicht in Betracht, wenn das Handeln im Interesse eines Dritten nicht erkannt werden konnte. Die Möglichkeit einer Drittschadensliquidation wird in der Literatur im Fall der Einbeziehung des Drittinteresses befürwortet[1918]. Zusätzlich zum Schaden des Vertragspartners ist auch das Haftungsinteresse bzw der Haftungsschaden des Gläubigers gegenüber einem Dritten aus der Nichterfüllung von Vertragspflichten ersatzfähig[1919].

2.2 Vertragsverletzung

Weiter wird für die Schadensberechnung nach dem Grundsatz der Totalreparation eine Vertragsverletzung vorausgesetzt. In beiden Fällen (Art 74 oder Konglomeratartikel des AU.DCG) erfolgt die Schadensberechnung hinsichtlich des infolge der Vertragsverletzung entstandenen Verlusts einschließlich entgangenen Gewinns gleichermaßen. Die Geltendmachung von Schadenersatz mit anderen Rechtsbehelfen (wie Nacherfüllung und Ersatzlieferung oder Ersatzerfüllung, oder Setzen einer Nachfrist zugunsten des Käufers) ist nach beiden Regelwerken vereinbar. Ob es sich bei der Vertragsverletzung um eine wesentliche handelt oder nicht macht keinen Unterschied. Dabei umfasst die Pflichtverletzung vorbehaltlich des Entlastungsbeweises[1920] ggf Nebenpflichtverletzungen, Verletzung der Erhaltungspflicht sowie Pflichtverletzung bei Rückabwicklung nach Vertragsaufhebung.

2.3 Kausalitätsprinzip

Außerdem muss vorbehaltlich anderer Absprachen, Gebräuche oder Gepflogenheiten auch ein Kausalzusammenhang zwischen Vertragsverletzung und Schaden gegeben sein. Diese conditio-sine-qua-non-Regel ergibt sich aus den Inhalten der beiden genannten Artikel (74 Satz 1 und Konglomeratartikel des AU.DCG) aber ohne juristische Kausalbewertung. Demnach muss die Ursache des eingetretenen Schadens einschließlich entgangenen Gewinns eine Vertragsverletzung einer Partei sein. Bei der Unterlassung ist der Kausalzusammenhang nach *Staudinger/Magnus* ausreichend, wenn der Schaden mit hoher Wahrscheinlichkeit vermieden worden wäre. Dagegen verlangt *MünchKommHGB/Magnus* eine der Sicherheit nahekommende

[1918] *Honsell*, 1003; *Brunner, Art 74 Rn 4; Schlechtriem/Schwenzer, Art 74 Rn 16*
[1919] Vgl Tri,26.6.2003, tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry, , Erw.13 und 3.6, CISG-online Nr 1133; Siehe *Honsell*, 1003.
[1920] *Honsell,* 1007, *Art 79 Abs 1 und 2.; Art 267AU:DCG.*

Wahrscheinlichkeit. Weniger streng geht eine Ansicht davon aus, dass die Kausalität bei Unterlassung besteht, wenn nachgewiesen wird, dass der Schaden im konkreten Fall vermieden worden wäre. Dabei kommt die Adäquanztheorie nicht in Betracht. Sodass die Länge der Kausalkette und bloß mittelbarer Schaden ersatzfähig ist[1921].

2.4 Schadenszurechnung

Vorbehaltlich rechtfertigender Gegebenheiten wie Absprachen, Gebräuche oder Gepflogenheiten der Parteien statuiert das CISG- Regelwerk die Voraussehbarkeit des Schadens als Haftungsgrenze(Art 74 S 2). Derartige Haftungsgrenze wurde im Achten Buch normiert. In der Mehrheit der OHADA-Mitgliedstaaten wird weiterhin der Haftungsgrenze aber nur bei leichter Fahrlässigkeit berücksichtigt(1150 Code civil), aber nicht die normierende (die sog. contemplation rule) Voraussehbarkeit des Schadens. Nach Art 11 49 Code Civ haftet der Schuldner bei vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Vertragsverletzung unbeschränkt. Nach hA ergab sich die Voraussehbarkeit aus alten Art 264 iVm 267 AU.DCG (Schadenersatzanspruch und Befreiungsgründe)[1922]. Der Ansicht ist Hinblick auf Artt 294 iVm 281 Abs 4 des Achten Buches zuzustimmen. Ansonsten lässt der OHADA-Gesetzgeber Raum für die Koppelung der Vorhersehbarkeit an Maßstäbe des Verschuldens und zu Lasten des verschuldensunabhängigen Haftungsgrundsatzes. Daher ist die Ersatzpflicht der vertragsbrüchigen Partei nicht auf den voraussehbaren Schaden eingeschränkt, aber insoweit und nach dem Verhältnis Schadenersatzanspruch und Befreiungsgründe.

Nach Art 74 2 CISG kommt die Haftung hingegen nur auf den Schaden, den sie bei Vertragsabschluss als Folge der Vertragsverletzung voraussehen musste[1923]. Sodass die zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht vorhergesehenen und auch nicht absehbaren Schadenskonsequenzen nicht ersetzt verlangt werden. Auf die Vorhersehbarkeit der Vertragsverletzung oder den genauen Schadensbetrag sowie die Vermeidbarkeit der Nichterfüllung einer Pflicht kommt es nicht an. Vielmehr ist die Voraussehbarkeit der Möglichkeit des Schadenseintritts als Folge einer Vertragsverletzung maßgeblich. Der Schädiger hat bei Vertragsabschluss erkannt bzw

---

[1921] *Honsell*, 1008.
[1922] *Santos/Toé*, 418.
[1923] *Honsell*, 1008, sodass der erst später erkennbare Schaden außer Betracht bleibt (*Staudinger/Magnus*, Art 74. Die ex-ante-Prognose zur Beschränkung der Schadenersatzpflicht ist kein Ausweis einer originellen typischen Regelung der beiden Regelwerke. Vergleich mit deutschem, schweizerischem und französischen Recht).

hätte erkennen können, dass die jetzt erfolgte Pflichtverletzung einen Schaden von der Art und in etwa in dem Umfang des eingetretenen Verlustes zur Folge haben konnte[1924]. Daher wird der Schädiger mangels Vorhersehbarkeit entlastet. Für dessen Entlastung trifft ihn grundsätzlich die Darlegungs- und Beweislast.

Die Begrenzung der Schadenersatzpflicht im Ausmaß der Voraussehbarkeit ist in manchen nationalen Rechtsordnungen (wie ZB dem österreichischen Recht) in dieser Form unbekannt[1925]. Da zum Schadenersatz die Voraussetzung der Adäquanz (Vorhersehbarkeit) erforderlich ist, kann man auch im Vergleich zum Rechtswidrigkeitszusammenhang in vielen Fällen in funktioneller Hinsicht zum gleichen Ergebnis kommen[1926]. Beim Begrenzungskriterium der Voraussehbarkeit des Schadens kommen sowohl die objektive als auch die subjektive Einschätzung des Risikos in Betracht. Sodass einerseits unerheblich ist, ob der konkrete Schuldner selbst das mögliche Schadenrisiko einschätzen konnte oder nicht. Andererseits erübrigt sich zu prüfen, ob die vertragsbrüchige Partei im konkreten Fall in Wirklichkeit die Folge der Vertragsverletzung erkannt hat; auch wenn es sich um ein außergewöhnliches Risiko handelt[1927]. In der Literatur wurden besondere Haftungsrisiken beleuchtet. Diese Erweiterung der Haftung des Schuldners ist möglich, wenn der Gläubiger den Schuldner vor Vertragsabschluss ausdrücklich ZB auf den Verwendungszweck der Kaufsache hinweist[1928]. In Summe sind die aufgrund der Voraussehbarkeit unmittelbar aus Nichterfüllung vertraglicher Pflichten entstandene Schäden zu ersetzen. Es handelt sich etwa um die Kosten für Untersuchung vertraglicher Ware, um Reparatur- oder Rücktransportkosten, Kosten für die Erhaltung der Ware, auch Transportkosten für die Bereitstellung der Ware, um einen etwaigen Preisfall bei Nichtabnahme der Ware und auch um marktübliche Kreditkosten, die bei Nichtzahlung des Kaufpreises durch Zinsanspruch nicht gedeckt sind, Begleitschäden wie Schadenminderungskosten und Rechtsverfolgungskosten (Mahnspesen, Kosten für außerprozessuale Bemühungen von Anwälten im Weg der Rechtswahrung[1929]. Diese Kosten müssen allerdings angemessen sein.

[1924] *Santos/Toé,* 413.
[1925] *Kozio/Welser*, 176.
[1926] *Posch*, 208 ; *Kozio/Welser*, 176.
[1927] *Honsell/Enderlein/Mankowki* , *Honsell*, 1010.
[1928] US. District Court, Southern District of New York, Ew. C.2. (2) ii.C23.8.2006, CISG-online Rn.127.
[1929] LG Colburg 12.12.2006, Ew. 4, CISG-online Rn 1532

Der Ersatz von Prozesskosten erfolgt dagegen grundsätzlich nach dem maßgebenden Verfahrensrecht.

Fraglich ist, ob Kosten eines ausländischen Inkassobüros ersetzt werden können. Das[1930] äußert sich diesbezüglich zurückhaltend, weil Inkassobüros und Anwaltsbüro Schadensminderungsobliegenheiten nicht ersetzen müssen.

Mangelfolgeschäden sind voraussehbar. Im Einzelfall sind Mangelfolgeschäden nicht ersatzfähig, wenn der Käufer der Verwendungszweck der Ware nicht erkennbar war und ganz ungewöhnlicher Kausalverlauf vorliegt. Nach hL ist der Minderwert vertragswidriger Ware als Schaden geltend zu machen oder im Weg der Minderung zu kompensieren (auszugleichen)[1931].

Es ist in Erinnerung zu rufen, dass der Schuldner für das nicht vertragsgemäße Verhalten in Wirklichkeit befreit wird, wenn er beweist, dass die Nichterfüllung auf einem außerhalb seines Einflussbereiches liegenden Grund wie etwa unvorhersehbare Naturkatastrophen, Kriege, Ausfuhr- und Devisentransferverbote, Embargos, Streik in der Fabrik beruht, den er bei Vertragsabschluss vernünftigerweise nicht in Betracht ziehen und auch nicht vermeiden oder überwinden konnte; oder (lediglich in der OHADA) wenn der Vertragsbruch auf Einwirkung eines Dritten (ein Erfüllungsgehilfe kommt nicht in Betracht) oder höherer Gewalt *(force majeure)* gemäß Art 267(jetzt Art 294) AU.DCG beruht[1932]. Demzufolge wurde insbesondere in der OHADA die Erweiterung des traditionellen Begriffes der Haftungsgrenze im Handelsrecht verankert[1933]. Denn der Vertragsbruch auf Einwirkung eines Dritten ist dem höherer Gewalt *(force majeure)* gleichgestellt. Der Ausgangspunkt „Entwicklung dieses Voraussehbarkeitsbegriffes als Begrenzungskriterium zum Ersatzanspruch“ geht auf den Common Law (nach Begriffen wie „contemplation rule“ „foreseeability test“ „improbability test“), das französisches Recht (1150code civ) und auf italienisches Recht (Art 1225) zurück. Dabei ist bei der Auslegung eine Differenzierung vorzunehmen[1934] . Im Schrifttum kommt die nicht Voraussehbarkeit in Betracht, wenn nach Produktionseinstellung der Kaufgegenstand für sich genommen von geringer

[1930] OLG Köln 3.4. 2006, Ew. CISG-online Nr 1218
[1931] *Honsell*, 1013.
[1932] Dazu *Haberl,* 40 f; *Santos/Toé* , S 419; *Schroeter*, cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/schroeter.html
[1933] *Santos/Toé*, 418 zum Fünften Buch; Art 1150 frz.C.civ.
[1934] *Honsell,* 1009.

Bedeutung ist[1935]. Gleiches gilt, wenn eine bei Vertragsschluss außergewöhnliche Verwendung der Ware nicht bekannt gegeben wird[1936].

Wenn der Geschäftsherr zur Vertragserfüllung einen „Dritten" bedient, haftet er für den durch seinen Gehilfen verursachten Schaden[1937]. Es sei denn, dass die Entlastungsvoraussetzungen betreffend sowohl den Geschäftsherrn als auch den Gehilfen selbst vorliegen. Es ist im ABGB nicht anders vorgesehen[1938]. Die Befreiung gilt für die Zeit, während der Hinderungsgrund besteht. Ein vorübergehendes Leistungshindernis führt lediglich zur vorübergehenden Befreiung[1939].

Beide Regelkörper harmonieren im Wesentlichen nicht hinsichtlich der Schadenberechnung und Schadensbegleichung, aber jedoch, wenn es um Schadensminderung geht.

2.5 Schadensberechnung und Schadensbegleichung sowie Schadensminderung

Da sich die Haftung nach den Regelwerken als eine Art von „Garantiehaftung" darstellt soll der Schadenersatzanspruch geltend gemacht werden, ohne dass eine Schädigung als anfängliche oder nachträgliche Störung der Leistungsabwicklung begründet wird. Es kommt nicht darauf an, ob die Pflichtverletzung wesentlich ist. [1940] Anderes galt bei Schadensminderung im Fünften Buch, wo die Schadensminderungsobliegenheit auf die Fälle begrenzte, in denen sich die Partei gemäß alten Art 266 AU.DCG auf eine wesentliche Vertragsverletzung *(manquement essentiel)* beruhte. Nun sieht Art 293 des Achten Buches derartige Wesentlichkeit der Verletzung nicht mehr vor. In der Literatur und Rechtsprechung soll der Ersatzanspruch allein aufgrund des objektiven Vorliegens einer Vertragsverletzung (ZB Leistung von Ware mit Mängeln, Nichtleistung, verspätete Leistung, Verletzung von Nebenpflichten usw.) begründet werden, ohne dass es auf ein Verschulden der nicht ordnungsgemäß leistenden Partei ankommt. Hier wurde das anglo-amerikanische Vertragshaftungsrecht verankert. Dieser Grundsatz stammt ursprünglich aus dem 19. Jahrhundert aus dem französischen Zivilgesetzbuch und soll dort entlehnt worden sein. Dem österreichischen Haftungsrecht sowie auch dem deutschen Recht BGB/HBG ist diese

[1935] *Honnold*, Rn 406; Siehe *Honsell*, 1009.
[1936] *Loewe,* Art 74 Anm.2
[1937] Art 79 Abs 2 UN-Kaufrecht, alter Art 268 AU.DCG.
[1938] *Koziol/Welser*, 175 ; *Posch*, 208, Art 79 Abs 1; *Haberl*, 41.
[1939] *Haberl,* 40.
[1940] *Schroeter*, cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/schroeter.html (2.1.2011).

Vorhersehbarkeit verschuldensunabhängiger Haftung an sich fremd. Im Vergleich zu kontinentaleuropäischen Systemen ist die verschuldensunabhängige Schadenersatzhaftung des Verkäufers für den Käufer namentlich vorteilhaft, indem gegen diesen als Händler kein Verschuldensvorwurf wegen Mängel der Ware geltend gemacht werden kann, wenn der Käufer vom diesem erworben hat, aber nicht von dem Hersteller, sonst haftet der Letztere doch[1941]. Der Schadenersatzanspruch kann (ausgenommen auf die Höhe des Schadens) wie ZB bei dem Aufhebungsrecht auch nicht eingeschränkt werden, wenn wegen der Pflichtverletzung andere Rechtsbehelfe ausgeübt werden (Art 61 Abs 2 UN-Kaufrecht). Der konkrete erwachsene Schaden infolge der Verletzung der vertraglichen Pflicht soll dem Ersatzberechtigten vollständig ausgeglichen werden. Der Grundsatz der Totalreparation bei Vertragsaufhebung kann in Anspruch genommen werden[1942] oder konkrete Schadensberechnung kann nach Maßgabe eines Deckungsgeschäftes Art 75 UN-Kaufrecht bzw abstrakte Schadensberechnung nach der Marktpreisregel Art 76 CISG erfolgen. Nur die erstgenannte wird in die OHADA übernommen (Art 265 (jetzt 292)AU.DCG). Vorbehaltlich anderer Absprachen, Gebräuche oder Gepflogenheiten ist der Schuldner dem Gläubiger zum Geldleistungsersatz verpflichtet.

2.5.1 Schadensberechnung nach dem Grundsatz der Totalreparation

Zur Schadenszurechnung nach diesem Prinzip kommen ausschließlich die Verluste durch Schaden infolge der Vertragsverletzung in Betracht, welcher vorhergesehen ist oder vorhersehbar war[1943]. Wie bereits angefügt reicht insgesamt die Schadenersatzpflicht nach dem AU.DCG damit weiter als nach dem UN-Kaufrecht, da es an Grenzen für den Inhalt der Schadenersatzpflicht praktisch fehlt[1944].

Vorbehaltlich anderer Absprachen, Gebräuche oder Gepflogenheiten sind grundsätzlich dem Schädiger die ihm zurechenbaren Schäden zu ersetzen. Ungeachtet der durch die anderen Rechtsbehelfe erlangten Kompensation. Diese bleiben fortbestehen[1945]. Damit das Integritätsinteresse (Erfüllungs- und

[1941] Dazu *Posch*, 207; *Haberl*, 39.
[1942] Anders als ZB nach schweizerischem Schuldnerverzugsrecht, das nur das Recht auf den Ersatz der negativen Vertragsinteresse anerkennt. Der Anspruch auf das Erfüllungsinteresse (alle Nachteile wie Vertrauensinteresse und entgangener Gewinn bestehen nicht, so *Honsell,* 1022.
[1943] *Santos/Toé*, 412; *Hagge*, 144f.
[1944] *Schroeter*, Recht in Afrika 2001, 163(174); *Hagge*, 147 (682).
[1945] *Piltz*, 403.

Vertrauensinteresse) geschützt wird, sollen dem Gläubiger vollständig alle infolge der Verletzung der vertraglichen Pflicht konkret erwachsenen Nachteile ausgeglichen werden[1946]. Diese Vorgehensweise ist im OHADA-Recht nicht fremd. Da in beiden Regelwerken keine Pönale oder präventive Zwecke im Vordergrund stehen, zielt die Totalreparation darauf ab, den Geschädigten in die gleiche wirtschaftliche Situation zu bringen, in der er bei ordnungsgemäßer Durchführung des Vertrages, dh ohne die Vertragsverletzung, stehen würde. Folglich sollen die dem Geschädigten infolge des Schadensereignisses entstehenden Vorteile sowie ersparte Aufwendungen zugunsten des ersatzverpflichteten Schuldners angerechnet werden, soweit sie nicht Produkt eigener, über die dem Gläubiger ZB nach Art 77 obliegende Schadensminderungsobliegenheit hinausgehende, Leistungen des Ersatzberechtigten sind[1947].

Nach der referierten Theorie von Common Law „mitigation of damages“ [1948]sind in der OHADA auch im UN-Kaufrecht bei der Schadensfeststellung alle Nachteile, aber auch alle Vorteile anzusetzen, die einen Vermögenswert haben, mithin in Geld bemessen werden können […] Immaterielle Werte finden nur insoweit Berücksichtigung, als sie sich – wie etwa der Good Will eines Unternehmens - in einer Entwertung des Unternehmens und damit wirtschaftlich erfassbar niederschlagen. Danach besteht der Schaden in der Differenz zwischen der Summe aller Vermögenswerte nach hypothetischer Vermögenslage auf der einen Seite und der Summe aller Vermögenswerte nach der infolge der Vertragsverletzung tatsächlich geschaffenen Situation auf der anderen Seite. Außerdem soll der Schaden eigentlich nach Lage des Falles unter Beachtung der individuellen Umstände festgestellt werden.

Zusammenfassend schließt der gesamte Schaden den entgangenen Gewinn mit ein. Typischerweise gehört bei dem Käufer neben dem entgangenen Gewinn der bloße Verlust einer möglichen Chance nicht zu einem Gewinn - „lost volumes“ hingegen sind grundsätzlich ersatzfähig. Ob auch Kosten der Rechtsverfolgung, Einschaltung von Inkassobüros, von Rechtsanwälten, Gerichten und Schiedsgerichten mit einzubeziehen sind, ist umstritten[1949].

[1946] *Fénéon/Gomez*, 147
[1947] *Piltz,* 403 ff.
[1948] *Fénéon/Gomez*, 147.
[1949] *Schroeter*, § 385; *Piltz*, 410f.

Aufgrund der autonomen Auslegung des Übereinkommens kann keine Prozesskostenerstattung nach nationalem Recht verfahrensrechtlich qualifiziert werden, somit kann die obsiegende Partei eine Kostenerstattung lediglich aufgrund besonderer prozessrechtlicher Bestimmungen und im Zusammenhang mit einer Vertragsverletzung beanspruchen.[1950]. Dazu zählen Aufwendungen für die Untersuchung der Ware, Minderwerte der vertragswidrigen Ware, durch eine Vertragswidrigkeit ausgelöste erhöhte Wartungs- oder – möglicherweise auch vergebliche – Reparaturkosten sowie Haftungsschäden, zusätzlicher Aufwand wegen verspäteter Lieferung, Nutzungsausfall oder sonstige Produktionsbeeinträchtigungen wegen verspäteter oder vertragswidriger Lieferung, Verlust von Abschreibungsmöglichkeiten, Aufwendungen zur Schadensfeststellung, Schadensabwehr bzw Schadensreduzierung sowie Beeinträchtigungen des Good Will[1951]. Bei dem Verkäufer sind geltend zu machen der entgangene Gewinn, die Kosten der Rechtsverfolgung?, besondere Zinskosten, Kurs- bzw Kaufkraftverluste sowie sonstige Schäden infolge der Vorenthaltung der Zahlung wie etwa an den Staat, in dem der Verkäufer seinen Geschäftssitz hat, zu entrichtende Zahlungen wegen nicht innerhalb der dafür vorgesehenen Fristen eingeführter, als Gegenleistung für den Export vorgesehener ausländischer Währung, die Lagerkosten infolge der ausbleibenden oder sonst nicht ordnungsgemäßen Abnahme der Ware, die nutzlosen Aufwendungen im Zusammenhang mit der Vertragsverletzung. Konkrete Schadensberechnung nach Maßgabe eines Deckungsgeschäftes bzw abstrakte Schadensberechnung nach der Marktpreisregel

Abgesehen vom Grundsatz der Totalreparation kann die Schadensberechnung nach Berufung auf ein Deckungsgeschäft oder auf den Marktpreis vorgenommen werden. Dafür wird jedoch eine wirksame Vertragsaufhebung vorausgesetzt. Das Wahlrecht, den Schaden nach dem Grundsatz der Totalreparation zu berechnen, entfällt jedoch, wenn ein Deckungsgeschäft getätigt wird.

2.5.2 Konkrete Schadensberechnung nach Maßgabe eines Deckungsgeschäftes

Ein Deckungsgeschäft liegt vor, wenn eine Transaktion in Betracht kommt, die in engem zeitlichen Zusammenhang mit der Aufhebung des ursprünglichen Vertrages als Ersatz für diesen steht und diesem im Wesentlichen vergleichbar ist. Beim

[1950] *Piltz*, 411 f.
[1951] *Piltz,* 412.

Deckungskauf bzw -Verkauf muss der Käufer nach Vertragsaufhebung die Waren als Ersatz von einem Dritten gekauft haben (aber aufgrund einer Gesamtwürdigung der Umstände des konkreten Falles kann dieser gleichzeitig insbesondere im UN-Kaufrecht mit dem Absenden der Vertragsaufhebungserklärung oder nach gewissem Zeitraum erfolgen. Jedenfalls ist eine Preisspekulation beim Zuwarten verboten) und der Verkäufer diesbezüglich die Waren an einen Dritten verkauft haben[1952].

Der Verkauf von verderblichen Lebensmitteln zum Zweck der Entsorgung begründet kein Deckungsgeschäft. Eine Schadenberechnung nach Totalreparation oder der Marktpreisregel lediglich im UN-Kaufrecht (Art 75 m.E Wahlmöglichkeit nach Maßgabe eines Deckungsgeschäftes; Art 265(jetzt 293) AU.DCG) kann nicht verschlossen werden. Wenngleich für die Schadensberechnung das Vorliegen des Abschlusses eines Verpflichtungsgeschäfts ausreichend ist, ist die Erfüllung des Kaufvertrages mit einem Dritten förderlich. Denn der Gläubiger trägt im Zweifel der Ernsthaftigkeit der getroffenen Vereinbarung hinsichtlich des Deckungsgeschäfts die Beweislast. Aufgrund der Beweislast wird ebenso dem Gläubiger empfohlen dem Schuldner den beabsichtigten Abschluss des Deckungsgeschäfts vorgängig anzuzeigen, sofern der ersatzberechtigte Gläubiger ständig mit Waren der gleichen Art handelt und die Zuordnung als ersatzweise vorgenommenes Deckungsgeschäft nicht verlässlich möglich ist[1953]. Anders beim Selbsthilfeverkauf nach Art 88 Abs 1 und 2 UN-Kaufrecht bezüglich Anzeigepflicht entsprechend in der OHADA gemäß Art 274 (früher 244) AU.DCG. Zudem versucht die Literatur bei Zuordnungsschwierigkeit insbesondere im UN-Kaufrecht das erste Geschäft des folgenden gleichartigen Geschäfts nach Aufhebungserklärung als Deckungsgeschäft aufzufassen. Dieses kann auch anhand nach nationalem Prozessrecht beherrschender Beweiswürdigung begründet werden. In Betracht kommt eine Schadensermittlung nach dem Grundsatz der Totalreparation (Art 74 unter Beachtung der Schadensminderungsobliegenheit dabei ohne entgangenen Gewinn ist vorstellbar[1954], Schadensminderungsobliegenheit nunmehr ohne wesentliche Vertragsverletzung im Achten Buch) oder lediglich im UN-Kaufrecht die abstrakte Schadensberechnung nach der Marktpreisregel (Art 76).

[1952] Dazu *Honsel*l, 1031; *Piltz*, 405
[1953] Dazu *Piltz*, 405; *Honsell*, 1026f.
[1954] *Honsell*, 10267.

Weiter erfolgt das Deckungsgeschäft, wenn dies in angemessener Weise abgeschlossen wird. Anders als Art 75 UN-Kaufrecht verlangt Art jetzt 274 (früher 265)AU.DCG keine Angemessenheit des Deckungsgeschäftes. Sodass die folgende Auseinandersetzung zur Angemessenheit des Deckungsgeschäft im Wesentlichen das UN-Kaufrecht betrifft. Dennoch können die Schadensminderungsobliegenheiten aus Art 266(jetzt 293) AU.DCG und aus den relevanten Handelsbräuchen (Art 207 Abs 2 (jetzt 239)AU.DCG) zur Anspruchsgrenze führen. Daher wird in der Literatur ein wirtschaftlich unsinniger oder aus Spekulationsgründen stark verzögerter Deckung(verkauf regelmäßig nicht zu Lasten des ersatzpflichtigen Teils gehen[1955]. Eine Verpflichtung zur Durchführung eines Deckungsgeschäfts kann sich ergeben[1956].

Der Preis ist angemessen, wenn ein möglichst günstiges Deckungsgeschäft abgeschlossen wird (zum üblichen bzw günstigen Ein- bzw Verkaufspreis[1957]. Aufgrund der geschäftlichen Erfahrungen der Ersatzberechtigten kann die Preisgestaltung an verschiedenen Orten erfolgen (Wahl im Inland und Ausland ausreichend). Allerdings führt ein nicht in angemessener Weise abgeschlossenes Deckungsgeschäft zur Herabsetzung des Schadenersatzes, wenn die Verletzung der Sorgfaltsobliegenheit im Raum steht. Das mögliche günstige Geschäft ist nach Perspektiven eines vernünftigen Dritten zu beurteilen. Nämlich in einer Art und Weise und zu Bedingungen, die sich im Rahmen der kaufmännischen Übung (in der betreffenden Branche) halten[1958]. Das Deckungsgeschäft muss zu den gleichen oder Jedenfalls vergleichbaren Bedingungen wie der aufgehobene Vertrag abgeschlossen werden[1959]. „Der Verkäufer kann beispielsweise aber ausnahmsweise auch die Differenz zwischen dem Preis eines Deckungskaufs bezüglich der qualitativ besseren, teureren Ware und dem Vertragspreis ersetzen, wenn der Käufer Waren gleicher Qualität nicht erhalten kann“[1960]. Dabei müssen eingehende Untersuchungen zum Abschluss eines günstigen Geschäfts nicht erforderlich sein[1961] . Sodass ein Deckungskauf über bzw ein Deckungsverkauf unter dem Marktpreis noch angemessenen sein darf. Bei der

[1955] So *Hagge*, 146.
[1956] Zur Schadensminrungspflicht, Dazu *Hagge*, 146.
[1957] OLG Düsseldorf, Eew. I vom 14.1.1994, CISG-online Nr 119.
[1958] OLG Hamburg,ERW I 2 vom 28.2.1997 CISG-online Nr 261.
[1959] *Piltz*, 405.
[1960] *Honsell*, 1030.
[1961] ICC-Schiedsspruch Nr 8128/1995.

Beurteilung ist eine Gesamtbetrachtung maßgeblich[1962]. In der Lehre wird vertreten, dass der Gläubiger den „Gewinn“ nicht an die Gegenpartei abführen müsse, wenn das Deckungsgeschäft günstiger sei als der aufgehobene Vertrag. Dabei wird eigentlich mangels eines „Differenzschadens“ keine Schadensberechnung nach Deckungsgeschäft angenommen werden[1963]. Aufgrund der Schadenminderungsobliegenheit kann der Gläubiger demzufolge und im Hinblick auf das erwartete Deckungsgeschäft eine Schadenberechnung ohne Ersatz für entgangenen Gewinn nach Art 74 verlangen (ausgenommen „lost volume“). Der Verkäufer kann „lost volume“ verlangen, wenn er nachweist, dass der Vertrag mit dem Ersatzkäufer auch ohne Aufhebung des Erstvertrages zustande gekommen wäre und dass er in der Lage gewesen wäre, den Vertrag mit dem Ersatzkäufer unabhängig vom aufgelösten Vertrag zu erfüllen, weil er über genügend Vorräte bzw ausreichende Bezugsquellen verfügt hat oder weil seine Produktionskapazität nicht ausgelastet war“[1964]. Da die Schadensminderungsobliegenheit im OHADA-Recht nicht mehr auf die Fälle begrenzt, in denen die Partei sich auf eine wesentliche Vertragsverletzung *(manquement essentiel)* beruft, muss der Gläubiger den Gewinn aus dem günstigeren Ersatzgeschäft – etwa bei der Berechnung eines Verzugsschadens nach Art 74 UN-Kaufrecht oder 264 (jetzt 281 Abs 4) AU.DCG – nicht als Vorteil anrechnen lassen[1965].

Bei Schadensberechnung nach Maßgabe eines Deckungsgeschäftes kommt die Voraussehbakeit in Betracht. Die Angemessenheit des Deckungsgeschäfts aufgrund außergewöhnlicher Preisschwankungen ist zu verneinen. Dabei ist die ersatzberechtigte Partei auf die abstrakte Schadensberechnung nach der Marktpreisregel hinzuweisen. Die Marktpreisregel nach Art 76 wurde nicht in die OHADA übernommen. Sodass der Gläubiger bei diese Konstellation den Schaden nach altem Art 265 bzw neuem 292 AU.DCG (nach Maßgabe eines Deckungsgeschäftes) oder anhand der Totalreparation (wenn der ersatzberechtigte Gläubiger sein Erfüllungsinteresse wegen zB „lost volumes“ geltend machen will) konkret unter Berücksichtigung der Schadensminderungsobliegenheit (Art 266 AU.DCG) ermitteln soll.

[1962] *Honsell*, 1029; *Witz/Salger/Lorenz*, Art 75 Rn 8.
[1963] *Honsell*, 1027; *Enderlein/Schrohbach*, Art 75, Rn 5.
[1964] *Honsell,* 1033.
[1965] Vgl *Honsell*, 1027.

Anzumerken ist, dass der Entlastungsbeweis nach Art 79 und Nicht-Voraussehbarkeit des Schadens den Schuldner befreit. In der Regel liegt die Vorraussehbarkeit nicht vor, aber ausnahmsweise, wenn die Preise nach Vertragsabschluss ganz außergewöhnlich verändert sind[1966]. Entsprechendes sollte im OHADA –Recht gelten, allerdings nach Art 294 (früher)Art 267 AU.DCG).

2.5.4 Abstrakte Schadensberechnung nach der Marktpreisregel

Wie bereits angeführt kennt das OHADA-Recht die besondere Methode der Schadensermittlung nach der Marktpreisregel nicht. Während der Umfang des bei dem Gläubiger eingetretenen Schadens im UN-Kaufrecht anhand der Marktpreisregel abstrakt ermittelt werden kann, (dh der Geschädigte soll seinen Schaden aus der Differenz zwischen dem vertraglich vereinbarten Preis einerseits und dem Marktpreis andererseits berechnen[1967]), kann die geschädigte Vertragspartei in der OHADA vorbehaltlich abweichender Vereinbarungen den Ersatz des Nichterfüllungsschadens im Wesentlichen nach der Höhe des Differenzschadens ausschließlich nach Maßgabe eines Deckungsgeschäftes gemäß Art 292(früher) 265 AU.DCG verlangen. Da bei der Ausübung des Deckungsgeschäfts in der OHADA die Angemessenheit verlangt wird(Art 293 AU.DCG), steht dem Geschädigten die Wahl nicht frei, die Schadenberechnung nach Maßgabe eines Deckungsgeschäftes oder nach Grundsatz der Totalreparation durchzuführen[1968], wenn darüber hinaus Ersatz eines weiteren voraussehbaren Nichterfüllungsschadens nach Art 281 Abs 4(früher 264) AU.DCG begründet wird. Dabei kann der Ersatz für entgangenen Gewinn nicht Doppel liquidiert werden (Schadenposten wie etwa Untersuchungs-, Aufbewahrungs- und Rücksendungskosten, auch Verzugsschäden (zuzüglich Kosten einer vergeblichen Andienung der Ware und etwaige Kursverluste)), genauso wenig wie das Haftungsinteresse. Denkbar ist auch die Schadenberechnung infolge von „Lost-Volume-Geschäften."

Die bloß abstrakte Schadensberechnung nach der Marktpreisregel setzt eine Vertragsaufhebung bei konkreter Schadensberechnung nach Maßgabe eines Deckungsgeschäftes voraus. Eine Ausnahme besteht, wenn man mit Sicherheit davon

---

[1966] *Honsell,* 1033.
[1967] Dzu *Piltz*, 407.
[1968] *Hagge*, 146, ein Anspruch aus dem allgemeinen Grundsatz der Totalrestitution des alten Art 264 AU.DCG wird sich ergeben, in dessen Rahmen sich auch die Berechnungsmethode bewegen muss ein Marktpreis zudem aufgrund Handelsbräuche beachtet werden (Art 207 Abs 2 AU.DCG

ausgeht, dass der Schuldner den Vertrag nicht mehr will oder nicht mehr erfüllen kann[1969] .Diese Berechnung des Schadens soll im Vergleich zu dem Marktpreis erfolgen, den die verkaufte Ware zur Zeit der (vorzeitliche Art 72 UN-Kaufrecht) Vertragsaufhebung (gemäß Art 27 der Zeitpunkt der Absendung) hatte, oder zur Zeit der Übernahme der Ware, wenn der vertragsaufhebende Käufer die Ware übernommen hat oder gemäß *Honnold* zu dem der Verkäufer den Vertrag aufhebt und die Ware zurücknimmt. Die Preisspekulation durch Zuwarten mit der Vertragsaufhebung steht dem Marktpreis zum Übernahmezeitpunkt entgegen. Auch eine Herabsetzung des Schadenersatzes wegen Verletzung der Schadensminderungsobliegenheit nach Art 77 UN-Kaufrecht kann in Betracht kommen[1970].

Da das entscheidende Kriterium für die Anwendbarkeit des Art 76 das Bestehen eines Markpreises ist, kann dieser besonders auf einem Markt oder an einer Börse für Ware gleicher Art unter gleichen Umständen (unter vergleichbaren Vertragsbedingungen wie bspw gleiches Handels- bzw Vertriebsgeschäft) festgestellt werden. Dabei darf der Marktpreis nicht hochgerechnet werden. Der Bezug auf den Preis für bloß vergleichbare Güter ist nicht ausreichend[1971]. Auf die Marktstufe durch Verarbeitungszuschläge kommt es dabei nicht an[1972]. Bei der Feststellung ist der Preis in zeitlicher und örtlicher Hinsicht bedeutend, dh zur Zeit der Übernahme der Ware subsidiär zur Zeit der Vertragsaufhebung oder der Zeit am Ort der Lieferung und subsidiär an einem angemessenen Ersatzort (räumlich am nächstgelegenen Ort)[1973]. Amtliche oder nichtamtliche Preisnotierung ist dienstlich aber nicht erforderlich. Ob eine Preisbildung anhand des Preises für regelmäßige Geschäftsabschlüsse für Ware gleicher Art an einem Handelsplatz begründet werden muss, ist für diese Vorgehensweise nach einer Lehrmeinung nicht maßgeblich. *Honsell* findet diese Vorgehensweise als zu eng bewertet. „Art 76 erlaubt dem Verkäufer die Schadenbemessung durch Vergleich des vereinbarten Kaufpreises mit dem objektiv feststellbaren, niedrigeren Preis, zu dem er zuverlässig seine Ware hätte weiterverkaufen können („Verkäuflichkeitspreis“). Der Käufer erhält Schadenersatz in

[1969] OLG München, 15.9.2004, II. 2.b. CISG-online Nr 1013; Siehe *Honsell,* 1040.
[1970] *Honsell*, 1044 ff. ; *Honnold* Rn 412 *Bianca/Bonell/Knapp*, Art 76 Rn 2.9.4
[1971] *Honsell,* 1042; *Bianca/Bonell/Knapp*, Art 76 Rn 3.1.
[1972] *Piltz*, 407.
[1973] *Honsell,* 1048.

Höhe der Differenz zwischen dem höheren Preis, zu dem Ware gleicher Art zum Verkauf angeboten wird („Käuflichkeitspreis“) und dem vereinbarten Kaufpreis. Nach der Judikatur [ist] der Nachweis, dass in der kritischen Zeit effektiv Verkäufe oder Käufe stattgefunden haben, nicht erforderlich.“[1974], welcher Offerte anderer Marktteilnehmer für die Feststellung eines Marktpreises herbeizog. Denkbar ist, dass die Preisfeststellung gerichtlich durch Einholung eines Gutachtens und unter Beachtung der Umstände wie früherer Geschäftsabschlüsse erfolgt.

Hingegen ein Marktpreis ist zu verneinen, wenn die Preise von besonderen persönlichen Umständen (Preis bei Kunstgegenständen oder Werkverträgen) beim Käufer oder Verkäufer beeinflusst werden oder wesentlich von der Qualität der Ware (ICC International Court of Arbitration Nr 8740/1996, CISG-online Nr 1294) sowie vom Markt (dieser ist zu eng und der Weiterverkäufer nicht vorhersehbar) abhängig sind.

Bei abstrakter Schadensberechnung nach der Marktpreisregel kommt es nicht darauf an, ob der Geschädigte einen konkreten Schaden erlitten hat. Vielmehr ist ausreichend, wenn der Vertrag aufgehoben wird und die verkaufte Ware preisgemäß feststellbar ist (in zeitlicher oder örtlicher Hinsicht ZB Marktpreis am Erfüllungs- bzw Lieferort sowie ein Deckungsgeschäft überhaupt nicht oder jedenfalls nicht wirksam vorgenommen wurde. Ein Deckungsgeschäft ist nicht in angemessener Weise oder innerhalb eines angemessenen Zeitraums nach Vertragsaufhebung abgeschlossen. Sodass eine Wahlmöglichkeit zwischen Deckungsgeschäft und der Marktpreisregel ausgeschlossen ist (Beim Bestehen eines Marktpreises für die Ware führen die beiden Rechnungsarten allerdings kaum zu unterschiedlichen praktischen Ergebnissen[1975]. Anzumerken ist, dass das Deckungsgeschäft vorrangig ist, aber nur im UN-Kaufrecht[1976]. Dieses liegt vor, wenn der beklagte Ersatzpflichtige dem ersatzberechtigten Vertragspartner bei regelmäßig gleichartigen abgeschlossenen Geschäften beweist, dass eines des Geschäfts dem konkreten Deckungsgeschäft zuzuordnen ist. Folglich kann er sich sogar gegen die Anwendung der Art 76 zur Wehr setzen[1977], wenn der durch das Deckungsgeschäft resultierende Differenzschaden geringer ist als der durch Vergleich mit dem Marktpreis errechnete Schaden. Zudem

[1974] Tallim Circuit Court, 19.2.2004, CISG-online Nr826; *Honsell*, 1043; *Piltz,* 407.
[1975] *Honsell*, 1040, 1047.
[1976] *Piltz*, 407; *Hagge*, 147, er sieht lediglich eine fakultative Anwendung des alten Art 265 AU.DCG bei Deckungsgeschäften an.
[1977] OLG Hamm, 22.9.1992, Ew.II. 1., CISG-online Nr 57.

kann gegebenenfalls die Frage der Schadenberechnung bei „Lost-Volume-Geschäften“ gestellt werden, wenn es dem Gläubiger gelingt zu beweisen, Anzeichen wie Einmaligkeit des Kaufs genau dieser Ware durch den geschädigten Käufer oder Übereinstimmung der Ware in Maß, Gewicht oder sonstigen Besonderheiten begründen ein Deckungsgeschäft) dass das Erfüllungsinteresse im Raum steht[1978].

Da es nicht auf den tatsächlichen eingetretenen Schaden ankommt, kann die besondere Methode zur Ermittlung des Schadens nach dem Marktpreis dem Gläubiger folglich den Schadennachweis erleichtern. Es ist irrelevant, ob der Schuldner begründet, „der Gläubiger hätte die Ware ohnehin nicht weiterveräußert oder gar nicht benötigt“, um dadurch unangemessene Vorteile aus dem Umstand der vertraglichen Pflichtverletzung zu ziehen. Somit wird dem ersatzberechtigten Gläubiger ein Mindestschadenersatzanspruch aufgrund der Marktpreisregel nach Art 76 gewährt[1979].

Der Verzicht auf eine Art 76 UN-Kaufrecht entsprechende Norm im OHADA-Recht könnte indes Auswirkungen auf das Verhältnis des abstrakten zur konkreten Schadensberechnung haben. Während im UN-Kaufrecht das tatsächliche Vorliegen eines Deckungsgeschäfts die Anwendung des Art 76 CISG ausschließt, geht Literatur in der OHADA sachgleich lediglich von einer Fakultäten Anwendung des Art 265(jetzt 292) AU.DCG bei Deckungsgeschäften aus[1980].

Anzumerken ist, dass der Entlastungsbeweis nach Art 79 und die Nicht-Voraussehbarkeit des Schadens den Schuldner befreit. In der Regel liegt die Voraussehbarkeit nicht vor, aber ausnahmsweise dann, wenn die Preise nach Vertragsabschluss ganz außergewöhnlich verändert sind.

2.5.5 Schadensminderungsobliegenheiten

Was die angemessenen Maßnahmen zur Verhinderung und Verringerung anbelangt, unterscheidet sich der Art 77 CISG, der die Obliegenheit des Ersatzberechtigten zur Schadensminderung statuiert, nunmehr nicht von der in Art 293 AU.DCG normierten Schadensminderungsobliegenheit. Anders als im Fünften Buch begrenzt die in das Achte Buch wortgleich übernommene Schadensminderungsobliegenheit des UN-Kaufrechts jedoch auf die Fälle, in denen die sich auf eine wesentliche

[1978] *Honsell,* 1041.
[1979] *Honsell*, 1039; *Piltz*, 407.
[1980] *Hagge*, 146 f , Art, 265 AU.DCG.

Vertragsverletzung *(manquement essentiel)(Vgl alten Art* 266 beruft. Erfahrungsgemäß stand eine Auffassung der Einschränkung gemäß altem Art 266 AU.DCG kritisch gegenüber[1981], „da die genannte Pflicht - nach CISG wie nach AU.DCG – sich funktionell auf den Schadenersatz bei Vertragsverletzung bezog und gemäß Art 266 Abs 2 AU.DCG bei ihrer Verletzung einen entsprechenden Anspruch [verkürzte oder] ausschloss, soweit der Schaden hätte vermieden werden könnten. [Darüber hinaus] besitzt ausweislich die bisherige Rechtsprechung zum UN-Kaufrecht erhebliche praktische Bedeutung. Das Kriterium der Wesentlichkeit der Vertragsverletzung war aber für die Entstehung einer Schadenersatzpflicht gemäß Art 264 des Fünften Buches ohne jede Bedeutung; alter Art 266 AU.DCG dürfte daher in der vorliegenden Form für zum Schadenersatz verpflichtete Schuldner kaum von praktischem Nutzen sein“. Nur ist die Rechtslage anders. Danach kommt in Betracht, die Obliegenheit des Ersatzberechtigten den ihm entstandenen so gering wie möglich zu halten, wenn die Aufhebung des Vertrags auf einer erfolglosen Nachfristsetzung beruht. Die markantesten Eigenschaft der OHADA hat zufolge, dass die nachstehende Pflicht nach Treu und Glauben zur angemessenen Schadensminderung insbesondere den Geschädigten praxisgemäß im OHADA-Kaufrecht nicht trifft.

Allein die Obliegenheitsverletzung und ihre Wirkung findet in der Literatur in der OHADA hohen Widerhall[1982]. Die Schadenminderungsobliegenheit kommt auch in der OHADA wie im UN-Kaufrecht ausschließlich für Schadenersatzansprüche in Betracht, nicht aber für Erfüllungsansprüche, Vertragsaufhebung oder Minderung[1983].

Insbesondere im UN-Kaufrecht hat der Gläubiger alle den Umständen nach angemessenen Maßnahmen zur Verhinderung und Verringerung der aus der Vertragsverletzung eintretenden Verluste zu ergreifen, soweit der durch eine Leistungsstörung verursachte Schaden durch eine zumutbare Maßnahme hätte verringert werden können. Die vertragsbrüchige Partei hat die angemessenen Kosten zu tragen, auch wenn die Maßnahmen zur Schadensvermeidung erfolgslos sind. Die genannten Maßnahmen betreffen nicht nur den bereits eingetretenen, sondern auch den drohenden Schaden, etwa den Gewinnentgang[1984]. Die Obliegenheitsverletzung infolge unnötiger Vergrößerung des Schadens führt lediglich zur Anspruchskürzung

[1981] *Schroeter*, cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/schroeter.html (2.1.2011).
[1982] *Ngeubou*, 80 f; *Fénéon*, 148.
[1983] Vgl *Honsell*, 1054.
[1984] *Haberl*, 42 ; *Honsell,* 1055.

oder zu Anspruchsverlust[1985]. Irrelevant ist, ob ein Verschulden des Gläubigen vorliegen muss. Ausreichend ist allein der Verstoß gegen Sorgfaltspflichten durch den ersatzberechtigten Gläubiger[1986]. Die vertragsbrüchige Partei kann dadurch aufgrund der Schadensminderung die Herabsetzung des Schadenersatzes in der Höhe jenes Betrages verringern, um den der Verlust hätte verringert werden sollen[1987]. Dafür ist sie beweislastpflichtig. Die Einwendung zur Schadenminderung ist von Amts wegen zu beachten[1988].

Anzumerken ist, dass es anders als im österreichischen Recht bei Mitverantwortung des Geschädigten nicht zu einer Schadensteilung (Art 1304 ABGB), sondern zu einem Totalverlust des Ersatzes für den vermeidbaren Schaden kommt. Allerdings führt vielfach Art 77 UN-Kaufrecht zu einer Schadensteilung, die dem Quotelungssystem des österreichischen Rechts im Ergebnis regelmäßig gleichkommt[1989]. Dagegen ist die Weiterbenutzung von als schädlich erkannter Ware identisch als Mitverschulden zu werten, wenn die Ware an anderen Rechtsgütern Schaden anrichtet[1990].

Für die Beurteilung der Angemessenheit ist die objektive Sicht einer vernünftigen Person in gleicher Lage maßgeblich, wobei auch Handelsbräuche oder Gepflogenheit berücksichtigt werden. Diese Angemessenheit ist anzunehmen, wenn die Vornahme eines Deckungsgeschäfts als Schadensabwehr in Betracht kommt[1991]. Ebenso werden die rechtzeitige Information über besondere Schadensrisiken sowie die Reparatur geringfügiger Mängel und die Eindämmung von Mangelfolgeschäden als angemessen angesehen. Gleiches gilt, wenn unnötige Aufwendungen und Kosten vermieden werden (etwa Einschaltung eines Inkassobüros nur, wenn es bessere Eintreibungsmöglichkeiten als der Gläubiger hat (LG Frankfurt Riw 1991)). Dagegen kommt der Abschluss einer Betriebsausfallversicherung in Betracht, wenn der Vertragspartner auf besondere Risiken hinweist[1992].

[1985] Ganz Hm. BGH 24.3.1999 IHR, siehe *Honsell*, 1054; *Posch*, 208.
[1986] *Karollus* , 225.
[1987] *Haberl*, 42.
[1988] *Honsell*, 1057; *Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber*, Art 77 Rn 12.; *Staudinger/Magnus*.
[1989] *Haberl,* 42, *Honsell*, 1056 .
[1990] *Honsell*, 1055.
[1991] OLG Braunschweig TranspR-IHR 2004, 4; Handelsgericht St. Gallen 3.12. 2002, IHR 2003, 181, Siehe *Honsell,* 1055.
[1992] *Honsell*, 1056.

2.5.6 Schadensbegleichung

Den Art 74 UN-Kaufrecht; Art 281 Abs 4(früher 264) AU.DCG lässt sich entnehmen, dass der Schadenersatzanspruch in Geld zu begleichen ist. Vorbehaltlich anderer Absprachen, Gebräuche oder Gepflogenheiten ist der Schuldner dem Gläubiger zum Geldleistungsersatz verpflichtet, wenn infolge dessen Vertragsverletzung Verluste entstanden sind und diese ihm zuzurechnen sind. Daher ist die Naturalrestitution ausgeschlossen. Auch der Anspruch auf Befreiung von einer Verbindlichkeit besteht grundsätzlich nicht. Da die beiden Kaufrechte nicht ausdrücklich die näheren Modalitäten der Erfüllung des Anspruchs auf Schadenersatz regeln, ergibt sich aus der Lehre, dass der Schadenersatz in der geltenden Währung am Sitz des Gläubigers zu leisten ist[1993]. Vorbehaltlich anderer Absprachen und Begleitumstände wurde demzufolge der Erfüllungsort für die Schadenersatzverpflichtung nach dem allgemeinen Prinzip des Art 57 Abs 1 lit b UN-Kaufrecht abgeleitet, nämlich der Sitz des ersatzberechtigten Gläubigers[1994].

Wenn man davon ausgeht, dass die Schadenersatzzahlung bereits mit Eintritt des Schadens zur Begleichung fällig ist, muss der Schuldner wegen Ungewissheit des Schadensumfangs und dessen Rechtsbehelfs nicht gleich zahlen[1995]. Es wird dem Gläubiger empfohlen, zunächst in einer schlüssigen Art und Weise den reklamierten Schaden gegenüber dem Schuldner geltend zu machen und auch Zinsen auf den zu zahlenden Schadensbetrag zu verlangen. Da, wie bereits erwähnt, Art 291 Abs 2(früher 263 Abs 2) AU.DCG eine wichtige Abweichung von Art 78 CISG enthält, der den Beginn des Zinslaufes von einer schriftlichen Mahnung abhängig macht, berechnen sich die Zinsen nicht wie im UN-Kaufrecht bereits ab dem Tage des Schadenseintritts, sondern erst ab Vorlage einer schriftlichen Mahnung[1996].

Eine weitere Abweichung vom CISG betrifft die Verjährung. Während die Verjährungsfrist Im Achten Buch gemäß Art 301 Abs 2(früher 274 Abs 1) AU.DCG

[1993] *Santos/Toe*, 417 ff.; *Haberl*, 41.
[1994] *Piltz,* 421.
[1995] *Piltz*, 421.
[1996] Dazu *Hagge*, 143; *Schroeter*, cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/schroeter.html(2.1.2011); Art 263 Abs 2.

zwei Jahre beträgt, gilt im UN-Kaufrecht das nach dem Internationalen Privatrecht jeweils berufene Recht[1997].

Da die Befreiungsgründe bei Unterlassung der Mitteilung hinsichtlich der Verhinderung gemildert werden kann, kann die gehinderte Vertragspartei trotz Befreiung für alle Schäden haften, die aus der Unterlassung der Mitteilung entstanden sind (Art 79 Abs 4 UN-Kaufrecht).Gemeint wird die Hinderung in angemessener Frist anzuzeigen[1998] . Die Befreiungen vom Schadenersatz (Art 79 UN-Kaufrecht) sind unbeschadet anderer Rechtsbehelfe[1999], wie ZB das Aufhebungs- und Minderungsrecht sowie der Anspruch auf den Zinsschaden und die Aufwandsersatzansprüche (Art 85 und 86 UN-Kaufrecht) zu verstehen. Somit wird der kumulative Aspekt des Schadensanspruchs neben anderen Rechtsbehelfen dargestellt[2000]. Nach anderen Absprachen der Parteien ist der Schadenersatzanspruch nach den Kaufrechten verschuldensunabhängig zu gewähren. Anders als im UN-Kaufrecht(Art 79 Abs 5) erstreckt sich im OHADA-Recht(Art 292(früher 265) AU.DCG) der Umfang der Entlastungsmöglichkeit jenseits des Schadensersatzes. Der Schuldner wird bei Anwendung der Artt 294 iVm29(früher 267 iVm 268)AU.DCG von allen Rechtsfolgen freigestellt[2001].

Die Darlegungs- und Beweislast trifft grundsätzlich den Gläubiger, eine „mathematische Präzision“ wird nicht verlangt. Dabei ist eine richterliche Schätzung nicht auszuschließen[2002].

.2.6 Befreiungen

Von vornherein erkennen die beiden Regelwerke die Garantiehaftung[2003]. Daher müssen die Vertragsparteien ihre vertraglichen Pflichten grundsätzlich ohne Rücksicht auf ein Verschulden oder Verhaltensunrecht erfüllen. Allerdings wenn das Regelwerk der OHADA in dieser Hinsicht abschließend betrachtet wird. Jede Vertragsverletzung löst zumindest den Schadenersatz aus. Sie normieren jedoch die Befreiung wegen Unbeherrschbarkeit (Art 79 und 80;Art 294(früher 267) AU.DCG. Die in Art 294 aufgestellten Befreiungen sind in entscheidender Einzelheiten anders als im UN-

[1997] *Piltz,* 421.
[1998] Dzu *Posch*, 208.
[1999] Art 79 Abs 5 CISG.
[2000] *Haberl*, 40; *Posch*, 209.
[2001] Dazu *Hagge* , 150.
[2002] Siehe *Piltz*, 412.
[2003] Dazu *Hagge* , 148.

kaufrecht ausgestaltet. Die Befreiung wegen Gläubiger-Verursachung kommt gleichermaßen in Betracht.

2.6.1 Voraussetzungen der Befreiung im UN-Kaufrecht und in der OHADA

Wenngleich für die Haftung infolge Vertragsverletzung kein Verschulden der vertragsbrüchigen Partei vorausgesetzt wird, entfällt die Schadenersatzpflicht, wenn der vorliegende Hinderungsgrund der Erfüllung außerhalb des subjektiven Einflussbereichs des Schuldners ist, den dieser vernünftigerweise bei Vertragsabschluss nicht in Betracht gezogen hat und welcher auch nicht vermieden oder überwunden werden kann (Art 79 Abs 1).

Dieser Artikel stellt strenge Voraussetzungen für die Entlastung dar, die kumulativ erfüllt sein müssen, dazu zählen ein nicht beherrschbarer und nicht zurechenbarer Hinderungsgrund.

Im OHADA-Recht wurden in Art 267(jetzt 294) AU.DCG lediglich die Befreiungsgründe, die außerhalb der Beherrschungsmöglichkeiten des Pflichtigen liegen, welcher auf Einwirkung eines Dritten oder höherer Gewalt (force majeure) beruht, statuiert[2004].

Von vornherein weicht diese Formulierung ungewisser Weise von dem Begriff des "Force majeure" im Zivilrecht ab[2005] , zumal der Vertragsbruch auf Einwirkung eines Dritten dem höherer Gewalt *(force majeure)* gleichstellt ist. Da ein Tun oder Unterlassen eines Dritten häufig (mit-)ursächlich für eine Nichterfüllung von Pflichten ist, wird ein Befreiungsgrund schon deshalb regelmäßig zu verneinen sein. Mangels Definition höherer Gewalt ist fraglich in der Literatur, ob die nähre Bestimmung dieser Begriffe über Art 237(früher 205) AU.DCG dem „droit commun" überlassen bleiben sollten [2006] oder die Begriffe anhand autonomer Auslegung des OHADA-Rechts erfolgt werden sollten[2007]. Abgesehen von diesem marginalen Unterschied und abweichenden Auffassungen finden über die ausdrückliche Nennung der „force majeure" wie im UN-

[2004] *Schroeter*, Recht in Afrika, 163 ff, die Bestimmung erinnert an Art 1147, 1148 französischer Code Civil und führt damit - systemfremde - Elemente einer Verschuldenshaftung in den AU.DCG ein; Die Begriffe Befreiungsgründe im Falle des Schadenersatz im Kaufvertrag aufgrund Tun und Unterlassen Dritter werden somit erweitert so *Santos/Toé*, 418.
[2005] *Santos/Toé*, 418, siehe Art 1148 C.civ, 129 C.O.CC.
[2006] Dafür *Santos* in OHADA-Kommentar, Anm. zu altem Art 267 AU.DCG .
[2007] Dafür *Hagg*e, 148, denn wie beim CISG sollten zur Wahrung einer einheitlichen Anwendung Begriffsbestimmungen auch hier vorrangig autonom erfolgen.

Kaufrecht Unvorhersehbarkeit und Unvermeidbarkeit Eingang in den Tatbestand des Art 294 AU.DCG[2008].

Aber deutlich Unterschiede zwischen den Regelwerken bestehen hinsichtlich der Tragweite einer erfolgreichen Entlassung der geschädigten Partei. Während sich im UN-Kaufrecht die Haftungsbefreiung grundsätzlich nur auf Schadenersatzansprüche erstreckt, wird demgegenüber der Schuldner bei Anwendung des OHADA-Rechts von allen Rechtsfolgen freigestellt, die eine Vertragsverletzung nach Sicht zieht(wie ZB ein Recht auf Schadensersatz, das Aufhebungs- und Minderungsrecht, die Ansprüche auf den Zinsschaden und Aufwandsersatzansprüche für die Erhaltung der Ware (gemäß Artt 271, 272 entspricht nahe zu Artt 85, 86) Alle soeben genannten Rechtsfolgen aus einer unter Art 79 UN-Kaufrecht fallenden Vertragsverletzung bleiben außer Schadenersatzansprüche lediglich im CISG aufrecht.

Im UN-Kaufrecht ist umstritten, ob Vertragsstrafen bei der Auslegung entlastender Umstände berücksichtigt werden. Eine Ansicht bejaht diese jedoch als Auslegungshilfe[2009]. Unter Haftungsbefreiung fallen wie etwa Rückgewährschuldverhältnis nach Vertragsaufhebung, teilweise Pflichtwidrigkeit, Lieferung vertragswidriger Ware nur aufgrund unvorhersehbarer externer Ursachen, Transportstreiks, Attacke von Terroristen. Umstritten ist jedoch die Ansicht, wieweit befreiende Umstände im Sinne der 79 UN-Kaufrecht auf Erfüllung- und Verbesserungsbegehren einwirken können[2010]. Für Fälle objektiver Unmöglichkeit bzw Unzumutbarkeit der Erfüllung wird der Entfall von Erfüllungs- und Verbesserungsanspruch vertreten, obwohl die Redaktoren des Art 79 UN-Kaufrecht dies offenbar nicht gewollt hatten. Die vertragsbrüchige Partei kann sich durch Befreiung nicht der Klage der Gläubiger auf bereicherungsrechtlicher Grundlage der Herausgabe dessen entziehen, was in ihrem Vermögen an die Stelle der etwa untergegangenen oder beschädigten Sache getreten ist[2011]. In gleicher Lage wäre der Schuldner im OHADA-Recht von allen Rechtsfolgen freizustellen[2012].

[2008] *Hagge*, zum Art 267, 149, der Tatbestand gleicht sich dem des Art 79 CISG insoweit an.
[2009] *Honsell*, 1067f.
[2010] *Posch*, IPR, 209.
[2011] *Posch,* IPR, 209.
[2012] *Hagge*, 150 die Regeln der Art 267, 268 müssen als zwingend betrachtet werden. Die Disposition der Parteien einer Vereinbarung nach Art 6 CISG einzugehen, ist lediglich im UN-Kaufrecht.

Abgesehen davon kommt zudem die Haftung oder die Entlastung des Schuldners in Betracht, wenn er zur Erfüllung seiner Pflichten selbständige Dritte einsetzt(At 294 iVm Art 295 AU.DCG)[2013]. Der Geschäftsherr haftet für den durch seine Gehilfen verursachten Schäden, es sei denn, dass sowohl Geschäftsherr als auch Gehilfe nach den Art 79 Abs 1; Art 294 AU.DCG befreit wären. In der Literatur wird eine Einstandspflicht für diese Dritten anerkannt[2014].

Damit wird dargestellt, dass die beiden Regelwerke – ähnlich wie das ABGB - auch eine Haftung der Partei für „Erfüllungsgehilfen" kennen[2015]. Entsprechendes gilt, wenn sich ein Vertragspartner zur völligen oder teilweisen Vertragserfüllung eines Dritten bedient. Hingegen hat eine Partei grundsätzlich für das Verhalten eines Dritten nicht einzustehen, wenn das Verhalten des Dritten nachweislich einen hohen Gewaltcharakter aufweist. Dh der Dritte erfüllt die Entlastungsvoraussetzung[2016].Insbesondere kommt die Entlastung im CISG zum Zug, wenn der Schuldner selbst die Nichterfüllung weder voraussehen noch vermeiden konnte und wenn der Dritte durch ein unvorhersehbares, unvermeidbares und unbeherrschbares Ereignis an der Erfüllung gehindert war; dies ist nicht der Fall bei Dritten ohne Vertragspflicht gegenüber dem Käufer wie etwa Transporteure, Banken, Versicherungen**.** Ein selbstständiger Erfüllungsgehilfe, ein Kommissionär oder Frächter sowie Subunternehmer sind Dritte, ein Arbeitnehmer oder Angestellte sind jedoch kein Dritter[2017]. Strittig ist, ob auch Lieferanten des Verkäufers als Dritte anzusehen sind. Da der Verkäufer grundsätzlich das Beschaffungsrisiko nach CISG trägt, wird er bei Hindernissen im Zulieferungsbereich nur entlastet, wenn sich die Ware unter zumutbaren Bedingungen nicht mehr beschaffen lässt. Auch Warenmängel, die auf Zulieferer zurückzuführen sind, sind nicht entlastbar[2018]. Zurechenbarer Hinderungsgrund zählt nicht als Befreiungstatbestand.

Zu diesen Hinderungsgründen zählen insbesondere in der Lehre zum OHADA-Recht und Rechtsprechung zum CISG beispielsweise unvorhersehbare Naturkatastrophen (wie Erdbeben, Überflutungen, Stürme) oder staatliche oder politische Ereignisse

[2013] *Santos/Toé*, 419; *Hagge*, 149 f.
[2014] *Honsell*, 1066.
[2015] *Koziol/Welser*, II/12a, 175; *Posch*, IPR, 208.
[2016] *Santos/Toé*, 418.
[2017] *Hagge*, 149; *Haberl,* 41.
[2018] *Honsell*, 1072.

(Kriege, Ausfuhr- und Devisentransferverbote, solange Boykott und Embargos andauern etc) sowie allenfalls unbeeinflussbares Verhalten Dritter (Streik in der Fabrik, wo die Ware produziert werden soll; auch Sabotage; unerwartet kalter Winter, wie ZB die Verschiffung der Ware aus St. Petersburg[2019].

Störungen wie Krankheit, Urlaub oder Tod, die auf innerbetriebliche Vorgänge zurückzuführen sind, bilden hingegen keine Entlastungründe[2020]. Der externe Hinderungsgrund betrifft nicht das Personalrisiko (Erfüllungshindernisse, die auf dem Verhalten der Beschäftigten des Schuldners beruhen, stellen keine Hinderungsgründe dar). Gleiches gilt für das Beschaffungsrisiko - der Ausfall von Zulieferern entlastet den Schuldner nicht, solange die Ware am Markt zumutbar zu beschaffen ist[2021]. Denkbar ist auch, dass das Verwendungsrisiko nicht unter die Entlastungsgründe fällt[2022], insbesondere teilweise unter Berufung auch auf internes deutsches Recht. Eine Entlastung aufgrund wirtschaftlicher Unmöglichkeit besteht, wenn der Schuldner unzumutbare Kosten tragen müsste (ZB Aufwand für den Verkäufer für die Beschaffung im Wert stark gestiegener Ware, Preis für den Käufer für die Bezahlung im Wert stark gesunkener Ware). Dabei stellt eine Verteuerung um 30% keinen Entlastungsgrund dar[2023], auch Verdreifachung des Einkaufpreises der Ware mit stark fluktuierendem Preis begründet keinen Entlastungsnachweis[2024].

Letztlich kann ausnahmsweise ethische Unzumutbarkeit entlasten, wenn der Verkäufer nach Vertragsschluss als sicher feststellt, dass der Käufer die zu liefernde Ware für verbrecherische Zwecke verwendet[2025]. Zu erwähnen ist, dass ein nicht vorübergehendes Leistungshindernis zur endgültigen Befreiung von Schadenersatzpflicht führt. Ein vorübergehendes Leistungshindernis führt zur Befreiung, aber allerdings nur während der Zeit des Hinderungsgrunds[2026].Eine wirksame Aufhebung diesbezüglich aufgrund Leistungsverzugs bleibt bei ihrer Wirkung

[2019] *Honssell*, 1069.
[2020] *Haberl*, 40; *Honsell*, 1069.
[2021] *Honsell*, 1070.
[2022] BGH 27.11.2007, IHR 2008; Siehe *Honsell*, 1070.
[2023] OLG Hamburg 28.2.1997.
[2024]Cour d´appel de Colmar 12.6.2001, CLOUT Nr 480: Ein Käufer wird bei einem langfristigem Kaufvertrag nicht dadurch von seiner Zahlungspflicht entlastet, dass sein Großabnehmer ihn wegen eingebrochenen Marktes auf den halben Preis gedrückt hat; Dazu *Honsell*, 1070.
[2025] *Schlechtrien/Schwenzer/Schwenzer*, Vgl *Honsell*, 1070.
[2026] *Haberl,* 40.

anders als im OHADA-Recht aufrecht. Allerdings kann nicht zusätzlich Verzugsschaden beansprucht werden[2027].

Wenn der Schuldner bei Vertragsschluss vernünftigerweise mit unbeherrschbarem bzw unzurechenbarem Hinderungsgrund rechnen muss. (etwa ein bevorstehender Streik oder ein Boykott wurden angekündigt oder jedes Jahr wiederkehrende Überschwemmungen), führt die fehlende Vorhersehbarkeit nicht zur Befreiung. Entsprechendes gilt bei anfänglicher objektiver Unmöglichkeit der Leistung, soweit der Schuldner die Unmöglichkeit kennen musste oder diese vertraglich als Risiko übernommen wurde[2028].

Neben den bisher genannten Bedingungen ist der Schuldner nicht befreit, wenn er etwa bei einem Zahlungsmoratorium seines Landes noch den Kaufpreis über ein vorhandenes Auslandkonto bezahlt hätte. Die fehlende Vermeidbarkeit liegt vor, wenn trotz unvorhergesehener unbefahrbarer Transportroute der Schuldner die Ware mit zumutbaren Mehrkosten umgeleitet hätte. Anders stellt sich die Situation dar, wenn ZB die Fabrik des Schuldners brennt. Er ist nicht verpflichtet die geschuldete Ware bei anderen Herstellern zu besorgen[2029].

Da bei Unterlassung der Mitteilung (erheblich ist, wenn der Gläubiger den Hinderungsgrund aus der Presse bereits kennt)[2030] zu den Hinderungsgründen die Entlastungsmöglichkeit gemildert wird, kann die gehinderte Vertragspartei trotz Befreiung für alle Schäden haften, die aus der Unterlassung der Mitteilung entstanden sind. Der Entlastungsgrund für Schadenersatz ist im CISG wie bereits angeführt, unbeschadet anderer Rechte wie ZB Aufhebungs- und Minderungsrecht sowie Anspruch auf den Zinsschaden und die Aufwandsersatzansprüche (Art 85 und 86). Umstritten ist jedoch die Ansicht, wieweit befreiende Umstände im Sinne der Art 79 UN-Kaufrecht auf Erfüllungs- und Verbesserungsbegehren einwirken können. Nach *Archilles* erlischt der Erfüllungsanspruch, wenn die Erfüllung auf Dauer objektiv unmöglich ist. Nach anderer Ansicht soll der Entlastungsgrund (Art 79 UN-Kaufrecht) eingreifen und das angerufene Gericht nach seinem Recht entscheiden, ob auf

[2027] *Honsell*, 1073.
[2028] *Honsell*, 1071.
[2029] *Honsell*, 1071.
[2030] *Ferrari* u.a. /S*aenge* Art 79r; Siehe *Honsell*, 1071.

bereicherungsrechtlicher Grundlage oder auf Erfüllung geklagt werden kann[2031]. Eine andere Ansicht wird vertreten, wenn es sich um subjektive Unmöglichkeit handelt. Der Erfüllungsanspruch bleibt aufrecht, soweit der Schuldner für die Erfüllung nicht existenzgefährdende Anstrengungen auf sich nehmen muss[2032]. Anders wäre im OHADA-Recht vorzugehen, da der Schuldner im Hinblick auf Befreiung bei Anwendung des OHADA-Kaufrechts von allen Rechtsfolgen freigestellt ist[2033].

2.6.2 Befreiung wegen Gläubiger-Verursachung

Bei vom Gläubiger verursachter Nichterfüllung kommt die Entlastung nicht nur von Schadenersatz sondern von allen Ansprüchen in bei Regelwerken gleichermaßen in Betracht. Anders ist in Regelkörpern zu werten, wenn der Geschädigte das vom Gläubiger verursachte Erfüllungshindernis aufgrund Treu und Glauben überwinden könnte (etwa bei leicht behebbaren Hindernissen)[2034]. Gleiches gilt im Fall beiderseitiger Verursachung. Eine teilweise Befreiung ist ohne weiteres möglich[2035].

3.Teil Verkäufer oder Käufer im Dilemma der Regelwerke bei der Wahrung der Rechtssicherheit in den Vertragsbeziehungen sowie in der Durchsetzung der Rechte anhand bestehenden Streitverfahrens

Wie bereits erwähnt, ist im Bereich des Schuldrechts die Wahl der maßgeblichen Rechtsordnung grundsätzlich der Parteiendisposition überlassen. Die Parteien können auch den Gerichtsstand oder das Schiedsgericht vereinbaren. Anders als nach CISG stellt sich die Frage der Anwendung des einheitlichen Warenkaufrechts der OHADA durch Rechtswahl nur bei Kaufverträgen, an denen mindestens eine Partei ohne Niederlassung in einem OHADA-Vertragsstaat beteiligt ist, da das Einheitsrecht zwingend anwendbar ist. Vorbehaltlich Rechtswahl und Gerichtsstandsvereinbarung können die Parteien im UN-Kaufrecht oder im OHADA-Recht ihre Rechtsansprüche vor innerstaatlichen Gerichten geltend machen.

[2031] *Posch*, IPR, 209.
[2032] *Honsell,* 1071 f.
[2033] Dazu *Hagge,* 150.
[2034] *Honsell*, 1077 f.
[2035] *Piltz*, 244; *Honsell*, 1079.

Nun stellt sich die Frage, ob und inwiefern angesichts der Koexistenz von AU.DCG und UN-Kaufrecht der Verkäufer oder Käufer die Anwendung einer der Regelwerke beanspruchen kann. Geht einer der Regelkörper dem anderen vor oder entsteht eine Wechselwirkungslage?

Kapitel F Gerichtsbarkeit

I Zur Sicherung der Ansprüche und einheitlichen Anwendung bzw Auslegung des UN-Kaufrechts

Das Fehlen eines Gerichts, das die einheitliche Auslegung sichert, ist häufig als wesentliches Manko des UN-Kaufrechts genannt worden[2036]. Anders ist es in der OHADA. Für einen Sachverhalt, der in den Anwendungsbereich des UN-Kaufrechts fällt, kann aufgrund des Erfüllungsortes (Art 31 Ort der Lieferung oder Art 57 Zahlungsort) der Gerichtsstand bestimmt werden. Wenn sich ZB der Ort der Lieferung in Österreich befindet, können die Rechtsansprüche vor den ordentlichen Gerichten (§ 1 JN) geltend gemacht werden. Soweit die Gerichtsbarkeit nicht durch besondere Gesetze an andere Behörden oder Organe verwiesen sind, können die Parteien nur vor Bezirksgerichten, Landesgerichten, Oberlandesgerichten und dem Obersten Gerichtshof beanspruchen. Für Wien sind das Bezirksgericht für Handelssachen sowie die Handelsgerichte zuständig[2037]. Bei der Gerichtsbarkeit wird hier auch eine Unterscheidung zwischen der Kausalgerichtsbarkeit für Streitigkeiten in Handelssachen und der allgemeinen Gerichtsbarkeit gemacht. Auf die sachliche und örtliche Zuständigkeit[2038] soll Rücksicht genommen werden. Sofern die Parteien keinerlei vertragliche Bestimmung über den Erfüllungs- bzw Leistungsort getroffen haben, ist der Gerichtsstand das Gericht des Ortes der Lieferung (Art 31 UN-Kaufrecht iVm EuGVVO)[2039] - dieser ist aber nicht Art 57 UN-Kaufrecht (Zahlungsort) zu entnehmen. Der Klägergerichtsstand ist regelmäßig auf die Niederlassung des

[2036] Vgl *Bonell* in: *Bianca/Bonell*, Commentary on the International Sales Law, 1987, Art 7 Anm. 3.1.1; *Schütze* in FS *Matsche*r, 1993, 423, 430; Siehe *Schroeter*, cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/schroeter.html (2. 1. 2011).
[2037] *Deixler-Hübner*, 4
[2038] *Gamerith,* Wettbewerbsrecht I, 113.
[2039] *Schroeter,* 592 f.

Verkäufers zu verweisen[2040]. Bei Sitzverlegung ist das Gericht des neuen Sitzes des Gläubigers zuständig. Aufgrund des Art 57 Abs 2 UN-Kaufrecht darf der Schuldner bei Sitzverlegung keine Nachteile erleiden[2041]. Art 31 lit c UN-Kaufrecht regelt die erfüllungsortbestimmenden Sitzverlegungen. Diese sind auf den Ort der Niederlassung „bei Vertragsabschluss" abzustellen, so dass der Gerichtsstand an dem Sitz ist, an dem der Verkäufer bei Vertragsabschluss seine Niederlassung hatte, wenn er die Ware dem Käufer an dem Ort zur Verfügung gestellt hat. Folglich kann das Klägergericht für die einstweilige Verfügung zuständig sein.

II Zur Sicherung der einheitlichen Anwendung und Auslegung der OHADA-Rechts in den Mitgliedstaaten

Im OHADA -. wie UN-Kaufrecht kommt primär den innerstaatlichen Gerichten(erste Instanz-und Berufungsgerichte) für die Geltendmachung von Rechtsansprüchen Bedeutung zu. Allerdings anders als das UN-Kaufrecht hat die OHADA einen supranationalen Obersten Gerichtshof geschaffen. „Dem Gerichtshof, der schon während der Schaffung neuen OHADA-Einheitsrechts durch die Erstattung von Gutachten über den Entwurf des betreffenden AU beteiligt wird, können dabei in Verfahren vor Gerichten der Mitgliedstaaten, die OHADA-Recht betreffen, Fragen über die Auslegung des Einheitsrechts(aufgrund der neuen Fassung des OHADA-Abkommens gem Art 14 al 1 kommt dem Gerichtshof eine Beratungsfunktion hinsichtlich des Schiedsverfahrens zu) vorgelegt werden, vergleichbar dem Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH. Darüber hinaus fungiert er, anders als der EuGH, zusätzlich als letztinstanzliches Kassationsgericht in vor-mitgliedstaatlichen Gerichten anhängigen Verfahren und entscheidet in dieser Funktion über Tatsachen- und Rechtsfragen[Art 14 Abs 5 StaatsV]."[2042]. Zu ihrer Aufgabe gehört auch die Verwaltung des Schiedsverfahrens[2043]. Der genannte Cour Commune de Justice et d´Arbitrage (CCJA) befindet sich in der Hauptstadt der Elfenbeinküste (Abidjan) und kann lediglich tätig werden, wenn er als kassatorischer Gerichtshof angerufen wird und der Streitgegenstand in den Anwendungsbereich des OHADA-Rechts fällt. Daher soll im Vorfeld die Erste Instanz bzw Berufungsinstanz der nationalen Gerichte in

[2040] *Schroeter*, 593; *Gamerith*, 133.
[2041] *Schroeter,* 593.
[2042] *Schroeter*, cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/schroeter.html(2.1. 2011)
[2043] Damit das Recht der Schiedsgerichtsbarkeit im OHADA-Raum gefördert wird. Dazu *Hagge*, 22.

Streitigkeiten zuständig sein[2044]. Das Verfahren vor dem OHADA-Gerichtshof ist der Revision im österreichischen Recht nicht gleichzustellen[2045]. Angenommen, dass die Revision als ordentliches Rechtsmittel gegen ein Berufungsurteil (= Urteil des Berufungsgerichts über eine erhobene Berufung) im OHADA-Recht angesehen wird, so soll sich diese an den Obersten Gerichtshof (CCJA) wenden. Demzufolge soll diese Revision eine aufschiebende Wirkung haben ohne Relevanz, ob es um ordentliche oder außerordentliche Revision geht. Für eine strafrechtliche Rechtssache ist der CCJA nicht zuständig[2046]. Eine der Streitparteien kann bereits in Instanz unmittelbar das CCJA anrufen. Die nationalen Gerichte sind jedoch berechtigt, den OHADA-Gerichtshof (CCJA) um „Vorabentscheidung" zu ersuchen, wenn sie zur Erlassung ihres Urteils eine Entscheidung über die Auslegung des OHADA- Vertrages oder über die Gültigkeit, also über präjudizielle OHADA-Einheitsakte etc. für erforderlich halten[2047].Ob bei Auslegungsfragen (funktionell) letztinstanzliche Gerichte, oder bei Gültigkeitsfragen alle Gerichte vorlagepflichtig sind oder nicht, ist im OHADA-Recht irrelevant[2048]. Klar ist, dass andere kassatorische Verfahren von dem nationalen Obersten Gerichtshof ausgesetzt werden müssen, wenn eine Streitsache dem CCJA anhängig ist[2049](ausgenommen Vollstreckungsverfahren).

Als aktive Legitimationspartei kommt eine Regierung oder der OHADA-Ministerrat in Betracht. Eine Möglichkeit der Einflussnahme seitens einer Prozesspartei ist nicht vorgesehen[2050]. Daher können die genannten Institutionen der Vertragsparteien den obersten Gerichtshof der OHADA anrufen.

Ausgehend von den Verpflichtungen zur Anrufung des CCJA statt des nationalen Obersten Gerichtshofs bei Fragen betreffend die Anwendung der OHADA-Einheitsakte kann diese Stärkung folglich die Abweichung der Souveränität der Vertragsstaaten

---

[2044] Vgl *Pechstein,* 250; *Hagge*, 23.
[2045] *Deixler-Hübner/Klicka*, Zivil verfahren, 157.
[2046] Art 14 Abs 3 und 4 Staats V, auch hier ist das Gericht bereits tätig geworden; für eine Ansicht der Urteile siehe die Rubik „Jurisprudence" bei www.ohada.com. Ebenfalls dort zu finden sind unter den Dateinummern J-02-28bis 30 einiger Urteile nationaler Oberster(Verfassung-)Gerichtshöfe zur Abgrenzung der Zuständigkeit zwischen CCJA und nationalen Kassationsgereichte, ergänzt durch Anmerkungen aus der Literatur, so *Hagge*, 23.
[2047] *Mouloul*, 68f; *lafond*; *Hagge,* 23, auf – freiwillige- Vorlage der staatlichen Gerichte entscheidet aber der CCJA über die Auslegung und Anwendung von Vorschriften des Einheitsrechts, Art 14 Abs 1, 2 S 2 Staats V.
[2048] Vgl *Gamerith*, 116
[2049] *Mouloul,* 67.
[2050] Vgl *Issa-Sayegh/Lohoues-Oble*, Anm. 412; *Hagge*, 23.

zugunsten der OHADA darstellen. Diese Verpflichtung führt konsequenterweise und in positiver Hinsicht zur Vereinheitlichung der Rechtsprechung im OHADA-Raum. Daher wurde diese Zielsetzung zur Rechtsvereinheitlichung bzw die Vereinheitlichung der Judikatur in der Lehre positiv bewertet. Gervais Lafond vertritt die Meinung: „un Droit uniforme appelle une Jurisprudence uniforme“ dh ein einheitliches Recht bedeutet eine einheitliche Rechtsprechung. Sein guter Ruf kommt in der Harmonisierung der Auslegung hinsichtlich der Einheitsakte des OHADA-Staatsvertrages und der Verordnungen gut an, indem das CCJA die Aufgaben hat, das OHADA-Recht auszulegen und darüber hinaus Vorhaben betreffend Einheitsakte zu beraten[2051]. Besonders beim CCJA ist, dass der Verweis eines Falls auf ein anderes Gericht (Erst- bzw Berufungsinstanz) nicht stattfindet, wenn das Urteil kassatorisch verkündet wird. Da der CCJA von seinem Selbstantrittsrecht Gebrauch macht und die Streitigkeit verhandelt, wobei er bis zum Ende der Verhandlung des Streitgegenstands das Urteil selbst verkündet, stellt sich die Frage, ob es dabei um eine dritte Instanz geht (Tatsacheninstanz). Die Lehre geht davon aus[2052], da das CCJA nicht nur erhebliche Rechtsfragen, sondern auch allseitige rechtliche Fragen des OHADA-Rechts überprüft ausgenommen strafrechtliche Entscheidungen. Nach Fällung des CCJA-Urteils wird dieses für die Parteien nach dessen Verkündung rechtskräftig und vollstreckbar. Daher hat das Urteil des CCJA für die Parteien die gleichen Wirkungen wie ein innerstaatliches Urteil der Vertragsstaaten[2053]. Nach dem Urteil kann die Siegerpartei in einem Vertragsstaat einen Exekutionstitel erlangen. Arten außerordentliche Revisionen gegen das verkündete Urteil sind möglich*(Ausgenommen tierce opposition)*[2054].

III Schiedsverfahren

Neben der privaten Schiedsgerichtsbarkeit (eine Alternative zur staatlichen und OHADA-Gerichtsbarkeit) gibt es ein institutionalisiertes Schiedsgericht in der OHADA. Um Schiedsverfahren im OHADA-Raum als bestes Mittel zur Beseitigung des

---

[2051] *Mouloul*, 69 Art 14 al 2 OHADA-Staatsvertrag; *Hagge*, 23, der Erfolg des neuen Rechts hängt auch zu großen Teilen davon ab, wie sorgfältig es auf nationaler Ebene angewendet wird.
[2052] *Mouloul,* 69.
[2053] Dazu *Hagge*, 23f, das rechtskräftige Urteil ist in den Mitgliedstaaten unter den gleichen Voraussetzungen vollstreckbar wie Urteile der nationalen Gerichte, , Art 20 S 1 und 2 Staats V.; Da genaue Verfahren sowohl für die Auslegung als auch für die Kassation ist festgelegt in der Gerichtsverfahrensordnung vom 1.November 1997(Réglement de Procédure de la Cour Commune de justice et d´Arbitrage, RPCCJA: Vgl *Nsie*, Penant Nr.828, 308(317); *Issa-Sayegh*, Unif.L.Rev.1999, Anm. 57 ff. für den Text siehe den OHADA-Kommentar bzw www.ohada.com. Ausführlich, *Ndoye,* so *Hagge.*
[2054] *Mouloul,* 69.

entstandenen Konflikts hinsichtlich der Verträge zu fördern wurde am 11 März 1999 in Ouagadougou (Burkina Faso- in Kraft seit dem 11.Juni 1999) der Einheitsakt zum Schiedsgericht und die Verordnung zum Schiedsgerichtsverfahren beschlossen[2055]. Das institutionalisierte Schiedsgericht der OHADA findet im Cour Commune de Justice et d´Arbitrage (CCJA) – dh gemeinsamer Gerichtshof für die Justiz und Schiedsgerichtsbarkeit statt. Wenn grundsätzlich die Parteien der Vertragsstaaten Schiedsgerichtsvereinbarung der OHADA abschließen, dann bedeutet das, dass das CCJA unter diesem Umstand die Aufgaben des Schiedsgerichts übernimmt. Das CCJA wird demzufolge ein Zentrum des Schiedsgerichts genauso wie die Internationale Handelskammer in Paris[2056]. Allerdings verhandelt der CCJA den Rechtsstreit nicht selbst. Vielmehr bestellt er oder bestätigt einen oder die Schiedsrichter. Zu ihren Aufgaben gehören auch die Wahrnehmung der Schiedsverfahren und die Beurteilung des Schiedsspruchs[2057]. Solange ein Schiedsspruch keine Mängel aufweist (etwa Fehlen eines Schiedsvertrages, Gehörentzug, Vorstoß gegen die ordre public Klausel…) hat der vom Schiedsgericht gefällte Schiedsspruch für die Parteien die gleichen Wirkungen wie ein staatliches Urteil bzw wie ein supranationales Urteil der CCJA, dh volle Urteilswirkungen, insbesondere Rechtskraft und Vollstreckbarkeit[2058]). Mit einer „Exequatur" des CCJA gilt der Schiedsspruch als Exekutionstitel, sodass das Recht jeder Partei, sich auf alle Staatsverträge des Exequaturstaats zu berufen wie das NYÜ gestaltet, nicht in Betracht kommt. Auch eine Anerkennung sowie ein Verfahren zur Exequatur kommen nicht in Frage[2059]. Daher stellt sich ein wesentlicher Unterschied zum New Yorker Übereinkommen dar. Der Schiedsspruch kann anfechtbar werden (Art 26 AU/DA) oder vollstreckbar werden[2060]. lehnt ein nationales Gericht die Vollstreckbarkeit eines Schiedsspruchs ab, kann eine Kassationsbeschwerde(„ pourvoi en cassation") beim CCJA eingelegt werden[2061].

[2055] Dazu *Mouloul,* 72f. *Hagge*, 24; Vgl *Leboulanger*, Rev.arb. 1999, 541 (550); *Meyer*, R.D.A.I. 1999, Anm.2., *Hagge*, 24.

[2056] Vgl *Deixler-Hübner/Klicka*, 181**.**

[2057] *Hagge*, 25, zum anderen hat er –sofern dazu von den Parteien angerufen- Entscheidungsbefugnis über die Vollstreckbarkeit eines Schiedsspruchs und über die Einwände, die gegen dessen Rechtkraft erhoben werden.

[2058] Art 25 al 1 Taité OHADA/Droit d´Arbitrage; Der AUA wurde insbesondere dem französischen und schweizerischen Schiedsverfahrensrecht sowie dem UNCITRAL-Modellgesetz von 1985 nachgebildet, so *Hagge*, 24; Vgl *Leboulanger*, Rev. Arb. 1999, 541(553).

[2059] Sécurité juridique et judiciare**,** **http://siteresources.world** (2.1.2011); *Schroeter,* 334.

[2060] *Mouloul*, 75f.

[2061] So *Hagge,* 25, Art 32 Abs 1 AUA.

Kapitel G Vorranganwendung des OHADA- oder UN-Kaufrechts?

Bevor näher auf den Anwendungsvorrang eines der beiden Kaufrechte eingegangen wird, ist zunächst die Natur der jeweiligen Rechtakte bei der Lösung von Normenkonflikten zu klären.

I Rechtsnatur der Rechtsakte

Während das Wiener Abkommen vom 11. April 1980 über Warenkauf völkerrechtlichen Charakter aufweist, (insofern die Vorranganwendung des UN-Kaufrechts anhand Heranziehung der WVRK[2062] (Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969) und die Relationsnorm des Art 90 CISG begründet werden kann)[2063], besteht in der Literatur Gegenstimmung, ob überhaupt (analog zum EG-Sekundärrecht) die Acte Uniforme bzw AU.DCG zur Identität von völkerrechtlichen Vereinbarungen zählt oder zählen und demzufolge die Anwendung des Art 90 CISG auf Rechtsinstrumente regionaler Integration wie OHADA- und EG-Sekundärrecht, zumal die Rechtsakte "AU.DCG" sowie EG-Verordnungen und Richtlinien von einer supranationalen Organisation erlassen werden, die, selbst nicht durch das UN-Kaufrecht gebunden ist[2064].

Die Befürworter ZB Siehrs vertreten die Auffassung, dass die Rechtsakte wie EG-Richtlinien und –Verordnungen mit internationalkaufrechtlichem Bezug, die eine supranationale Organisation (EG oder OHADA) für ihre Mitgliedstaaten bindend erlassen habe, als völkerrechtliche Übereinkünfte iSd Art 90 UN-Kaufrecht anzusehen sind. Gleiches wird in der OHADA hinsichtlich der vorrangigen Anwendung des AU.DCG vertreten[2065].

[2062] *Schroeter,* 258.
[2063] Ausführlich *Schroeter.*
[2064] *Schroeter*, 309; Abgesehen davon bejahrt eine Stimme in der Literatur der Vorrang des UN-Kaufrecht vor nationalem Recht unter Einschluss des durch Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft vorgegeben nationalen Sekundärrechts, wobei der Vorrang des gemeinschaftlichen Sekundärrechts vor autonomen nationalem Recht ungeachtet wird; als völkerrechtlicher Vertrag geht das UN-Kaufrecht vor, *Piltz*, 68 .
[2065] *Hagge,* 70, der Vorrang des AU.DCG wird im Hinblick auf die Kollisionslage mit Bezug auf Art 10 Staats V iVm Art 1 Abs 1 AU.DCG begründet.

Die Gegner wie *Schroeter* räumen hingegen ein, dass die Sekundärrechtsakte der EG sowie der OHADA rechtlich nicht als völkerrechtliche Vereinbarungen oder Übereinkünfte qualifiziert werden sollen. Diese beruhten jedoch auf dem EG-Vertrag oder OHADA-Abkommen, die völkerrechtliche Übereinkünfte seien. Dennoch werden dabei erkannt, dass aus der Verpflichtung zur Umsetzung der Sekundärrechtsakte sachlich eine völkerrechtliche Pflicht hervorgeht, die der Durchführung eines internationalen Übereinkommens gleichzusetzen ist. Die Sekundärrechtsakte können auch als Ausführungsvorschriften mit Ermächtigung im völkerrechtlichen Rechtsakt bezeichnet werden. Zudem werden die Sekundärrechtsakte als Rechtsordnung eigener Art angesehen, deren Anwendungen im Gesamtzusammenhang mit anderen völkerrechtlichen Relationsnormen wie Art 90 CISG berücksichtigt werden sollen[2066].

Die vorstehenden Auffassungen um die Einordnung des Sekundären Rechts sind in der Tat nicht überzeugend(aus der ungenauen deutschen Übersetzung des Art 90 CISG resultierende terminologische Unklarheiten), weil in der völkerrechtlichen Doktrin und in der Literatur die EG-Sekundärrechtsakte in der europäischen Gemeinschaft und der Rechtsprechung des EuGH dogmatisch nicht völkerrechtlichen Übereinkommen gleichzusetzen sind[2067]. Gleiches gilt für die Actes Uniformes der OHADA. Aufgrund des dogmatischen Unterschieds zwischen den beiden Typen internationaler Rechtsakte kann die Auslegung des Art 90 CISG unter Berufung auf die Sekundären Rechtsakte einer supranationalen Organisation wie die EG oder OHADA, welche auf regionale Integration abzielen, nicht befürwortet werden. In zweierlei Hinsicht kann diese Ansicht begründet werden. Zum einen geht man davon aus, dass die Relationsnorm des Art 90 CISG nach dem Willen ihres Verfassers gerade „internationale Vereinbarungen“ erfassen soll, dogmatisch wird damit die traditionelle Konvention gemeint. Zum anderen gab es zum damaligen Zeitpunkt (Anfang 1980er Jahre) kein einziges rechtsvereinheitlichendes Übereinkommen wie des UN-Kaufrechts mit einer Relationsnorm, deren Wortlaut passgenau auf die selten verwendeten Instrumente des Sekundären Gemeinschaftsrechts oder der Actes Uniformes der OHADA zur Privatrechtsvereinheitlichung zugeschnitten ist[2068]. Ob der Rechtsanwender aufgrund der heutigen zunehmend eingesetzten Rechtsinstrumente zur regionalen Integration diese Formen als internationale Rechtsakte beachtet, ist

[2066] *Schroeter*, 308 f.
[2067] *Schroeter*, 309 f.
[2068] *Basedow*, 37 C.M.L.Rev. 200, 687f. ; *Schroeter*, 272.

noch offen. Darüber hinaus soll bei der Beurteilung der Frage der Anwendbarkeit des Art 90 CISG auf die Sekundären Rechtsakte zur regionalen Integrationsbewegung einer supranationalen Organisation darauf Rücksicht genommen werden, ob ein Sekundär-Rechtsakt funktionell auf eine Rechtsangleichung abzielt wie ZB die EG-Richtlinien. Die Richtlinie selbst, die nationale Umsetzungsakte oder beides?[2069] . Die EG-Verordnungen weisen andere Spezifitäten auf, wobei ihre Geltung keine Umsetzungsakte erforderlich sind.

1 Begründung der Vorranganwendung der OHADA

Wenn der Rechtsanwender in der OHADA im Hinblick auf die bereits auseinandergesetzte Analyse zum Ergebnis gelangt, dass funktionelle Unterschiede zwischen internationalen Vereinbarungen der CISG-Vertragsstaaten und regionale Vereinbarungen der OHADA-Mitgliedsstaaten bestehen, soll daher die Anwendung des Art 90 UN-Kaufrecht auf die („Actes Uniformes") etwa wie AU.DCG verboten werden. Da in der Relationsnorm angesprochene Vereinbarungen iSd Art 90 UN-Kaufrecht vielmehr die CISG-Vertragsstaaten betrifft, die den Art 90 geschaffen haben, kann somit die Vorranganwendung von OHADA bzw AU.DCG in Konfliktlagen beansprucht werden. Konsequenterweise wird die Auslegung den Geltungsanspruch des Einheitskaufrechts der UN in erheblich weitgehender Weise als von den Verfassern vorgesehen [reduzieren], und vereitelte den Art 90 CISG zugrunde liegenden Zweck der vorrangigen Normenkonfliktvermeidung.[2070]

2 Zur Begründung der Vorranganwendung des UN-Kaufrechts

Stellt sich heraus, dass die Mitgliedstaaten der OHADA (ZB Gabun) bei einer unmittelbaren Beteiligung durch das UN-Kaufrecht gebunden sind und folglich einer etwaigen Haftung wegen dessen Verletzung ausgesetzt sind, so ist dies mit dem OHADA-Kaufrecht unvereinbar. Beispielsweise beschränkte sich früher die Schadensminderungsobliegenheit in der OHADA jedoch auf die Fälle, in denen sich die Partei auf eine wesentliche Vertragsverletzung *(manquement essentiel)* beruft. Momentan wird die wesentliche Vertragsverletzung im Achten Buch nicht mehr erwähnt. Bei der Vertragsaufhebung wird sowohl die eigenverantwortliche - als auch gerichtliche Weg-Erklärung zugelassen. Die Rüge ist anders als CISG geregelt. Der

[2069] *Schroeter*, 312.
[2070] Vgl *Schroete*r, 313.

Beginn des Zinslaufes hängt im Achten – im schon im Fünften Buch von einer schriftlichen Mahnung ab. Nach Art 78 CISG sind Ansprüche ohne weiteres vom Moment der Fälligkeit an zu verzinsen. Der frühzeitige Mechanismus zur Vermeidung drohender Normenkonflikte mit CISG-Regelungen in der OHADA wurde nicht gestaltet. Ob der AU.DCG sich für Kaufverträge innerhalb des Gebiets der OHADA bewährt, wird erheblich von der Auslegung des Regelwerks durch den neugeschaffenen Gerichtshof abhängen. Da sowohl das französische Recht als auch französische Rechtswissenschaftler auf die Ausarbeitung des AU.DCG bereits einen nicht zu unterschätzenden Einfluss hatten, bleibt zu erwarten, dass dabei auch die Auslegung des UN-Kaufrechts gerade durch französische Gerichte in den OHADA-Staaten Beachtung erfahren wird; insbesondere dem *Cour de Cassation* wird insofern eine wichtige Mittlerfunktion zukommen. Es wird in der Literatur befürwortet, dass für den Warenhandel mit in Drittstaaten niedergelassenen Parteien dagegen das CISG insgesamt geeigneter als der AU.DCG erscheint[2071]. Zwei OHADA-Mitgliedstaaten(Guinea und Gabun) haben bereits[2072] das CISG ratifiziert. Über das Kollisionsrecht dürfte das UN-Kaufrecht zudem auf Kaufverträge zwischen Parteien in OHADA-Staaten –Ausgenommen Gabun und Guinea- und Drittstaaten Anwendung finden, wenn der Verkäufer in einem CISG-Vertragsstaat ansässig ist. Drohende Normenkonflikte könnten bestehen, wenn die Frage des Anwenden Rechts auf Kaufverträge zwischen Parteien in OHADA-Staaten wie Gabun und Guinea, aufgeworfen werden. Daher ist zu befürworten, dass ein geschlossener Beitritt der Staaten der OHADA zum UN-Kaufrecht erwogen werden sollte, um so auch den Handel mit Drittstaaten einem einheitlichen rechtlichen Regime zu unterstellen. Damit den AU.DCG auch danach weiterhin auf den Intra-OHADA-Handel anwenden können, könnte dabei ein Vorbehalt nach Art 94 CISG erklärt werden[2073].

Außerdem ist darauf hinzuweisen, dass die allgemeinen Rechtsanwendungsregeln wie lex specialis derogat legi generali oder lex posterior derogat legi priori subsidiär

---

[2071] *Schroeter*, cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/schroeter.html(2.1. 2011); *Hagge,* 69 f, Bei Kaufverträgen, bei denen eine der Parteien in Guinea und die andere in einem zweiten CISG-Vertragsstaat niedergelassen ist, kommt es deshalb gemäß (Art 1 Abs 1a) CISG direkt, also ohne Zwischenschaltung des Kollisionsrechts des Forumsstaates, zur Anwendung des UN-Kaufrechts. Gleiches sollte gelten bei Kaufverträgen bei denen eine der Parteien in Gabun und die andere in einem zweiten CISG-Vertragsstaat ansässig ist.

[2072] *Piltz*, 22, Guinea ist bereits seit dem 1.2.1992 Vertragsstaat des UN-Kaufrechts und Gabun seit dem 1.1.2006.

[2073] *Schroeter,* cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/schroeter.html(2.1. 2011).

heranzogen werden können, um die Vorranganwendung einer der beiden Rechtsakte im Fall eines Konfliktpotentials zu begründen[2074], da die Frage, welches Regelwerk vorrangig anzuwenden ist, somit durch die Relationsnormen selbst nicht beantwortet wird, damit die Auflösung negativer Konflikte ermöglicht wird[2075]. Auch ein Vorbehalt iSd Art 98 CISG kann hilfreich für die Klärung die Vorranganwendbarkeit sein[2076].

II Wechselwirkungen zwischen UN-Kaufrecht und OHADA-Kaufrecht

Hier wird der Frage der Einwirkung des UN-Kaufrechts auf das OHADA-Kaufrecht und umgekehrt nachgegangen werden.

Zunächst ist zu erinnern, dass das UN-Kaufrecht einen überwiegenden Einfluss auf die Rechtssetzung des vereinheitlichten Kaufrechts der OHADA hatte. Inhaltlich wurde sie weitgehend dem Modell des UN-Kaufrechts nachgebildet. Trotz der Tatsache, dass die Minderheit der OHADA-Staaten das UN-Kaufrecht ratifiziert hat[2077]. Es ist nicht auszuschließen, dass das UN-Kaufrecht in Zukunft für weite Teile des OHADA-Raums als materielles internationales Vertragsrecht angenommen wird. In der Literatur und betreffend insbesondere Organisation (OHADA) wurde dieser Schritt befürwortet[2078].

1 Einfluss des UN-Kaufrechts auf das OHADA-Recht

Aus diesem Grund(UN-Kaufrecht als Inspirationsquelle) kann das UN-Kaufrecht sowohl für die Setzung neuer Rechtsakte in der OHADA als auch für die Änderung von bereits bestehendem OHADA-Recht in vielerlei Hinsicht beeinflussen. Somit stellen die Einflüsse auf die Legislativtätigkeit eine besondere Art der Wechselwirkung zwischen universalem und regionalem Einheitsrecht dar[2079]. Inwieweit die Einwirkung des UN-Kaufrechts auf das OHADA-Recht gegeben sein kann, gibt es in der OHADA rechtlich

---

[2074] Vgl *Schroeter,* 331, 452.
[2075] *Mouloul,* 50 f.
[2076] Vgl. *Schroeter*, 318.
[2077] Dazu *Schroeter* cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/schroeter.html (2.1. 2011); *Piltz*, 20.
[2078] *Schroeter*, Recht in Afrika 2001, 163(175); *Date-Bah,* United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 1980: Overview and Selective Commentary, Ghana L. Rev. 1979, S. 50; *Eiselen,* Adoption of the Vienna Convention for the International Sale of Goods (the CISG) in South Africa, 116 South Afr. L. J. (1999), S. 323, 354**.**
Vgl *Date-Bah* (Fn 4)*,* 67; *Eiselen* (Fn 4)*,* 355; *Ndulo*, 3 Lesotho L.J: 1987, 127(130, 151); *Ng´ong´ola*, 4 Afri.J int. & Comp.L. (1992, 835(853), *Hagge,* 18 (19 und 20), *Bolmin/Bouillet-Cordonnier/Medjad*, J.D.I 1994, 375(388); *Gomez*, Penant Nr. 827, Anm. 33*; Kenfack Douajni*, Unif. L.Rev. 2003, 191(201); *Leboulanger*, Rev.arb. 1999, 541(590, Fn. 86); *Sorieul*, in: *Fouchard*, 47.
[2079] *Schroeter*, 542.

weniger Anhaltspunkte[2080]. Es kann vermutet werden, dass der Einfluss soweit dem OHADA-Abkommen eine Legislativkompetenz in diesem Bereich einräumt ist[2081] „l´harmonisation du droit des affaires dans les Etats Parties par l´élaboration et l´adoption de règles communes simples, modernes et adaptées à la situation des leurs économies“. Daher umfasst das „Wirtschaftsrecht“ („le droit des affaires“) die Vorschriften zum Handels- und Gesellschaftsrecht (l´ensemble des règles relatives au droit des sociétes et au statut juridique des commercants), Vorschriften zum Erkenntnisverfahren, zur Exekution und Vollstreckung (au recouvrement des créances, aux sûretés et aux voies d´exécution), Insolvenzverfahren (au regime du redressement des entreprises et de la liquidation judiciaire), Schiedsgericht (au droit de l´arbitrage), Arbeitsrecht (au droit du travail), Rechnungslegung (au droit comptable), Kauf- und Transportrecht (au droit droit de la vente et de transports) und weitere sonstige Rechtsvorschriften (et autre matière que le Conseil des minitres déciderait, à l´unanimité, d´y inclure…), die der Ministerrat den OHADA-Kompetenzen zuordnet und um für die Rechtsangleichung bzw Vereinheitlichung tätig zu werden. Ob inhaltlichem Gehalt der Schranken der OHADA- Kompetenzen in Rechtsprechung und OHADA-Praxis Rechnung sowie im Schrifttum getragen wird, bleibt abzuwarten[2082].

Der Umfang des Wirtschaftsrechts ist inhaltlich vielfältig und bereitet Schwierigkeiten bei der Abgrenzung von anderen Rechtsfächern. Es ist nicht auszuschließen, dass die inhaltliche Abgrenzungskompetenz der OHADA zukünftig in Frage gestellt werden wird. Deshalb wurden bereits in der Präambel des Abkommens (Art 1 Traité OHADA) die Vertragsstaaten in die Pflicht genommen, einen Beitrag für eine Entwicklung im Rahmen der Zusammenarbeit zu leisten. Obwohl der Art 53 des Traité deutlich darauf hinweist, dass jeder Staat außerhalb der Afrika Union (AU) bzw OUA Vertragsstaat der OHADA werden kann, richten sich die beschlossenen „Actes Uniformes “ primär an diejenigen, die geografisch die Anwendung des OHADA-Regelwerks beanspruchen können. Die Anspruchskompetenz der OHADA, sowohl legislative Normen zu schaffen als auch die Normen zu auszulegen, bereitet Schwierigkeiten. Der Rechtsanwender kann bei Rechtsfragen nicht immer wissen, ob die Streitfrage dem angleichenden

[2080] *Schroeter*, 44, 543, *Vergleich EG-Recht Art 307 Abs 1 kein Verbot der Parallelnormierung und die Erforderlichkeit einer EG-Rechtsetzung im internationalen Kaufrecht*.).
[2081] *Santos/Toé,* Art **5** Art 1 und 2 Staats V.
[2082] Entwurf zum Vertragsrecht, 2 Actes du Colloque sur l'harmonisation du droit OHADA des contrats – Ouagadougou 2007

Recht unterliegt oder nicht, da die Referenzrahmen manchmal nicht vorliegen. Daher ist bzgl Rechtsangleichung bzw -vereinheitlichung darauf zu achten, dass das zu normierende Vorhaben weniger Komplexität aufweist. Dies ist der Fall, wenn die "grands systèmes de droit" (großen Rechtssysteme), welche aus derselben juristischen Branche entstammen, nach Zitat des Komparatisten *René David* harmonisieren werden. Anders ist zu werten, wenn unterschiedliche Rechtssysteme angeglichen werden sollen.

Das Wirtschaftsrecht ist umfangreich und inhaltlich vielfältig. Die Verflechtung hinsichtlich Wirtschaftsrechts ergibt sich aus allen Bereichen der wirtschaftlichen Tätigkeit, unter anderem der unternehmerischen Erzeugung und des wirtschaftlichen Verkehrs. Es ist nicht auszuschließen, dass neben bereits oben angeführten Inhalten des Wirtschaftsrechts auch das Dienstleistungsrecht, das Finanzrecht, das Sozialrecht und Wirtschaftsstrafrecht mit einbezogen werden. Denkbar ist auch die Berücksichtigung des Urheber-, Immaterialgüter-, Informations-, Wettbewerbs- und Verbraucherrechts je nachdem, ob man „Positivisten" oder „Legalisten" ist (aufgrund Art 2 Traite OHADA, das dem Ministerrat unbeschränkte Regelungskompetenz zuordnet)[2083]. Da das OHADA-Abkommen keine Aussage zum Abgrenzungsbereich des Wirtschaftsrechts trifft, wäre es überzeugend, wenn die Abgrenzung aus einem Ansatz hervorginge, welcher typischerweise die Klassifikation nach Rechtsbranche und Begleitumständen wie etwa Rechtsquellen und –Konzepten sowie Rechtgrundsätzen und Methodik der Auslegung beachten würde.

Somit durfte insbesondere im Falle des internationalen Kaufrechts die OHADA tätig werden, obwohl die Mitgliedstaaten in Zusammenarbeit mit Drittstaaten diese Rechtsmaterie bereits weitgehend vereinheitlicht haben. Diese Frage wurde nahezu ähnlich auch im EG-Recht gestellt[2084]. Es ist zu bemerken, dass die OHADA die Förderung rechtlicher Entwicklung und Beseitigung der rechtlichen Hindernisse im regionalen Handel durch Schaffung eines modernen und einheitlichen Wirtschaftsrechts zum Ziel hat, um im Ergebnis die Rechtssicherheit und das Vertrauen in die Justiz zu schaffen (Präambel Abkommen Art 1 al 5). Es stellt sich heraus, dass das angestrebte Ziel, das bereits oben in Frage gestellt wurde, durch

[2083] *Tiger* bemängelt, 44, das Fehlen in OHADA-Kompetenz alle nach allgemeinem Sprachgebrauch zum Wirtschaftsrecht gehörenden Bereiche, ZB die Nichtberücksichtigung des Wettbewerbsrecht, so *Issa-Sayedh*, Unif-L. 1999, Rn. 9; Dazu *Hagge*, 27.
[2084] Vgl *Schroeter*, 546.

Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedsstaaten erreicht werden kann, um ein einheitliches Recht zustande zu bringen. Da lediglich die Verfahrensmodalitäten eines schaffenden Rechtsaktes der internen OHADA in Gefahr sein könnten (verweis Siehe Einleitung), lässt dies jedoch keine relevante Wirkung entfalten. Guinea und Gabun haben bereits OHADA- und UN-Einheitliches Recht übernommen. Aber hinsichtlich Verbraucherschutzes wäre ein einheitlicher Rechtsakt der OHADA effizienter als vorgenommene Maßnahmen durch die Zusammenarbeit zwischen Mitgliedstaaten. Wie dieser Zustandekommen wird, ist aus meiner Sicht relevanter als die Frage, ob die OHADA dafür kompetent ist, zumal das Verbraucherrecht in den wirtschaftlichen Rechtsbereich fällt[2085].

Darüber hinaus soll in der Rechtsetzung sowohl in der OHADA als auch im Mitgliedstaat die Rechtsakte so ausgestaltet sein, dass es nicht zu Normenkonflikten mit dem UN-Kaufrecht kommt kann. Diese Kollisionsfrei-Regelung ist derzeit nicht der Fall. Obwohl „die bewährten und mit weltweitem Sachverstand erarbeiteten Regelungen des UN-Kaufrechts zum Vorbild für regionales Einheitsrecht genommen werden, […] hat sich doch [so] gezeigt, dass die im Falle des AU.DCG vorgenommenen Änderungen erheblich sind und zentrale Teile der Systematik des CISG betreffen.“ Die OHADA ist mit dieser Vorgehensweise nicht allein[2086].

Außerdem kann der sowohl unter rechtsetzungsmethodischen als auch unter praktischen Gesichtspunkten vorzugswürdiger Weg gefördert werden, nämlich die Aufnahme einer ausdrücklichen Relationsnorm in den OHADA-Rechtsakt. Die Aufnahme der Relationsnorm kann dem UN-Kaufrecht Vorrang einräumen, wobei auch Art 90 UN-Kaufrecht erfasst wird. Folglich kann eine deutliche Anwendungsbereichsabgrenzung zwischen OHADA- und UN- Einheitlichem Recht zum Ausdruck gebracht werden. Im Ergebnis führt die Abgrenzung zu größtmöglicher Freiheit bei der Vereinheitlichung kaufrechtsnaher Bereiche und anderen Sachfragen, „konfliktfrei“ mit dem UN-Kaufrecht zu vereinheitlichen. Es ist zu befürworten, dass das UN-Kaufrecht als Modell für eine möglichst weiterreichende Vereinheitlichung des

[2085] Entwurf zum Vertragsrecht Actes du Colloque sur l’harmonisation du droit OHADA des contrats – Ouagadougou 2007.
[2086] Vgl *Schroeter,* 555.

materiellen Schuld- und Wirtschaftsrechts in der OHADA Vorbildwirkung spielt. In der Literatur in der EU wurde diese Auffassung bereits thematisiert[2087].

Schließlich soll die Anpassung an das UN-Kaufrecht in der OHADA-Praxis befürwortet werden, indem die in der Praxis aufgetreten Konfliktlagen zwischen beiden Rechtsmassen für die Zukunft beseitigt werden. „Da bei der Beurteilung der Frage, was im Einzelnen eine "vernünftige Entschuldigung" iSd Art 44 CISG sein kann, nach allgemeiner Meinung auf die spezielle Situation des Käufers abzustellen und dabei insbesondere zu beachten ist, inwieweit das Institut der Rüge im Land und Verkehrskreis des Käufers bekannt ist, wird man vor dem Hintergrund der Ausgestaltung, die die Rügefrist im AU.DCG erfahren hat, in Zukunft davon ausgehen müssen, dass verspätete Mängelrügen jedenfalls nicht wegen fehlender Rechtskenntnis als entschuldigt gelten können.“ Die Normenkonfliktlage stellt daher deutlich Anlass zum Handlungsbedarf in Zukunft dar. Die Auslegung soll eine wesentliche Rolle spielen. Darüber hinaus wäre sinnvoll und praktisch wirksam, die Anpassung des Aufhebungsrechtssystems (die Ausübung des Aufhebungsrechts) der OHADA an jenes des UN-Kaufrechts vorzunehmen, sodass die richterliche Gestaltungserklärung definitiv gestrichen werden. Dieser Appel kann in zweierlei Hinsicht begründet werden:

Zum einen ist die richterliche Gestaltungserklärung der Aufhebung im Handel bzw internationalen Handel nicht mehr zeitgemäß, nämlich die vertretbare Ansicht, wonach die Vertragsaufhebung durch eine richterliche Erklärung die schwächere (beklagte) gegenüber der stärkeren Partei (Kläger) gegen missbräuchliche oder willkürliche einseitige Aufhebung schützt[2088]; da die letztgenannte Partei die Vertragsaufhebung durch Erklärung als Vorwand zur Ausscheidung aus dem Vertrag benützen kann. Insbesondere wenn ein längeres Verfahren die Ausübung des Aufhebungsrechts mit sich bringt, kann die richterliche Gestaltungserklärung die Existenz der einzelnen Unternehmen gefährden. Die Verzögerung der Aufhebung des Vertrages, indem im Vorfeld ein richterlicher Einsatz erforderlich wird, kann dazu führen, dass weitere Schäden entstehen[2089]. Der Geschäftsverkehr verlangt „Bewegungsfreiheit und Bescheinigung“. Im Wirtschaftsleben soll derjenige, der auf dem Markt seine Geschäfte

[2087] Vgl *Schroeter* 561; *Entwurf zum Vertragsrecht der OHADA.*
[2088] *Derain,* Actes du Colloque des 1er et 2 décembre 1989 über das UN-Kaufrecht, 111*; idem Entwurf zum Vertragsrecht der OHADA,* 19.
[2089] *Derrain*, 111

betreibt, „Flügelschuhe und einen beflügelten Helm“ tragen[2090] Daher soll das Bestehen einer richterlichen Gestaltungserklärung der Aufhebung als Beschränkung der Beweglichkeit oder Schnelligkeit angesehen werden und darüber hinaus im Ergebnis als Rückschlag eines der Errungenschaften der Vereinheitlichung des Kaufrechts[2091]. Zudem dient die Auslagerung der Aufhebungsgestaltung auf die Vertragsparteien dazu, der Überlastung bei Gerichten entgegenzuwirken.

Selbst wenn man annimmt, dass die erste Auffassung (richterliche Aufhebungserklärung) zutrifft, gibt es immer die Möglichkeit, im Hinblick auf die Parteiliche Aufhebungserklärung den gerichtlichen Weg einzuschlagen, wenn man die Ansicht vertritt, dass die Erklärung der aufhebenden Partei rechtsgrundlos war. Außerdem kann eine Klausel zur Vertragsaufhebung durch Erklärung der aufhebenden Partei beim Vertragsabschluss aufgenommen werden. Die einseitige Aufhebungserklärung nach UNIDROIT-Príncipes und UN-Kaufrecht wurde bereits im Entwurf zum Vertragsrecht der OHADA befürwortet.

Zum anderen führt die Bestimmung der OHADA hinsichtlich der Ausübung der Aufhebung zur Ungleichbehandlung zwischen den Wirtschaftsteilnehmern, insbesondere einerseits denjenigen, die in Gabun und Guinea ansässig sind und andererseits den Verkäufern und Käufern, die in anderen OHADA-Staaten niedergelassen sind. Da die beiden genannten Staaten gleichzeitig OHADA- und UN-Kaufrecht ratifiziert haben, ist nicht auszuschließen, dass der Handelsverkehr aufgrund der OHADA-Vorschrift unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell beeinträchtigt werden kann. Die Hemmschwelle Rechtsunsicherheit[2092], die die Investoren davon abgehalten hat, im OHADA-Raum zu investieren, kann aufgrund obiger Regelung zur richterlichen Aufhebung nicht dazu führen, das Vertrauen der ausländischen Investoren zu gewinnen, demzufolge das Ziel zur Schaffung von den Anforderungen des modernen Handels entsprechenden Gesetze stark belastet wird. Außerdem sind in Anwendungsbereich des Achten Buches lediglich Verträge über den Kauf von Waren zu gewerbliche Zwecken vorgesehen, wobei die

---

[2090] *Krejci*, 9

[2091] So *Schroeter* Recht in Afrika; Vgl *Schlechtriem/Leser/Hornung* (Fn 2), Art 26 Rn 5; Vgl auch *Honsell/Karollus* (Fn 31), Art 26 Rn 6; *Kappus* (Fn 34), 532.

[2092] *Vgl Tiger, Que sais- je? „ le droit des affaires en Afrique- OHADA Ed. PUF, nov. 1999 P.2)*, *Mouloul,* 21; *Hagge,* 15, das Vertrauen in die teils nur sporadischen oder Widersprüchen, häufig auch völlig inadäquaten und veralteten rechtliche Grundlage für Wirtschaft und Handel Sankt schnell.

Kaufmannseigenschaft der Parteien vorausgesetzt wird. Obwohl die Verbraucherkäufe im OHADA- Recht grundsätzlich ausgeschlossen sind, ist die Situation der werdende Kaufmann unklar. Zudem wird den Parteien insgesamt zu wenig eigenes Gestaltungsvermögen zugetraut. Denn die Geltung des AU.DCG kann anders als im UN-Kaufrecht nicht pauschal ausgeschossen werden. Die Zwingende Anwendung des AU.DCG bei Vertragsschluss und Gefahrübergang führt faktisch dazu, dass viele wichtige Handelsbräuche nicht in Betracht kommen müssen[2093]. Die Vertragsparteien im OHADA- Recht können den Vorrang dessen Recht gegenüber allen nationalen Gesetzen gleichen oder gegensätzlichen Inhalts sowie gegenüber Gebräuchen und Gepflogenheiten beanspruchen. Allerdings können Verkäufer und Käufer wie im UN-Kaufrecht hinsichtlich der Vertragspflichten, der Rückabwicklung und Eigentumsvorbehalts individuell abweichende Vereinbarungen treffen. Dabei wurde somit die notwendige Flexibilität und Kreativität der Wirtschaftsteilnehmer gleichermaßen wie im UN-Kaufrecht gewährleistet. Ein Gewinn für die Vertragsparteien fehlt bei der Frage der Lückenfüllung durch ergänzende Anwendung der allgemeinen Regeln des nationales Rechts(Art 205 bzw 237 AU.DCG), da eine ergänzende einheitliche Kollisionsregel nicht vorgesehen ist. Bei grenzüberschreitenden Verträge Können die Vertragsparteien sich nicht angesichts mehrerer konkurrierender nationaler Rechte auf die Anwendung des „Droit commun“ gemäß Art 237 AU.DCG verlassen. Die Unsicherheiten der Verkäufer oder Käufer sollen auch beim Zustandekommen der grenzüberschreitenden Verträge beseitigt werden. Insbesondere soll mehr an individueller Gestaltungsmöglichkeit nahezu wie im UN-Kaufrecht bei einem Vorschlag ohne bestimmten Adressatenkreis (ZB „solange der Vorrat reicht“) und bei einem Vertragsabschluss ohne Angabe eines bestimmten Preises Rechnung getragen werden. Bereits hat das Achte Buch weitergehend die Vorschläge angenommen. Die Rücknahme eines Angebots oder einer Annahme soll bei gleichzeitigem Zugang ausreichen sein. Auch eine verspätete Annahme muss nicht zum Erlöschen des Angebots führen.

Die Ansicht ist zu vertreten, weil das OHADA-Recht nicht nur nationale-, sondern auch transnationale- sowie internationales Recht ist. Darüber hinaus hat das Regelwerk der OHADA Zum Ziel, rechtliche Sicherheit für Inverstoren zu schaffen und folglich ein Pol der Entwicklung durch Erleichterung des Handelsaustauschs und

[2093] *Hagge*, 168.

Investition zu machen. Dieses ist möglich, wenn die Wirtschaftsteilnehmer angesichts der rechtliche Sicherheit der wirtschaftliche Tätigkeit dieser Integration Modele glaube schenken. Ausgehend von deren Begründung bedarf es einer gemeinsamen Lösung für die Warenhandel mit in Drittstaaten ansässigen Parteien hinsichtlich des Zinssatzes, der Befreiung etc.

Aus Vorstehendem ergibt sich damit, dass jene Vorschriften, die mit dem UN-Kaufrecht unvereinbar sind wie ZB richterliche Aufhebung, Rügefrist von einem Jahr und die Frist betreffend der Haftung für „vices cachés" etc, ein Handelshemmnis sowohl im OHADA-Raum als auch bezüglich OHADA-Außenhandel sowie innerstaatlichem Handel darstellen. Wenngleich der Bedarf der Wirtschaft rechtlich muss berücksichtigt werden muss, muss der Ideal des Rechts (Jus) einen hohen Stellwert haben. Sodass der Sehnsucht nach einem attraktiven Recht infolge Beachtung verschiedener Rechtssysteme ein Nachteil für eine bestimmte Gemeinschaft darstellen kann. Daher ist wichtig für den Handel innerhalb des OHADA-Raums eines allerorts gleichen Rechts zu schaffen, das die Rechtssicherheit und die Gerechtigkeit fördert. Damit kann man die bei internationalen Kaufverträgen häufigste Rechtswahl zu Gunsten des Heimatrechts eines der Vertragspartner entgegenwirken.

2 Beachtung des UN-Kaufrechts bei der Umsetzung und Anwendung von OHADA-Recht im nationalen Recht

Da OHADA-Mitgliedstaaten, welche dem UN-Kaufrechtsübereinkommen beigetreten sind, die Pflicht trifft, völkervertragliche Verpflichtung nachzukommen, ist nicht auszuschließen, dass die Beachtung des UN-Kaufrechts sowohl bei der Rechtsetzung als auch bei der Rechtsanwendung im innerstaatlichen Recht Fragen aufwerfen kann, wenn in Verfahren vor Gerichten der Mitgliedstaaten sowohl OHADA- als auch UN-Kaufrecht beachtet wird. Ob der AU.DCG sich für Kaufverträge innerhalb des OHADA-Gebiets bewährt, wird erheblich von der Auslegung des Regelkörpers durch den neugeschaffenen Gerichtshof abhängen.[2094]

Dennoch ist es für die Rechtssicherheit und den Rechtschutz bedeutend zu wissen, ob das bereits durch Ratifizierung aufgenommene UN-Kaufrecht aufgrund eines neu erlassenen Rechtsakts (AU.DCG) geändert werden kann. Im Rechtsverhältnis zwischen dem UN-Kaufrecht dem „Acte Uniforme" (AU.DCG) und nationalem Recht

[2094] *Schroeter,* cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/schroeter.html (2.1.2011).

wäre es unzulässig, zugunsten des „Acte Uniforme“ zu entscheiden[2095]. Eindeutig wäre der Vorrang des OHADA-Rechtsakts. Wenngleich der OHADA-Rechtsakt in einem Konkurrenzverhältnis steht und sich aus Art 10 OHADA-Abkommen ergibt, dass „die Rechtsakte in Form von sogenannten "Actes Uniformes" (AU), die nach ihrem Erlass als Einheitsrecht unmittelbar in den Mitgliedstaaten gelten und dabei [zu] abweichendem nationalem Recht, älteren wie jüngeren Datums, [führen oder eine Art mittelbare Umsetzung einer Richtlinie dazu führt]“[2096] kann man nicht davon ausgehen, dass der OHADA-Gesetzgeber dem UN-Kaufrecht stillschweigend umfassend keinen Vorrang eingeräumt hatte(aglicher Provenienz Anwendungsvorrang genießen). Hingegen wurde im EG-Recht der Frage anders nachgegangen. Da im Bereich der Umsetzung internationaler Übereinkommen lediglich eine ergebnisorientierte Pflicht (obligation de résultat) in dem Sinne gekannt wird[2097] (Wird die tatsächliche Anwendung der einheitlichen Rechtsregeln verlangt, bleibt es jedem Vertragsstaat frei, die dazu notwendigen gesetzgeberischen Maßnahmen zu wählen.), wäre die Anwendung des UN-Kaufrechts aufgrund universaler Schutzbedürftigkeit sinnvoll, da es den Einzelnen (ZB Verkäufer oder Käufer) ermöglicht wird, ihre Rechte und Pflichte klar und eindeutig zur Kenntnis zu nehmen und diese auch in innerstaatlichen Gerichten sowie durch den neugeschaffenen Gerichtshof der OHADA sichergestellt werden, in dem der Rechtsanwender bei Konfliktlagen aufgrund Heranziehung der Relationsnormen und Rechtsgrundsätze zum geeigneten Ergebnis gelangt[2098].

Zudem hatten sowohl das französische Recht als auch französische Rechtswissenschaftler schon auf die Ausarbeitung des AU.DCG einen nicht zu unterschätzenden Einfluss. Es steht zu erwarten, dass dabei auch die Auslegung des UN-Kaufrechts gerade durch französische Gerichte in den OHADA-Staaten Beachtung erfahren wird; insbesondere dem *Cour de Cassation* wird insofern eine wichtige Mittlerfunktion zukommen, die eine starke Handschrift in Gabun hinterlassen kann.

Es ist anzumerken, dass die Kaufvertragsparteien gemäß Art 6 CISG die Anwendung des Übereinkommens abwählen können.

[2095] *Schroeter*, 575.
[2096] *Mouloul*, 49; *Schroeter*, cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/schroeter.html (2.1.2011).
[2097] *Schroeter*, 580.
[2098] *Schroeter*, 85, 384, 600 ff., in Augen, dass dogmatisch eine Bevorzugung der völkerrechtkonformen Auslegung ist

3 Einfluss des OHADA-Rechts auf die Geltung des UN-Kaufrechts im OHADA-Raum

Vorerst ist festzustellen, dass der Anwendungsbereich des UN-Kaufrechts im OHADA-Raum stark eingeschränkt ist, weil 15 der 17 OHADA-Staaten dem einheitlichen Kaufrechtsübereinkommen ferngeblieben sind. Da die OHADA eine Rechtspersönlichkeit besitzt, kann man davon ausgehen, dass die OHADA die rechtliche Kompetenz[2099] haben kann, um diese Lücken in der Geltung des UN-Kaufrechts zu schließen, und sich damit (wie in der EU möglich ist) in der gesamten erweiternden OHADA bezüglich des internationalen Warenkaufes einen einheitlichen Rechtsraum zu schaffen[2100]. Die vorgenommene Rechtsakte für das Außenhandelskaufrecht (allein oder mit den Mitgliedstaaten) zur Verbreitung des UN-Kaufrechts muss sich aus meiner Sicht sowohl in sachlicher als auch in räumlicher Hinsicht auf alle im Kaufrechtsübereinkommen geregelten Materien beziehen. Da das Handeln der OHADA „nach außen" mittels völkerrechtlicher Instrumente erfolgen kann, (AETR-Doktrin Parallelität der Innen- und Außenkompetenz) erübrigt sich die Frage, ob die OHADA das auf wirtschaftliche Beziehungen mit Drittstaatenparteien anwendbare Recht vereinheitlichen darf[2101](Problematik in der EU). Allerdings muss im Hinblick auf Art 1 iVm 2 OHADA-Abkommen die Kompetenz zur gemeinsamen Handelspolitik ins Abkommen aufgenommen werden. Somit kann die OHADA durch dieses Prozedere die grenzüberschreitenden Sachverhalte und insbesondere den OHADA-Außenhandelskauf regeln[2102]. Somit sollte es zudem ein geschlossener Beitritt der OHADA-Mitgliedsstaaten zum UN-Kaufrecht erwogen werden, um so auch den Handel mit Drittstaaten einem einheitlichen rechtlichen Regime zu unterstellen. Um den AU.DCG auch danach weiterhin auf den Intra-OHADA-Handel anwenden zu können, könnte dabei ein Vorbehalt nach Art 94 UN-Kaufrecht erklärt werden. Die Nichtvertragsstaaten unter den OHADA-Staaten können gemeinschaftsrechtlich in die Pflicht genommen werden, das UN-Kaufrecht zu ratifizieren.

Eine weitere denkbare Form eines Einflusses der OHADA auf die Anwendung des UN-Kaufrechts kann sich aus den Auswirkungen infolge der Auslegungen der Bestimmungen des UN-Kaufrechts ergeben, wenn der Käufer im konkreten Fall seinen

---

[2099] Dazu *Mouloul*, 44.
[2100] *Schroeter*, 636, *Hagge*, 172 f.
[2101] *Schroeter,* 637.
[2102] *Mouloul*, 32.

Sitz in einem OHADA-Staat hat. Was im Einzelnen eine "vernünftige Entschuldigung" iSd Art 44 CISG sein kann, muss bei der Beurteilung dieser Frage nach allgemeiner Meinung auf die spezielle Situation des Käufers abgestellt werden und dabei insbesondere zu beachten ist, inwieweit das Institut der Rüge im Land und Verkehrskreis des Käufers bekannt ist. Vor dem Hintergrund wird man der Ausgestaltung, die die Rügefrist im AU.DCG erfahren hat, in Zukunft davon ausgehen müssen, dass verspätete Mängelrügen jedenfalls nicht wegen fehlender Rechtskenntnis als entschuldigt gelten können[2103]

4. Beachtung des UN-Kaufrechts bei der Anwendung der OHADA

Es ist zwar richtig, dass das UN-Kaufrecht kein Modell des Verhaltens, sondern ein Modell der Lösung ist. Die Vorschriften des Wiener Übereinkommens sind jedoch naturgemäß allgemein, weshalb diese einen breiten Widerhall für die Akzeptanz ihrer Bestimmungen finden kann. Es ist in Erinnerung zu rufen, dass das Wiener Abkommen das Ergebnis eines Konsensus ist. Bei der Schaffung des einfachen und modernen Regelwerks des UN-Kaufrechts wurden alle Interessenskonflikte wie etwa unterschiedliche rechtliche Traditionen und politische Tendenzen sowie vielfältige wirtschaftliche Interessen überwunden[2104]. Auch „wenn es nur begrüßt werden kann, dass die bewährten und mit weltweitem Sachverstand erarbeiteten Regelungen des UN-Kaufrechts zum Vorbild für regionales Einheitsrecht genommen werden, so hat sich doch gezeigt, dass die im Falle des AU.DCG (des fünften-wie Achten Buches) vorgenommenen Änderungen erheblich sind und zentrale Teile der Systematik des CISG betreffen. Die Beurteilung des einheitlichen Kaufrechts der afrikanischen OHADA-Staaten fällt vor diesem Hintergrund differenzierend aus“. Dieser Unterschied soll meines Erachtens bei Anspruchskonkurrenzlage je nach Sachlage zugunsten des UN-Kaufrechts oder der OHADA entschieden werden (was ZB eine "vernünftige Entschuldigung" iSd Art 44 CISG anbelangt).

Es ist zu befürworten, dass für die zukünftige Änderung des OHADA-Kaufrechts das UN-Kaufrecht zum Vorbild genommen werden soll und eine besondere Rolle spielen soll. Bereits beim Entwurf zum Vertragsrecht wurde ein Schritt in diese Richtung getan auch der neue AU.DCG des achten Buch folgt diese Logik. Die Rechtsunterworfenen

[2103] *Schroerter*, cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/schroeter.html (2.1.2011).
[2104] *Derrain,* 162.

sind primär die Gewinner, wobei die Entwicklung des „neuen Wirtschaftsrechts“[2105] (Avant-propos) der Rechtswissenschaft zugutekommt. Umgekehrt gilt auch Änderung des UN-Kaufrechts(ZB bezgl. Einheitlichen Gerichtshof).

4. Teil Resümee

Bei der Errichtung einer neuen Weltwirtschaftsordnung auf Basis der Sicherung von freundschaftlichen Beziehungen zwischen Staaten und deren Angehörigen wird bereits in Abs 2 der Präambel des UN-Kaufrechts der Wunsch nach internationalem Handel auf der Grundlage der Gleichberechtigung und des gegenseitigen Nutzens zum Ausdruck gebracht. Zur Überwindung rechtlicher Handelshemmnisse und zur Förderung des internationalen Handels sollten jeder Protektionismus und jede Diskriminierung unterbunden werden. Eine wichtige Rolle dabei spielen die Gerichte. Diese müssen bei Anwendung des Einheitsrechts- mit Berücksichtigung verschiedener Gesellschafts-, Wirtschafts- und Rechtsordnungen- auf Verträge über den internationalen Warenkauf unparteiisch und vertragsgetreu Recht sprechen. Obwohl aus heutiger Sicht der gegenwärtige Freihandel durch GATT und Wold Trade Organisation(WTO) bestimmt werden, stellt die Schaffung einer einheitlichen Rechtsgrundlage für Kaufverträge im internationalen Warenverkehr ein Beispiel der Konkretisierung einer neuen Weltwirtschaftsordnung dar. Zumal bei der Verfassung dieses Regelwerks alle Interessenskonflikte wie etwa unterschiedliche rechtliche Traditionen und politische Tendenzen sowie vielfältige wirtschaftliche Interessen überwunden wurden.

Das UN-Kaufrecht wurde anfangs nicht als praxisnahes Regelwerk angesehen. In der Vertragsgestaltungspraxis wurde die Anwendbarkeit des UN-Kaufrechts im Regelfall ausgeschlossen. Folglich erfuhr die Bedeutung des CISG zunächst tatsächlich eine erhebliche Einschränkung. Dass derzeit das UN-Kaufrecht von 79 Staaten ratifiziert wurde, die zusammen etwa 3/4 des Welthandels repräsentieren, ist ein Zeugnis dafür, dass der Ausschluss nicht immer berechtigt ist. Das UN-Kaufrecht kann sowohl für den Verkäufer als auch für den Käufer vorteilhaft sein.

[2105] *Santos/Toé*.

Das CISG schafft selbst materielles Recht und verweist anders als die Regeln des IPR nicht bloß auf nationale Sachnormen. Die Bestimmungen des UN-Kaufrechts sind dispositiv und können daher von den Parteien pauschal abbedungen werden. Das CISG kommt im Normalfall bei gewerblichem Warenkauf zwischen den in verschiedenen Vertragsstaaten niedergelassenen Verkäufern und Käufern zur Anwendung, wobei der Begriff Kaufvertrag autonom zu bestimmen ist. Dieser grenzt sich von anderen Vertragstypen wie dem Tauschvertrag, bei dem der größte Teil der zu erbringenden Gegenleistungen des Käufers in der Zahlung von Geld liegt und nur ein deutlich kleinerer Teil in der Lieferung einer Sache besteht, sowie von Distributionsverträgen ab. Bei Vertriebsverträgen wiederum gilt das UN-Kaufrecht, insofern die einzelnen abgeschlossenen Liefergeschäfte durchgeführt werden. Zur Anwendung des Abkommens muss eine Grenze zwischen einem Werklieferungsvertrag und Werkvertrag gezogen werden. Dabei hat das CISG keine Geltung, wenn gerade der Käufer den wesentlichen Teil der notwendigen Stoffe an den Verkäufer liefert. Die Gerichte der Vertragsstaaten haben das Regelwerk grundsätzlich von Amts wegen anzuwenden. Diesbezüglich wird das Tätigwerden einer Vertragspartei nicht verlangt: Das UN-Kaufrecht regelt seinen Anwendungsbereich autonom und gilt unmittelbar für erkennbar internationale Verträge über Waren. Eine Erweiterung des Anwendungsbereichs des CISG ist durch Vorschaltungslösung möglich. Allerdings nur wenn die Regeln des IPR -oder der Rom I-Verordnung- auf das Recht eines Vertragsstaats verweisen, welcher das UN-Kaufrechtsübereinkommen ratifiziert hat (sofern Ausnahmetatbestände nicht vorliegen) oder die Vertragsparteien das Recht eines bestimmten Staates zur Anwendung vereinbart haben, sofern die Rechtswahl das Recht eines Staates (zB österreichisches Recht) beinhaltet, welcher das UN-Kaufrechtsübereinkommen ratifiziert hat. Ob Honkong dazu gehört, wird bezweifelt. Hat eine Vertragspartei mehrere Niederlassungen, so ist die mit der engsten Beziehung zum Vertrag (in der Regel jene des Verkäufers) zu seiner Erfüllung maßgebend. Falls ein Vertragspartner keine Niederlassung hat, ist der gewöhnliche Aufenthaltsort relevant. Nach dem UN-Kaufrecht müssen Verkäufer und Käufer weder Kaufleute sein, noch die Staatsangehörigkeit einer der Vertragsstaaten haben. Der Grundsatz wird allerdings dadurch eingeschränkt, dass die Käufe für den persönlichen Gebrauch nicht dem CISG unterliegen. Anderes gilt, wenn der Verkäufer bis zum Vertragsschluss nicht den privaten Zweck des Kaufes wusste oder wissen musste. Mit Zunahme von grenzüberschreitenden E-Commerce –Geschäften, bei denen

heutzutage in weitem Umfang gerade die Business-to-Consumer-Verträge (B2C) abgeschlossen werden, sollte man bereits an die Anpassung des UN-Kaufrechts diesbezüglich nachdenken. Damit wird ein Umdenken in Bezug auf den Verbraucherschutz im internationalen Handel erreicht.

Die OHADA wurde ins Leben gerufen mit dem Ziel die regionale Rechtsvereinheitlichung in Afrika durchzuführen. Zur Erreichung der Zielsetzung wurde ein gemeinschaftlicher institutioneller Rahmen mit dem Ministerrat, dem Sekretariat, dem gemeinsamen Gerichtshof und der Hochschule für die Richterausbildung geschaffen, dem zur Erarbeitung, Verabschiedung, Anwendung und Kontrolle des neuen Rechts Rechnung getragen wird. Seit Änderung des Staatsvertrags von Port Luis 1993 durch den Staatsvertrag von Quebec im Jahr 2008 stellt der Staatschef- und Regierungsrat ein weiteres Organ dar. Auf dem Gebiet des Wirtschaftsrechts werden einstimmig Rechtsakte in Form von sogenannten "Actes Uniformes" (AU) entwickelt, die nach ihrem Erlass als Einheitsrecht unmittelbar in den Mitgliedstaaten gelten. Insofern ähneln sie EG-Verordnungen. Dennoch fehlt den bisher erlassenen einheitlichen Rechtsakten die demokratische Handschrift, da diese einseitig vom Ministerrat verabschiedet wurden. Die OHADA- Rechtsakte haben in Afrika zum Ziel eine zuvor fehlende rechtliche Sicherheit für in- und ausländische Handelspartner sowie für Investoren zu bieten, damit diese so zum Wirtschaftswachstum beitragen können.

In dieser Hinsicht gehört der Acte uniforme sur le droit commercial général (AUDCG)- einheitliches Recht zum allgemeinen Handelsrecht- zu den ersten von der OHADA erlassenen Einheitsrechten. Das vorgenommene Ziel ein modernes, verlässliches, gutes, verständliches und einheitliches Rechtswesen in dieser Region zu schaffen, wird damit konkretisiert. Ob die Regeln zum Warenkaufrecht an die wirtschaftlichen Verhältnisse und Bedürfnisse der Unternehmen sowie an die Kaufleute angepasst wurden und somit investitionsförderlich waren, ist fraglich. Zumal dieses Regelwerk am 15: Dezember 2010 reformiert wurde. Die Regeln zum Warenkaufrecht befinden sich nunmehr statt im Fünften im Achten Buch und bilden zumindest ein eigenes Gebilde, in dem das Fundament nach wie vor bewusst am UN-Kaufrecht orientiert ist. Damit zeigen die Mitgliedstaaten indirekt eine große Bereitschaft zur Akzeptanz des im

internationalen Handel vorherrschenden Rechts. Anders als das Fünfte Buch stellt das Achte Buch weitgehend keine systematische Kopie des UN-Kaufrechts dar. Augenmerk ist, dass in vielen Bereichen des Achten Buches das französische Recht an Bedeutung zugenommen hat. Umgekehrt war es im Fünften Buch. Allerdings lässt sich, wie dem Fünften, auch dem Achten Buch entnehmen, dass seine Bestimmungen in allen Abschnitten viele Unterschiede zum CISG aufweisen. Der Rückgriff auf Regeln aus dem Code civil und die Bestrebungen des OHADA-Verfassers nach Kürze und Klarheit seiner neuen Vorschriften liegen dem zugrunde. Durch die Berücksichtigung der Prinzipien des französischen Rechts sowie der Mangel an Überlegungen oder Konzentration wird der Eindruck erweckt, dass dies dem Gesamtwerk des AU.DCG Schaden zufügt hat. Im Fünften Buch waren die entstandenen Fehler durch schnelles Kopieren oder durch häufiges Weglassen unverzichtbarer Details des UN-Kaufrechts sichtbar. Im Achten Buch wurden schlichte Flüchtigkeitsfehler nur gering wiederholt. Allerdings ist nach wie vor Systemwidrigkeit im Aufbau feststellbar.

Im Vergleich zu CISG-Regelungen stellen die Regeln zur Verjährung und zum Eigentumsübergang weiterhin Neuerungen dar. Dennoch wird es bemängelt, dass keine Unterscheidung diesbezüglich zwischen internationalen und nationalen Vorschriften vorgenommen wird. Überraschend ist, dass die gewählte Regelung zum Eigentumsübergang eine völlige Abkehr vom zuvor nahezu übereinstimmig geltenden Recht in Mietgliedstaaten ist. Diese vorher geltende Regelung basierte auf solo consensus und ist im französischen Recht bekannt. Nach AU.DCG des achten Buches erfolgt grundsätzlich der Eigentumsübergang mit der Übergabe der Ware an den Käufer, wobei ein Eigentumsvorbehalt in Schriftform vorausgesetzt wird. Für dessen Wirksamkeit gegenüber dem Dritten ist eine Eintragung ins Handelsregister erforderlich. Da der Gefahrübergang mit dem Eigentumsübergang verknüpft und individuell vereinbartes Derogieren ausgeschlossen ist, ist diese Vorgehensweise nicht überzeugend, zumal beim Beförderungsverkauf die Gefahr bereits bei Übergabe vom ersten Transporteur auf den Käufer übergeht, wenngleich ein Eigentumsvorbehalt zugunsten des Verkäufers vorliegen würde. Daher wird die notwendige Flexibilität innerhalb des Geltungsbereiches der Vorschriften bemängelt.

Eine weitere Innovation gegenüber dem UN-Kaufrecht ist die Teilregelung der vorvertraglichen Phase. Hinzu kommt im Achten Buch wie beim UN-Kaufrecht der Hinweis auf den Gutglaubengrundsatz. Diese Neuigkeiten sind zu begrüßen. Dass die

Regeln zu Sukzessivlieferungsverträgen und zur vorzeitigen Vertragsaufhebung nun nicht mehr in den AU.DCG des Achten Buches zu finden sind, stellt einen Mangel und einen Rückschritt im Gegensatz zum UN-Kaufrecht dar. Die nicht mehr existierende wesentliche Vertragsverletzung bei der Vertragsaufhebung und Ersatzlieferung legt den Schluss nahe, dass es für den Verkäufer ratsam ist, das UN-Kaufrecht zu wählen. Dieses Regelwerk „schützt" den Verkäufer im Vergleich zum AU.DCG weitergehend vor einem Rücktritt des Käufers, da das UN-Kaufrecht eine Vertragsaufhebung nur erlaubt, wenn der Verkäufer eine „wesentliche Vertragsverletzung" begeht. Dasselbe gilt für die Ersatzlieferung. Im Umkehrschluss ist die AU.DCG käuferfreundlicher als das UN-Kaufrecht.

Ich möchte daran erinnern, dass das hervorgehobene Thema der Untersuchung war, Verkäufer und Käufer im System des UN- und OHADA-Kaufrechts zu analysieren. Daher werden im Folgenden die Ergebnisse inklusive der Schlussfolgerungen dargestellt und danach der Ausblick für die Zukunft zum Ausdruck gebracht.

I Zusammenfassung und Schlussfolgerungen

Wie beim UN-Kaufrecht ist der Sinn und Zweck des einheitlichen Kaufrechts(AU.DCG) der OHADA, ungeachtet kollisions- und materiellrechtlicher Eigenheiten der unterschiedlichen nationalen Rechtsordnungen selbst materielles Recht zu den Warenkaufverträgen zum gewerblichen Zweck zu schaffen. Die Vorschriften des AU.DCG sind grundsätzlich anders als die des CISG zwingender Natur, es sei denn vertraglich abweichende einzelne Bestimmungen wurden vorgesehen. Daher ist der pauschale Ausschluss des AU.DCG untersagt. Der AU.DCG des Achten Buches kommt nicht nur zur Anwendung, wenn die Vertragsparteien eines Handelskaufs unabhängig von ihrer Staatzugehörigkeit in einem Mitgliedstaat niedergelassen sind, sondern auch, wenn das autonom oder staatsvertraglich geregelte IPR des Forumsstaates auf das Recht eines Mitgliedstaates verweist. Die Vorschrift des Achten Buches zur Vorschaltlösung ist wie jene des CISG keine Verweisungsnorm. Dabei musste das IPR sowohl für die objektive als auch für die subjektive Anknüpfung kraft Rechtswahl befragt werden. Anders als das CISG kommt der AU.DCG sowohl für interne als auch für internationale Kaufverträge über bewegliche Sachen zur Anwendung, die zu gewerblichen Zwecken vertrieben werden. Im CISG hingegen ist die Internationalität erforderlich. Bei der Wareneigenschaft ist jedoch umstritten, ob es

um körperliche Sache handelt muss. Die rechtliche Einordnung von Verträgen über individual- und Standardsofware stellt Beispiele dar. Nach der Judikatur unterliegt dem CISG der Vertrag über Standardsoftware, wenn deren Nutzung via Datenträger erfolgt. Diese verneint entgegen hM die Onlinelieferung –auch Download derselben Software. Zum Warenbegriff hat der AU.DCG nicht anderes gestattet. Das UN-Kaufrecht ist nicht anwendbar, wenn die Niederlassungen der Vertragsparteien in verschiedenen Staaten nicht offensichtlich sind. Da der AU.DCG keine vergleichbare Bestimmung wie das CISG bei Nichterkennbarkeit der Niederlassung hat, wird der AU.DCG immer anwendbar sein, wenn beide Vertragsparteien laut Handelsregister oder Gesellschaftsstatut Niederlassungen auf dem OHADA-Raum haben. Dabei gehen unrichtige Eintragungen hinsichtlich der Niederlassung einer Partei nicht zu Lasten der anderen Partei. Somit herrscht auch im OHADA-Warenkauf der objektive Maßstab für Erkennbarkeit des Niederlassungsorts. Hat eine Vertragspartei mehrere Niederlassungen schweigt der AU.DCG darüber, ob jene mit der engsten Beziehung zum Vertrag und zu seiner Erfüllung wie im CISG entscheidend ist. Falls ein Vertragspartner keine Niederlassung hat, schweigt der AU.DCG weiter, ob sein gewöhnlicher Aufenthalt maßgebend wie im UN-Kaufrecht ist. Im Anwendungsbereich des Achten Buches wird – mit Ausnahme von Selbständigen, die die handelsbezogenen Geschäfte verrichten- die Kaufmannseigenschaft der Parteien eines Vertrags über Waren vorausgesetzt. Durch diese Verknüpfung kann beispielsweise ein Rechtsanwalt (der kein Kaufmann sein kann) weder Partei eines OHADA-Kaufvertrags sein noch Anwaltshaftung geben. Im UN-Kaufrecht kann der Vertragspartner Rechtsanwalt sein. Dessen Anwaltshaftung kann in Fällen zutage treten, in denen Mandanten ihre Rechtsanwälte mit Erfolg auf Schadensersatz geltend gemacht hatten, wenn diese das CISG ohne überzeugende Begründung und – vor allem – ausreichende vorherige Aufklärung ihres Mandanten ausgeschlossen hatten. Wie im CISG sind Privatkäufe ausgeschlossen, sofern der Verkäufer nicht wusste oder wissen musste, dass es sich um einen Privatkauf handelte. Im Fünften Buch schien die bloße subjektive Zweckbestimmung zur privaten Verwendung auszureichen, um die Anwendung des AU.DCG des Fünften Buches auszuschließen. Da im E-Commerce die Business –to-Consumer-Verträge(B2C) in weitem Umfang von Privatpersonen geschlossen werden, sind die beiden Regelwerke in dieser Hinsicht adaptierungsbedürftig, um die Interessen der Verbraucher im Handelsverkehr besser in den Griff zu bekommen. Da nach OHADA-Recht die Vorbereitungsgeschäfte unter die

handelsbezogenen Geschäfte fallen, kann diese Situation dazu führen, dass die Vorschrift des Achten Buches kraft kollisionsrechtlicher Verweisung aufgrund des Verbraucherschutzes eine Eingriffsnorm darstellen kann. Das ist der Fall, wenn das österreichische Gericht diesbezüglich angerufen hätte. Es ist jedoch zu begrüßen, dass das OHADA-Kaufrecht sowohl die internen als auch die grenzüberschreitenden Geschäfte regelt. Das Regelwerk sollte dem Verkäufer und dem Käufer zugutekommen, zumal sie mit der Rechtsspaltung anders als nach CISG nicht konfrontiert werden.

Insgesamt liegt die Stärke des OHADA-Verfassers bei kurz gefassten Vorschriften und deren einheitlicher Anwendbarkeit. Dabei ist Vermögensfreiheit stark beeinträchtigt. Anders als im UN-Kaufrecht kann grundsätzlich die Geltung des AU.DCG nicht pauschal abbedungen werden. Der AU.DCG gilt nach seinem Erlass unmittelbar in den Mitgliedstaaten und geht dabei abweichendem nationalem Recht, älteren wie jüngeren Datums, sowie Gebräuchen und Gepflogenheiten vor. Vorbild für die „Actes Uniformes“ sind die EG-Verordnungen. Hinsichtlich der Vertragspflichten, der Rückabwicklung und des Eigentumsvorbehalts werden allerdings den Vertragsparteien individuell abweichende Vereinbarungen eingeräumt. Gegenüber dem UN-Kaufrecht ist die zwingende Anwendung des OHADA-Rechts maßgeblich. Die Folge ist spürbar bei Vertragsabschluss und Gefahrübergang. Mangels notwendiger Flexibilität und Kreativität können in genannten Bereichen viele wichtige Handelsbräuche de facto unerheblich sein.

Das OHADA-Regelwerk wie schon das CISG ist abschließend zu betrachten. Bei nicht geregelten Fragen gilt anders als im UN-Kaufrecht das "Droit commun". Damit werden die allgemeinen Regeln des nationalen Rechts eine taugliche Norm zur Lückenfüllung bei internen Kaufverträgen. Wenn internationale Verträge betroffen sind, erscheint die Vorschrift angesichts mehrerer konkurrierender nationaler Rechte als untauglich. Daher muss mangels einer einheitlichen Kollisionsnorm weiterhin auf das nationale (unvereinheitlichte) IPR zurückgegriffen werden. Da jeweilige nationale Regelungen in dieser Hinsicht schwer überschaubar sind, wäre es wünschenswert ein einheitliches Kollisionsrecht zu erarbeiten.

Der Vertragsabschlussmechanismus basiert auf den innerstaatlichen bekannten Komponenten Vertragsangebot und korrespondierende Vertragsannahme und

entspricht weitestgehend den Bestimmungen des CISG. Dabei ist die individuelle Gestaltungsmöglichkeit angesichts der zwingenden OHADA-Vorschriften stark beschränkt. Wie im CISG können die an eine unbestimmte Vielzahl von Personen adressierten Vorschläge(sog. Publikumsofferten) oder die ohne Angaben von bestimmten Preisen anders als im AU.DCG des Fünften Buches nunmehr als Angebote qualifiziert werden. Im Fünften Buch gab es in der Regel in dieser Hinsicht kein Angebot. Abweichungen ergeben sich aus der Rücknahme eines Angebots und dessen Annahme. Die Rücknahme ist nur möglich, wenn sie vor der ursprünglichen Erklärung beim Anbietenden eingeht. Die Rücknahme der Annahme ist nahezu der CISG-Vorschrift entsprechend. Allerdings muss man beim gleichzeitigen Zugang der Annahme und der Ablehnung des Angebots anders als im UN-Kaufrecht statt mit Rücknahme mit Widerruf bekämpfen. Aufgrund des Grundsatzes des Pacta sunt servanda ist derartiger Widerruf nur in Verbrauchergeschäften nachvollzierbar. Desweiteren erlischt das Angebot bei verspäteter Annahme. Im UN-Kaufrecht hingegen ist eine verspätete Annahme wirksam, wenn der Anbietende unverzüglich den Annehmenden in diesem Sinne mündlich oder schriftlich unterrichtet. Für die beiden Regelwerke stellt sich die Frage, inwiefern bei Vertragsabschluss die allgemeinen Geschäftsbedingungen(ABG) berücksichtigt werden können.

Das materielle Recht des AU.DCG des nunmehrigen Achten Buches entspricht im wesentlich dem CISG. Das Fünfte Buch schien weitgehend dem UN-Kaufrecht entliehen, zumindest deutlich im äußeren Aufbau. Die teils massiven Derogierungen im nunmehrigen Kernbereich des Achten Buches im Vergleich zum UN-Kaufrecht ziehen die größten Konsequenzen für das gesamte Regelwerk nach sich und bringen insofern ihre eigenen Identitäten mit. In den nachstehenden Auseinandersetzungen werden diese schrittweise erörtert.

Wie im CISG gehören zu den Pflichten des Verkäufers die Lieferung der vertragsgemäßen Ware inklusive aller dazugehörenden Dokumente sowie Zubehöre (lediglich im AU.DCG). Die Eigentumsverschaffung wird anders geregelt. Aber die Lieferung muss innerhalb einer angemessenen Frist erfolgen, wobei die Fälligstellung der Lieferung für die Regelwerke anders als im ABGB keiner Mahnung bedarf. Es wird bei Primärpflichten des Verkäufers angesichts der Lieferung der Ware differenziert, ob ein Beförderungsverkauf vorliegt oder nicht. Dabei entsteht jedoch im OHADA-Recht eine gewisse Unsicherheit aufgrund der unglücklichen Formulierung, da die Wahl des

Wortes "Lieferung" der Ware durch den Transporteur an den Käufer statt "Übermittlung" wie im CISG so verstanden werden kann, dass der Transporteur Teil einer vom Verkäufer geforderten Bringschuld ist und der als "Lieferung" beschriebene Akt findet erst zwischen Transporteur und Käufer statt. Sind allerdings die Lieferverpflichtungen mit der Incoterm " CIP" versehen, stellt diese Vorgehensweise einen Beförderungsverkauf dar. Gleiches gilt für andere " C-Klauseln der Incoterms". Bei der Auslegung der getroffenen Absprachen der Parteien- ohne Einbeziehung von Incoterms- ist von einer Bringschuld auszugehen, wenn der Verkäufer die Ware mit eigenen Leuten und eigenem Fahrzeug zum Käufer befördern soll. Da die Incoterms " Frei." sich in der Praxis teilweise auf die Erfüllungsortvereinbarung und teilweise auf die Kostenklausel beziehen, sind die Parteien gehalten nicht auf derartige Klauseln zurückzugreifen.

Zur Wahrung der Rechtsbehelfe wegen einer Mangelhaftigkeit der Ware oder sonstiger Verstöße gegen den Vertrag kennen die Regelwerke keine Unterscheidung zwischen ursprünglicher und nachträglicher Unmöglichkeit der Leistung, Verzug und Gewährleistung(betrifft hier nur das CISG) und positiver Forderungsverletzung. Während sich das UN-Kaufrecht schlechthin zum einheitlichen Begriff der Vertragsverletzung bekennt, macht der AU.DCG des Achten Buches eine Unterscheidung zwischen Vertragsverletzung und Gewährleistung. Dabei beschränkt sich das Gewährleistungsrecht nunmehr auf Rechtsmängel und persönliche Leistungsstörung des Verkäufers. Somit wurde die noch im Fünften Buch vorhandene und kritisierbare gesonderte Verkäuferhaftung(vom französischen Recht geprägt) wegen versteckter Mängel abgeschafft.

Bei Vertragsverletzungen (die gelieferte Ware entspricht den getroffenen Absprachen und den vereinbarten Merkmalen nicht) kann entweder die Erfüllung oder aber die Vertragsaufhebung verlangt werden. Dabei ist der Anspruch auf Erfüllung oder auf Vertragsaufhebung abweichend von CISG-Vorschriften. Im Vorfeld ist er gehalten, eine Folge ineinandergreifender Untersuchungs-, Rüge und Ausschlussfristen einzuhalten. Während der Regelung zur Untersuchungsfrist der UN-Kaufrecht-Regelung entspricht, sind die Regelungen zu den Rüge- und Ausschlussfristen von CISG-Vorschriften abweichend. Der Käufer muss die Vertragswidrigkeiten dem Verkäufer anzeigen. Dabei liegt im UN-Kaufrecht keine Rüge vor, wenn sich aus der unkommentierten Übersendung von Untersuchungsprotokollen oder der bloßen Mitteilung der Willen des

Käufers zur Beanstandung der gelieferten Ware nicht erkennen lässt. Es ist daher im CISG empfehlenswert, jeden Mängel anzugeben und die Symptome hinreichend zu beschreiben, da nach der Judikatur die Erklärungen (ZB erhebliche Mängel am Fahrzeug oder nicht fachmännisch repariert) sowie Äußerungen(die vereinbarte Qualität sei nicht erfüllt) angesichts der Anforderungen ungenügend sind. Es sei denn der Verkäufer reagiert in dieser Hinsicht zweckentsprechend auf die Anzeige. Anders als im Fünften Buch (entsprach dem CISG) wird nunmehr im Achten Buch keine besondere Beanstandung verlangt. Daher ist ausreichend lediglich eine Inkenntnissetzung der Reklamation. Im CISG steht dem Käufer eine angemessene Frist zur Anzeige ab Feststellung der Mangelhaftigkeit der Ware zur Verfügung. Im AU.DCG des Achten Buch erfüllt der Käufer hingegen seine Obliegenheit zur Rüge der Vertragswidrigkeit, wenn er diese innerhalb des Monats folgend der Lieferung anzeigt. Da die Frist der Anzeige im CISG im Gegensatz zum OHADA-Recht flexibel ist, neigen die Gerichte je nach Staat dazu, unterschiedliche Fristen anzusetzen. Beispielsweise wird in Österreich eine Frist von 14 Tagen als angemessen angesehen. Im Deutschland und in der Schweiz wird hingegen eine Frist von einem Monat akzeptiert. Im Allgemeinen werden 3 Monate aber auch bei einer Druckmaschine als unangemessene Frist bewertet. Bei Lebensmitteln und Pflanzen ist die Frist eher kürzer. Die Judikatur sieht eine Frist als überschritten an, wenn ZB die Champignons nach 10-16 Tage angezeigt werden. Bei Zitrusfrüchten liegt die Verspätung ab 12 Tagen vor. Ebenso wird eine Frist von 4 Wochen bei Lärchen als verspätet eingestuft. Im Kartoffelhandel wird hingegen eine 3-6 Tage-Frist als angemessen akzeptiert.

Im AU.DCG läuft die Frist bei ausfälligen Mängeln bereits ab der Lieferung an. Im CISG läuft die Frist abweichend an, sobald der Käufer die Vertragswidrigkeit festgestellt hat oder hätte feststellen müssen. Wie CISG hat der Käufer die Ware- soweit der Mangel nicht bereits bei der Lieferung ausfällig ist- zur Entdeckung der Vertragswidrigkeit innerhalb kurzer Frist zu untersuchen, es sei denn es wurde die (Weiter-)Versendung oder Umleitung der Ware vereinbart.

Versteckte Sachmängel müssen anders als im CISG spätestens innerhalb eines Jahres nach ihrer Entdeckung bzw. des Zeitpunktes an dem sie entdeckt hätten werden müssen, angezeigt werden. Ansonsten verliert der Käufer die aus der Vertragswidrigkeit herrührenden Rechtsbehelfe, sofern keine längere Garantie vereinbart wurde. Nach Fristablauf ist es dem Käufer auch im UN-Kaufrecht verwehrt,

sich auf die Vertragswidrigkeit der Ware zu berufen, es sei denn der Verkäufer kannte den Mangel bzw. hätte ihn kennen müssen und hat ihn dem Käufer nicht offenbart hat und der Verkäufer hat auf Anzeigefrist der Rüge vertraglich verzichtet. Die Bösgläubigkeit kann auch im AU.DCG des Achten Buches aufgrund des Gutglaubensgrundsatzes und den Handelsbräuchen dazu führen, dass die Anwendung der Ausschlussfrist- Untersuchungs- und Rügefrist komplett ausgeschlossen wird.

Insbesondere beträgt die Ausschlussfrist für Sachmängel im UN-Kaufrecht zwei Jahre und beginnt anders als OHADA-Recht erst mit der tatsächlichen Auslieferung der Ware. Diese kann reduziert werden-durch eine vertragliche Garantie, da die UN-Vorschrift dispositiv ist. Aufgrund des zwingenden Charakters des OHADA-Rechts kann die Jahresfrist lediglich verlängert werden. Die Ausnahmetatbestände bei Frist-Versäumung bestehen lediglich im UN-Kaufrecht. Es ermöglicht dem Käufer nach Ablauf der Rügefrist das Recht auf Schadensersatz exklusive entgangenen Gewinns, in Anspruch zu nehmen, wenn er die unterlassenen Anzeigen entschuldigen kann. Ausgehend davon sind die Regelungen hinsichtlich der Möglichkeit zur Einschränkung von Mängelansprüchen durch den Verkäufer einerseits grundsätzlich vergleichbar mit denen des UN-Kaufrechts, wenn auch teils abweichend und strikter und damit verkäuferfreundlicher. Andererseits erscheinen die Regelungen des AU.DCG Käuferfreundlicher, da die Regelungen zur Prüfungs- oder Anzeigefrist allerdingst nur dann gelten, wenn es sich bei dem Geschäft um ein beiderseitiges Handelsgeschäfts handeln, dh grundsätzlich ein Geschäft zwischen zwei Kaufleuten. Der Freiberufler als Käufer trifft anders als im CISG die Rügeobliegenheit nicht. Er Kann seine Mängelansprüche innerhalb der nationalen Recht-Verjährungsfrist jederzeit ohne Einhaltung einer Untersuchungs- oder Anzeigefrist geltend machen. Anderes gilt für Kleingewerbetreibende. Er ist nach dem Achten Buch als Selbständige zu bewerten und unterliegt somit dem AU.DCG.

Die dem Käufer zustehenden Rechtsbehelfe bei ordnungsgemäßer Anzeige sind formal weitestgehend denen des CISG entsprechend aber inhaltlich abweichend. Soweit diese nicht in einem zulässigen Umfang vertraglich ausgeschlossen wurden, handelt es sich um das Nacherfüllungs-, Aufhebung, Minderungs- und Schadensersatz- und Zurückbehalterecht. Dabei wird das Anhalterecht nicht ausdrücklich im AU.DCG erwähnt, obwohl der Beförderungsvertrag geregelt wurde.

Zunächst verlangt der AU.DCG des Achten Buches bereits bei vorweggenommenen Vertragsverletzungen anders als im UN-Kaufrecht eine richterliche Gestaltungserklärung, wenn das Zurückbehalterecht in Frage kommt. Die vorzeitige Aufhebung beim antizipierten Vertragsbruch findet in den AU.DCG des Achten Buches keinen Eingang mehr. Die richterliche Gestaltungserklärung ist auch bei Vertragsaufhebung erforderlich. Nach einer Auffassung werden offenbar den Vertragsparteien ein realistisches Einschätzungsvermögen und ein rücksichtvoller und gesetzeskonformer Umgang mit den ihnen zur Hand gegebenen Vorkehrungsmaßnahmen nicht zugetraut. Diese Ansicht ist zu mildern, denn die Parteien können im neuen AU.DCG wie im CISG einseitig den Vertrag aufheben, sofern eine schwerwiegende Vertragsverletzung dargestellt wird. Dieses Hybridsystem ist zu begrüßen. Einerseits wird das zu den wesentlichen Errungenschaften der Vereinheitlichung des Kaufrechts gehörende Prinzip der eigenverantwortlichen Gestaltung des Vertrages durch die Parteien berücksichtigt, andererseits wird auch dem vorherrschenden Recht in den Mitgliedstaaten Rechnung getragen. Dagegen bleibt unverständlich, dass bei Vertragsaufhebung eine " wesentliche Vertragsverletzung" wie im UN-Kaufrecht nicht mehr infrage kommt. Der Begriff der Wesentlichkeit ist restriktiv auszulegen und im Zweifel kommt keine wesentliche Vertragsverletzung in Betracht. Fraglich ist, ob zur Beurteilung einer schwerwiegenden Vertragsverletzung zu prüfen ist wie bei Wesentlichkeit im CISG, ob die vertragstreue Partei durch die Vertragsverletzung des Geschäftspartners das Interesse am Vertrag verliert und die vertragsbrüchige Partei das voraussehen konnte. Ob die Vertragsaufhebung als ultima ratio gedacht ist, ist schwer zu beantworten, zumal bei Vertragsverletzungen die Aufhebung des Vertrages systematisch bereits in Frage kommt.

Nach CISG kann auch die Missachtung der Exklusivitätszüge eine wesentliche Vertragsverletzung darstellen. Vergleichbar mit dem geltenden AU.DCG genügt anders als im UN-Kaufrecht die bloße Vertragswidrigkeit- wenn nur 5% der Warenlieferung vertragswidrig sind, um den Vertrag aufzuheben. Im UN-Kaufrecht begeht der Verkäufer eine wesentliche Vertragsverletzung, wenn ein Weiterverkauf oder eine sonstige Verwendung vertragswidriger Ware nicht möglich oder dem Käufer(Endabnehmer) nicht zumutbar ist. Der AU.DCG bekennt sich wie das CISG zur weiteren Voraussetzung für die Vertragsaufhebung, dass die Ware im wesentlichen in

dem Zustand zurückzugeben ist, in dem der Käufer sie erhalten hat, es sei denn er kann sich auf Ausnahmetatbestände(er hat für die Ursache des Sachmängel nicht zu verantworten) berufen. Anderes gilt bei einer unvollständigen Lieferung. Während die Hürde für die Aufhebung nur jener Teil der Lieferung betrifft, den der Käufer an den Verkäufer zurückgeben müsste, aber nicht zurückgeben kann, stellt der AU.DCG klar, dass das Aufhebungsrecht dem Käufer verwehrt ist, wenn er die teilbare Leistung nicht ablehnt. Dabei kann der Käufer den Schadenersatz in Anspruch nehmen. Zudem bekennt sich der AU.DCG wie das CISG zur eigenverantwortlichen Aufhebungserklärung und darüber hinaus bringt die richterliche Gestaltungserklärung demzufolge Neuerung gegenüber dem UN-Kaufrecht. Während die Erklärung der Aufhebung nach CISG auf Risiko des Verkäufers gesendet wird und unmissverständlich sowie unter Einhaltung einer angemessenen Frist sein muss, verlangt das Achte Buch hingegen das Einhalten einer Vorankündigungsfrist vor Anzeige der einseitigen Aufhebung des Käufers und schweigt über die genaue festgelegte Frist. Die rechtliche Konsequenz wegen Nichteinhaltung der Kündigungsfrist bleibt offen. Die Judikatur im CISG bewertet eine Frist über 5 Monaten nicht mehr als angemessen, wobei eine ausreichende Erklärung vorliegt, wenn die Aufforderung die geleistete Anzahlung zurückzuzahlen, nach Ablauf der Nachfrist erfolgt.

Wie bereits oben erwähnt, wird auf den Anspruch des Käufers auf Erfüllung der Primärpflichten anders als im CISG im neuen AU.DCG überraschend verzichtet. Derartiger Rechtsbehelf ist nach französischem Recht nicht ungewöhnlich, fremd ist es jedoch lediglich aus Sicht des Common-LAW. Da auch im Fall von Leistungsstörungen des Käufers der Primäranspruch auf Erfüllung der Käuferpflichten nicht normiert wurde, ist hier von einer Bevorzugung des Common-LAW auszugehen. Im Falle der Sondererfüllung betreffend der Nachbesserung und Ersatzlieferung wurde lediglich die Letztere vom CISG übernommen, aber stark modifiziert: Zum einen wird bei der Ersatzlieferung keine wesentliche Vertragsverletzung verlangt. Daher kann das Recht zur Nacherfüllung nur abgeschwächt zur Aufrechterhaltung des Vertragsverhältnisses bewegen. Zum anderen kann der Käufer bei einer Vertragsverletzung des Verkäufers entweder den Vertrag leichter aufheben oder eine Nachfrist für die Ersatzlieferung setzen. Bei Erfüllung innerhalb gesetzter Frist besteht kein Anspruch auf Schadensersatz, aber bei verspäteter Ersatzlieferung. Der Käufer kann bei der

Aufhebung des Vertrages zusätzlich Schadensersatz verlangen. Während diese Vorschriften im Ergebnis für den Verkäufer einschränkend erscheinen, handelt es sich für den Käufer um vorteilhafte Regelungen gegenüber gängigen Rechten des CISG. Anders als im CISG steht dem Käufer ein Anspruch auf Ersatzlieferung bei jedem- auch unwesentlichen Mangel-zu. Gleiches gilt für Aufhebung des Vertrages, wenn der gerichtliche Weg gewählt wird.

Das UN-Kaufrecht ist vorbildlich hinsichtlich des Minderungsrechts. Das Recht zur Kaufpreisherabsetzung steht dem Käufer als gleichrangiger Rechtsbehelf zur Aufhebung des Vertrages. Allerdings ist dabei weder eine wesentliche Vertragsverletzung noch eine besondere Minderungserklärung erforderlich. Es muss lediglich erkennbar sein, dass der Käufer bei Aufrechterhaltung des Vertrages den Kaufpreis wegen Belieferung mit vertragswidriger Ware kürzen kann. Eine Minderung des Kaufpreises ist auch auf null möglich, sofern eine andere Möglichkeit der Verwertung der Ware ausgeschieden wird. Gleiches gilt nach AU.DCG, wenngleich eine Stimme in der Literatur zum AU.DCG vertritt, dass das Minderungsrecht nur in Betracht kommt, wenn die gelieferte mangelhafte Ware noch verwendbar ist. Das Rechtsmittel der Minderung kann eigenverantwortlich ausgeübt werden. Stimmt der Verkäufer im UN-Kaufrecht zu, dass der Käufer versucht die vertragswidrige Ware zu bestmöglichen Bedingungen zu verkaufen, erklärt er damit zugleich sein Einverständnis mit einer entsprechenden Herabsetzung des Kaufpreises und so wird der Rechtsbehelf geltend gemacht .Zudem steht es dem Käufer frei, wegen weitergehendem, durch die Kaufpreisanpassung nicht abgedecktem Verlust(ZB überzahlter Einfuhrabgaben) vom Verkäufer Schadensersatz zu verlangen, sofern keine über die Kaufpreisherabsetzung getroffene Absprache solchen Anspruch ausschließt. Den Beweis trägt der Käufer.

Es ist unerklärbar, dass sich das Minderungsrecht unter dem Titel " Rechtsbehelfe des Verkäufers“ im AU.DCG befindet. Zumal sich aus dieser Systemwidrigkeit die nachvollziehbare Folge für das Zusammenspiel zwischen dem Nacherfüllungs- und Minderungsrecht nicht eindeutig ergibt und zum Streitfall führt. Anders als im CISG kann der Käufer je nach Lage des Falles in dieser Hinsicht die Minderung so schnell erklären. Im UN-Kaufrecht hingegen ist dem Käufer die Ausübung des Minderungsrechtsmittels verwehrt, wenn das Nacherfüllungsrecht in diesem Zusammenhang vorrangig ist. Das Verhältnis zwischen dem Minderungsrecht und dem

Schadensersatz begründet ebenso wenig die Systemwidrigkeit , da eine gleichzeitige Geltungsmachung von Herabsetzung des Kaufpreises und Schadensersatzansprüchen ausgeschlossen sein müsste, insbesondere bei Befreiungstatbeständen. Anders als im UN-Kaufrecht führt die erfolgreiche Entlassung zur Freistellung des Schuldners von allen Rechtsfolgen. Im UN-Kaufrecht beschränkt sich die Befreiung auf Schadensersatzansprüche.

Zu den Pflichten des Käufers gehört es den Kaufpreis zu zahlen und die Waren abzunehmen. Im Falle eines Spezifikationskaufes kann der Verkäufer die unterlassene Spezifizierung unbeschadet aller ihm zustehenden sonstigen Rechte selbst vornehmen. Eine dem Art 65 CISG vergleichbare Bestimmung enthielt der inzwischen aufgehobene und durch § 1063b ABGB ersetzten § 375 HGB. Er war Vorbild für die einschlägige CISG-Norm. Der AU.DCG enthält diesbezüglich keine vergleichbare Bestimmung.

Die Annahmepflicht des Käufers ist eine ganz zentrale Pflicht im CISG, welche dem AU.DCG auch durch seine Revision weiterhin fremd geblieben ist. Das UN-Kaufrecht verlangt bei Pflichtverletzungen des Käufers anders als im Achten Buch das Recht auf Verlangen der Erfüllung einerseits, damit der mit der Zahlung oder Abnahme der Ware säumige Käufer sein Fehlen innerhalb gesetzter Nachfrist wiedergutmacht. Der Verkäufer kann im Zuge des Rechts auf Erfüllung den Käufer auch auf Abnahme verklagen, während nach dem AU.DCG (im österreichischen Recht im ABGB die Warenannahme eine grundsätzlich nicht erzwingbare Obliegenheit darstellt) dieser Punkt nicht ausdrücklich geregelt wurde. Lediglich ein Zurückbehalterecht für die Nichtzahlung und den Notverkauf bzw Selbstverkauf wird dem Verkäufer eingeräumt. Ob über das „Droit commun“ die Annahmepflicht vollstreckbar werden kann, ist offen. Dennoch kann der Verkäufer in dieser Hinsicht den Vertrag aufheben.

Regelmäßig stellen im CISG jedoch die verspäteten oder sogar wiederholt verspäteten Zahlungen(wenn die Vertragsparteien weiter korrespondieren), die Verletzung der Abnahmepflicht sowie die ohne weiteres getätigte außerordentliche Kündigung einer Vertriebsvereinbarung keine wesentliche Vertragsverletzung dar, weil das Interesse des Verkäufers nicht wesentlich beeinträchtigt wird; jedenfalls würde sich dies schwer beurteilen lassen. Daher ist es dem Verkäufer zu raten eine angemessene Nachfrist zu setzen und dann, nach erfolglosem Verstreichen dieser, die Aufhebung zu erklären.

Der AU.DCG normiert allerdings die Nacherfüllung unter gesetzter Frist. Der erfolglose Ablauf einer gesetzten Frist führt nach der insoweit eindeutigen Vorschrift jedoch ausschließlich bei einem Zahlungsmangel - nicht aber bei der Verletzung der Annahmepflicht - zur Möglichkeit des Schadensersatzanspruchs. Da somit nur im Fall der Zahlungspflichtverletzung über eine Nachfristsetzung eine Erweiterung der Rechtsbehelfsmöglichkeiten des Verkäufers erreicht werden kann, stellen sich die Regelungen des AUDCG in dieser Hinsicht erheblich käuferfreundlicher dar als die des CISG und belasten den Verkäufer mit einer beträchtlichen Rechtsunsicherheit hinsichtlich der Aufhebung, die nur durch eine vertragliche Festlegung der "essentiellen bzw schwerwiegende " Bedeutung der Annahmepflicht für die Parteien reduziert werden kann. Während der Verkäufer im CISG bis zum Ablauf der Frist - ausgenommen dem Rechtsbehelf auf den Verspätungsschaden- andere Rechtsmittel nicht ausüben darf, darf er im AU.DCG lediglich keinen Schadensersatzanspruch erheben. Bei der Vertragsaufhebung ist auch ein Hybridssystem im AU.DCG vorgesehen. Einerseits besteht ein Recht zur Vertragsaufhebung, deren Durchführung auch hier nur über den Richter erfolgen kann. Andererseits erfolgt - wie nach UN-Kaufrecht - bei Vorliegen einer wesentlichen bzw gravierenden Vertragsverletzung durch den Käufer die Vertragsaufhebung durch Erklärung des Verkäufers. Abweichend ist jedoch eine Vorankündigungsfrist erforderlich.

Zusätzlich zur Vertragsaufhebung kann der Verkäufer Schadensersatz verlangen. Er kann auch wie im AU.DCG Zinsen auf ausstehende Zahlungen geltend machen. Während das achte Buch darüber hinaus eine Regelung zur Zinshöhe getroffen hat, wobei auf den gesetzlichen Zinssatz verwiesen wird, wird zur Bestimmung des anzuwendenden Zinssatzes im CISG soweit dazu keine Vereinbarung der Parteien vorliegt, einerseits teilweise auf das nach IPR maßgebliche nationale Recht verwiesen. Andere Stimmen vertreten die Heranziehung des Zinssatzes der geschuldeten Währung sowie die des am Sitz des Verkäufers relevanten Zinssatzes. Insbesondere im AU.DCG ist zu bemängeln, dass keine ausreichende Trennung zwischen den nationalen und den grenzüberschreitenden Kaufverträgen vorgenommen wurde. Bei einem Auslandskauf muss der Zinssatz über das IPR des Forumsstaates bestimmt werden. Der Beginn des Zinslaufs wird von einer schriftlichen Mahnung abhängig gemacht, wobei ein Verschulden des Schuldners nicht erforderlich ist. Im CISG hingegen werden die Zinsen allein aufgrund nicht rechtzeitiger Zahlung ausgelöst,

wobei es nicht auf Verschulden ankommt wie die Zahlungsverzugs- Richtlinie 200/35/EG verlangt.

Das Schadensersatzrecht des CISG folgt dem Grundsatz, dass für die aus der Pflichtverletzung entstanden Sach- und Vermögensschäden verschuldensunabhängig gehaftet wird, was aber durch die Befreiungsgründe gemildert wird. Danach wird für den Entfall der Schadenersatzpflicht verlangt, dass der Hinderungsgrund für die Nichterfüllung außerhalb des subjektiven Einflussbereichs des Schuldners liegt, den er vernünftigerweise bei Vertragsschluss nicht in Betracht zu ziehen, nicht vermeiden oder überwinden konnte. Bedient er sich zur Vertragserfüllung eines Gehilfen, haftet der Geschäftsherr für den durch seinen Gehilfen verursachten Schaden, es sei denn die Entlassungsvoraussetzungen liegen sowohl dem Geschäftsherrn als auch dem Gehilfen vor. In diesem Punkt ist die gehinderte Vertragspartei angehalten einer anderen Partei die Verhinderung in angemessener Frist anzuzeigen, ansonsten haftet sie trotzdem für allen Schaden, der aus der Unterlassung dieser Mitteilung entstanden ist.

Nach dem CISG ist der gesamte Schaden, einschließlich des entgangenen Gewinns zu ersetzen. Der Nachteil darf nicht doppelt befriedigt werden. Der für die vertragsbrüchige Partei aufkommende vorhersehbare Schaden liegt vor, wenn die vertragstreue Partei bei Aufrechterhaltung und Durchführung des Vertrages einen Gewinn oder sonstiges hätte erwarten können, was nun aber aufgrund des Vertragsbruches nicht zustande kam. Der entgangene Gewinn ist zu ersetzen, sofern der Käufer mit der Weiterveräußerung der Ware rechnen musste. Ein Gewinn kommt lediglich dann in Betracht, wenn der Käufer diesen bei gehöriger Erfüllung der Verkäuferverpflichtung durch Weiterveräußerung der Ware hätte erzielen können.

Nach AU.DCG kommt es für die Höhe des zu ersetzenden Schadens nicht auf Verschulden an, allerdings wenn man die Regelungen des AU.DCG in dieser Hinsicht als abschließend betrachtet. Vorbehaltlich von Befreiungsgründen begründet jede Verletzung vertraglicher Pflichten Schadensersatzansprüche. Wenn der Vertrag wegen einer Vertragswidrigkeit aufgehoben wurde, steht einer Vertragspartei das Recht zu, weitergehenden Schaden entweder zulasten des Schuldners durch ein angemessenes(lediglich im CISG) Deckungsgeschäft mit einem Dritten auszugleichen oder eine Differenz des Vertragspreises anhand des Marktpreises zu verlangen.

Letztere Möglichkeit besteht lediglich im UN-Kaufrecht und erfolgt auch, wenn der Käufer sich aus eigenen Beständen eindeckt oder nichts weiter unternimmt. Die zu geltenden Schäden sind grundsätzlich tatsächlich nachzuweisen. Wie im CISG unterliegen Pönalen Zwecken dienende Geldzahlungen nicht dem AU.DCG. Anders als im CISG wird aufgrund fehlender mit dem CISG vergleichbarer Bestimmung und Bezugnahme auf französisches Recht, die vom Verschulden unabhängige Haftung abgeschwächt, zumal der Gesetzgeber Raum für eine Koppelung der Vorhersehbarkeit als Haftungsgrenze beim Schadensersatz an Maßstäbe des Verschuldens lässt. Dieser Fall ist nachvollziehbar, wenn zumindest die Anwendung des "Droit commun" bei Haftungsbeschränkungen infrage kommt. Nach diesem Recht besteht eine Grenze nur bei leichter Fahrlässigkeit. Der Schuldner haftet hingegen bei vorsätzlichen grob fahrlässigen Vertragsverletzungen unbeschränkt. Daher ist schwer zu beantworten, ob nur Schäden in dem voraussehbaren Umfang erstattungsfähig sind. Stimmt man dem Grundsatz der Vorhersehbarkeit des Schadens und der verschuldensunabhängigen Haftung zu, umfassen die Schäden auch aufgewandte Inkasso- und vorgerichtliche Anwaltskosten, soweit nicht die Pflicht zur Schadensminderung missachtet wurde. Die Wechselkursdifferenzen können in Betracht gezogen werden.

Auch kommt der Einschluss vom entgangenen Gewinn ausdrücklich nur im Zuge des Anspruchs auf Vertragsaufhebung und zur Pflicht zur Schadensminderung in Betracht. Das UN-Kaufrecht ist besonders in dieser Hinsicht attraktiv. Die Regelung zur Schadensminderungspflicht ist weitergehend der CISG-Regelung entsprechend. Danach trifft den Geschädigten nach Treu und Glauben eine Pflicht zur angemessenen Schadensminderung. Soweit er den durch eine Vertragsverletzung verursachten Verlust einschließlich Gewinn durch eine zumutbare Maßnahme verringern hätte können, verliert er den Anspruch auf den nicht verhinderten Schaden, wenn er seiner Pflicht zur Schadensminderung nicht nachkommt. Anders war es im AU.DCG des Fünften Buches, wobei die Schadensminderungspflicht eine wesentliche Vertragsverletzung voraussetzt.

Bei den Befreiungstatbeständen tritt erneut ein starker Einfluss des französischen Rechts hervor. Anders als im CISG führt die erfolgreiche Entlastung der Schuldner zur Befreiung von allen Rechtsfolgen, sofern ein Fall der höheren Gewalt dargestellt wird oder der Grund der Nichterfüllung auf einem innerhalb des Einflussbereiches eines Dritten beruht. Daher geht die Befreiung deutlich weiter als im CISG, wo sie sich auf

Schadensersatzansprüche beschränkt, wobei andere Rechte das Aufhebungs- und Minderungsrecht, die Ansprüche auf den Zinsschaden und die Aufwandersatzansprüche aufrecht bleiben. Umstritten ist jedoch inwiefern Befreiungsgründe auf Erfüllungs- und Verbesserungsverlangen einwirken können. Liegt eine objektive Unmöglichkeit bzw Unzumutbarkeit der Erfüllung vor, ist von befreienden Umständen auch nach AU.DCG, wie bereits im CISG vertreten wird, auszugehen. Wie nach CISG vertreten wird, sollte das Begehren des Gläubigers auf bereicherungsrechtlicher Grundlage beruhen, nämlich der Herausgabe etwa an die Stelle der in seinem Vermögen untergegangen oder beschädigten Sache vom Vertragsbrüchigen.

Anders als im CISG wird im AU.DCG die Verjährung geregelt und deren Bestimmunge zeigen eine starke Anlehnung an die Regelungen des UN-Verjährungsübereinkommens. Statt 4 Jahr halbiert der OHADA-Gesetzgeber deren Frist auf 2 Jahre. Die Vorschriften sind zwingend und können ergänzt werden durch die widerspruchslosen Bestimmungen nationalen Rechts.

Im Ergebnis liegt der größte Gewinn des UN-Kaufrechts in seiner Flexibilität. Das neutral wahrgenommene Regelwerk kann vertraglich geändert oder anders als der AU.DCG ganz ausgeschlossen werden. Ein nicht zu unterschätzender Vorteil des AU.DCG besteht aus seiner Vereinheitlichungsqualität. Als Regelungsgrundlage für Unternehmen(Kaufleute) kommt er sowohl für internen als auch für internationalen Warenhandel zur Anwendung. Klar ist, dass das CISG für internationale Kaufverträge grundsätzlich vorrangig vor dem nationalen Recht gilt. Daher ist es empfehlenswert, dass der Wille zur Abwahl des CISG eindeutig aus der vertraglichen Abrede hervorgeht. Dabei ist jedoch zu überdenken, dass ohne weitere Überprüfung im konkreten Fall ein Derogieren des CISG zur Haftung der Rechtsvertreter (wegen fehlerhafter Beratung) führen könnte. Die zwingenden Vorschriften des AU.DCG sind unmittelbar anwendbar, sofern beide Parteien(Kaufleute) eines Warenkaufvertrags auf OHADA-Gebiet niedergelassen sind oder das IPR auf das Recht eines Mitgliedstaates verweist. Die Rechtswahl ist nur möglich, wenn eine der Parteien bei Kaufgeschäften nicht in einem OHADA-Mitgliedstaat ansässig ist. Strittig ist aber das Vorrangsverhältnis zwischen dem CISG und dem AU.DCG. Welches Regelwerk letztendlich vorteilhafter ist, hängt vom Einzelfall und der wesentlichen Rolle als Verkäufer oder Käufer ab, wobei die Bedeutung und die Komplexität des

Rechtsgeschäfts und die Interessenslage im Einzelfall maßgeblich sind. Insbesondere kommt das CISG für die komplexen Beschaffungsverträge gut an, zumal der Regelkörper eine Anpassung des Vertrages an die spezifischen Gegebenheiten ermöglicht.

II Ausblick

Aufgrund der durchgeführten Auseinandersetzungen gelangt man zu der Ansicht, dass die im AU.DCG des Fünften Buches auftretenden Probleme durch systematische Kopierung des CISG oder durch Ersetzung der Bestimmungen mit französischen Rechtsvorschriften nunmehr im AU.DCG des Achten Buches im wesentlichen beseitigt wurden. Trotz Revision des Fünften Buches muss der OHADA-Gesetzgeber weiterhin die Kritik gefallen lassen. Es ist schwer zu beantworten, an welchen Konzepten oder Techniken das neue Regelwerk sich orientiert. Während es klar ist, dass Konzepte oder Mechanismen des UN-Kaufrechts aus Mischung von Zivilisten- und Common-Law-Traditionen hervorgehen, schafft der OHADA-Verfasser nicht ansatzweise eindeutig eine derartige Symbiose zum Ausdruck zu bringen. Die Regeln zum Vertragsabschluss sind zufriedenstellend. Daher wurde der Widerspruch hinsichtlich des Angebotes mit oder ohne Kaufpreis überwunden. Aber im materiellen Recht ergibt sich, dass die vorherrschenden Konzepte im internationalen Warenhandel ab und zu gegeneinander ausgestaltet sind. Einerseits wird dem Grundsatz der verschuldensunabhängigen Haftung nach Common-Law-Tradition Wirkung verliehen und zugleich die Haftungsgrenze anhand Prinzipien aus Französischem Recht beurteilt. Zur Lückenfüllung gilt nach wie vor die Heranziehung des Art 237 AU.DCG, also ein Lösungsweg mit Hilfe des "Droit commun"bzw nationalen Rechtsnormen. Derartige Lösungsansätze sind für interne Geschäfte überzeugend, dieser hingegen erscheint für internationale Geschäfte untauglich, insbesondere für Geschäftspartner aus dem Common-Law-Raum. Sinn und Zweck der OHADA ist es, in allen Mitgliedstaaten einheitliche, verlässige und attraktive kaufrechtliche Bestimmungen zu schaffen. Der Anspruch des Systems auf Abgeschlossenheit wird durch Berufung auf" Droit commun" vernachlässigt und demzufolge der Vereinheitlichungsgedanke stark beschädigt. Daher muss wiederum die Zielsetzung sein, Sorge zu tragen, dass Sinnermittlung des AU.DCG wie beim CISG zunächst aus sich selbst heraus erfolgen

muss. Der gemeinsame Gerichtshof muss bei allen Vorfragen eine schätzbare Rolle bei Auslegung spielen und konsensfähige Lösungen anbieten, um die Rechtssicherheit für alle wirtschaftlichen Teilnehmer zu gewährleisten. Der CCJA hat bereits mehrfach zur Aufklärung entscheidender Fragen seine Kompetenz unter Beweis gestellt. Der Mangel an Vereinheitlichungsgedanken und die unvermeidbaren gesetzgeberischen Korrekturen an diesen Stellen können darüber hinaus als Hemmschwelle betrachtet werden, die die Inverstoren nach wie vor abhalten kann, zum wirtschaftlichen Wachstum beizutragen. Der Fehler der zuvor vorhandenen Regeln zu Sukzessivverträgen und vorzeitiger Vertragsaufhebung gegriffen zu haben(ein Druckmittelinstrument) könnte weiterhin das im Vordergrund stehende integrative, moderne und verlässliche Rechtswesen verstärken.

Die Erweiterung des Anwendungsbereichs des AU.DCG kraft IPR-Verweisung hat praktische Auswirkung. Guinea und Gabun OHADA-Mitgliedsstaaten sind bereits CISG-Vertragsstaaten und bei Anwendung der Subsidiaritätsregel des Art 90 CISG ist es nicht zweifelsfrei, ob eines der Regelwerke verdrängt wird. Umstritten ist in der Lehre, ob die Rechtsakte wie AU.DCG als internationale Übereinkünfte eingestuft werden können. Daher ist ein Beitrag zum CISG mit Erklärungsvorbehalt nach Maßgabe des Art 94 CISG zu befürworten. Für den Warenhandel mit in Drittstaaten niedergelassenen Parteien muss ein einheitliches IPR erarbeitet werden, sodass das UN-Kaufrecht lediglich über das jeweils anwendbare Kollisionsrecht auf Kaufverträge zwischen den Parteien in OHADA-Mitgliedsstaaten und Drittstaaten Anwendung findet, wenn der Verkäufer in einem der UN-Kaufrecht-Vertragsstaaten ansässig ist.

Bei der punktuellen Revision sollte auch das Interesse an Verbraucherschutz berücksichtigt werden. Daher ist eine Adaptierung der Vorschrift hinsichtlich der Verbraucherkäufe förderlich, damit der AU.DCG für" verdeckte " Verbraucherkäufe keinen Regelungsanspruch erhebt. Gerade im E-Commerce, also bei Vertragsanbahnung und -abschluss insbesondere über das Internet aufgrund der bestehenden Anonymität fehlen die Merkmale, aus denen die Trennung des Verwendungszwecks zwischen B2B und B2C erfolgen kann. Anders als im UN-Kaufrecht bestehen in der OHADA keine anerkannten allgemeinen Grundsätze der Parteiautonomie und der vollständigen Modifizierbarkeit der Vorschriften des AU.DCG.

Das UN-Kaufrecht ist ansatzweise kein Modell der Moral, sondern ein Lösungsmodell. Ein derartiges Modell ist verbesserungsbedürftig. Bei den Verbesserungen ist es wünschenswert die Frage der "verdeckten" Verbraucherkäufe im E.Commerce in Betracht zu ziehen. Die Bestimmung der Schutzbedürftigkeit der Verbraucher soll unabhängig von Kenntnis oder vorwerfbarer Unkenntnis des Verkäufers vom privaten Verwendungszweck der gekauften Waren ausgestaltet sein. Gerade bei neutralen Warenkäufen ist im E-Commerce die Grenze zwischen dem privaten und gewerblichen Zweck der gekauften Waren wichtig. Zudem bleibt in der Judikatur offen, ob die Lieferung vorfabrizierter Teile zur Erstellung eines als Familienwohnung konzipierten Fertighauses unter den privaten Gebrauch fällt(Obergericht des Kantons Aargau, IHR 2010, 2009 ff, 211). Die Anwendbarkeit des UN-Kaufrechts in sachlicher Hinsicht wirft weiter die Frage der Wareneigenschaft auf. klar ist dabei, dass die "Ware" bewegliche Sache ist. umstritten ist jedoch, ob es sich auch um eine körperliche Sache handeln muss. Die rechtliche Einordung von Verträgen über Software ist umstritten. Die Judikatur bejaht, dass der Vertrag zur Lieferung von Standardsoftware via Datenträger (zB einem USB-stick) dem CISG unterliegt und entgegen hM fällt eine Onlinelieferung desselben oder im Zuge des Download nicht unter den CISG.

Die tendenzielle Bildung regionaler Wirtschaftsblöcke mit zunehmend politischer und auch rechtlicher Integration stellt eine neue Herausforderung dar, wobei insbesondere die Normenkonkurrenzen und -konflikte zwischen Universalem und regionalem Einheitsrecht besser gemeistert werden sollten. Beispielsweise sollte die Subsidiaritätsregel des Art 90 CISG neu ausgestaltet werden, zumal umstritten ist, ob die Verordnungen der EG oder der AU.DCG der OHADA als Übereinkünfte iSd Art 90 des UN-Kaufrecht qualifiziert werden könnten.

Ausgehend davon wäre die Schaffung eines CISG-Hochgerichts denkbar, dass als letzte Instanz die Sorge trägt, deren Bestimmungen einheitlich auszulegen.

Trotz erhobener Kritik am fehlend systemkonformen Aufbau und an mangelnder Genauigkeit und notwendiger Flexibilität des AU.DCG im Vergleich mit dem CISG sowie der starken Beschädigung des Vereinheitlichungsgedanken ist bemerkenswert, dass ein einheitliches Handelskaufrecht für bereits 17 Mitgliedstaaten in dieser Region ausgestattet wurde, das die zuvor sehr verschiedenen, fragmentarischen und veralteten Regelungen ersetzt. Die Revision des AU.DCG des Fünften Buches zeigt

die Bereitschaft des OHADA-Gesetzgebers, positiv mit Kritik umzugehen. Die gewünschten Änderungen können für bestimmte Punkte lediglich rechtstheoretische Handschrift aufweisen, die in der Anwendungspraxis nicht als relevant wahrgenommen wird. Die Kritik am UN-Kaufrecht und am AU.DCG darf nicht verschleiern, dass der große Erfolg der Regelwerke darin liegt, dass sie für den Handel in Vertragsstaaten grundsätzlich ein einheitlich geltendes Sachrecht für die Beurteilung aller grenzüberschreitenden(in der OHADA auch interne) Verträgen zur Verfügung stellen, die die Lieferung von Waren betreffen . Sie beinhalten die Regeln zum Vertragsabschluss über Waren, die Pflichten, die Folgen der Vertragsverletzungen und Gefahrtragung und geben in der Regel eine unmittelbare Antwort auf die Sachfrage, wobei vermieden wird, dass die rechtliche Beurteilung des gleichen Sachverhalts an verschiedenen Gerichten in unterschiedlichen Ländern unterschiedlich ausfällt. Die Vorgehensweise verspricht Rechtssicherheit aus globaler- und regionaler Sicht und kann sowohl für den Verkäufer als auch für den Käufer je nach konkretem Fall vorteilhaft sein. Die Verstärkung des Verständnisses des AU.DCG durch Verbreitung und Vertiefung ist eine unverzichtbare Voraussetzung für dessen Akzeptanz und durch richtige Anwendung soll diese Arbeit darüber hinaus zur Steigerung praktischer Bedeutung des CISG beitragen. Letztendlich zielt die Untersuchung darauf ab, die rechtliche Sicherheit im Wirtschaftsleben zu fördern.

Quellen- und Literaturverzeichnis

Dibril, La supranationalité de L´Organisation pour l´Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA), Rev.burk.dr.Nr.37(2000), S 9-27Achilles, Wilhelm-Albrecht, Kommentar zum UN-Kaufrechtsübereinkommen(CISG), Neuwied, 2000

Achilles, Jacques, Justice et développements: le point de vu des entreprises, Nr. 156(spécial) S 72-73

Achilles, Jacques, le nouveau droit des affaires entre en vigeur en Afrique (Zone Franc),

Adotevi Armand, les lacunes du droit des affaires harmonisé, J.A.E. du 1-14, 1998, S 136,

Agboyibor, Pascal K., L´OHADA a adopté un nouvel Acte Uniforme relativaf au Transports des Marchandises par route, R.D.A.I. 2003, S 440-440

Agboyibor, Pascal K., OHADA: Droit des affaires en Afrique (Rechtsprechung zu Art.9), R.D.A.I. 1999, S 578-581

Agboyibor, Pascal K., Récents développements du projet d´harmonisation du Droit des affaires en Afrique(OHADA), R.D.A.I. 1996, S 301-320

Alter, Maurice, L´obligation de délivrance dans la vente de meubles corporels, These, Grenoble, 1972

March. Trop., 9.Januar 1998, S 51-52

Alliot, Michel, Problèmes de l´unification du droit africain, la justice en Afrique; Afrique contemporaine, J.A.L. Vol.II,Nr.2, 1967, S 86-98

Antonmatei, Paul-Henri, Contribution à l´étude de la force majeure, Paris, 1992

Antonmatei, Paul-Henri/Raynaud, Jean, Droit civil, Contrat spéciaux, Litec, 2.Auflage, 2000

Apathy, peter/Bydlinsky, Peter/Dullinger, Silvia/Eccher, Bernard/Iro, Gert/Kerschner, Ferdinand/Posch, Willibald/Riedler, Andreas, Bürgerliches Recht VIII, 2., vollständig überarbeitete und erweiterte Auflage, 2008, S 387ff.

Aubert, Jean-luc, Notions et rôle de l´offre et de l´acceptation dans la formation du contrat, Paris, 1970

Audit, Bernard, Droit International Privé, Paris, 1991(zitiert:D.I.P.)

Audit, Bernard, La vente in ternationale de Marchandises: Convention des Nations Unies du 11 avril 1981, Paris, 1990

Bamodu, Gbenga, Transnational Law, Unification and Harmonisation of International Commercial Law in Africa, J.A.L.Nr.38(1194), S 125-143

Bento Soares, Maria Â./Moura,Rui M., Les moyens dont dispose l´acheteur en cas de contravention au contrat par le vendeur(autre que le défaut de conformité)dans la conventionde Vienne de 1980 sur les contrats de vente internationales de marchandises, Unif.L.Rev. 1986, S 67-89

Bernstein, Herbert/Lookofsky, Joseph, Understanding the CISG in Europe, Den Haag, 1997

Beudant, René/Lerebours-Pigeonniere (P.), Cours de droit civil francais, t. XIV, par Voirin, Paris, Ed. Rousseau, 1948

Bianca, Cesare M./Bonell, Michael J.(Hrsg.), Commentary on the international sales law, Mailand, 1987(zitietrt:Bianca/Bonell/Bearbeiter)

Bolmin, Monique/Bouillet-Cordonnier, Ghislaine/Medjad, Karim, Harmonisation du droit de la Zone franc, J.D.I. Nr. 2 (1994), S 375- 392 (Fn 10), S 387

Bonell, Michael J., Vertragsverhandlungen und culpa in contahendo nach dem Wiener Kaufrechtsübereinkommen, RIW 1990, S 693-702

Bourdin, René, Le Réglement d´Arbitrage dela Cour Commune de Justice et d´Arbitrage, Rev.cam.arb.1999, S 10-15

Caemmerer, Ernst von/Schlechtriem, Peter, Kommentar zum Einheitlichen Kaufrecht, 2 Auflage, München, 1995(zitiert: vCaemmerer/Schlechtriem/Bearbeiter und Hagge, vCammerer/Schlechtreim/Huber, siehe Hagge, S 92)

Capitant, Henri, de la cause des Obligations, 3.Ed., 1928

Capitant, Henri/Terré, Francois/Lequette yves, les grands arrêts de la jurisprudence civile, Tome II: Obligations, contrats spéciaux, sûretés, 11.Auflage, Paris, 2000

Carbonier, Jean, Droit civil, Band III, Les Biens, P.U.F. 1988

Carbonier, Jean, Les obligations, P.U.F., 1988

Chabas, Francois Obligations et contrats spéciaux, Rev.trim.dr.civ.1981, S 849-852

Ciresa, Meinhard, Urheberwissen für die Praxis; Wie schütze und nutze ich geistiges Eigentum? Wien, 2009, S 210- 211

ClOUT,Case Law on UNICITRAL Texts, www.uncitrag.org

Collard Dutilleul, Francois/Delebecque, Philippe, Contrats civils et commerciaux, 4. Auflage, Paris, 1998

CROS (M.L),„Les contrats à execution échelonnée", D.S. 1989, chron., 52 nos 18 et s.

Crosio, Alain, Le contrat de vente en droit commercial, Paris, 1989

Czerwenka, Beate, Rechtsanwendungensprobleme im internationalen Kaufrecht, Berlin, 1988

Date-Bah, Samuel K., United Nations Convention on Contrats for the International Sale of Goods, 1980: Overview and Selective Commentary, Ghana L.Rev.1979, S 50-67

David, René, la Refonte du Code civil dans les Etats Africains, Penant Nr. 692(1962), S 352-364

David, Réne, le droit du commerce international, reflexions d´un comparatiste sur le droit international privé, Ed. Economica, Paris, 1987

Deixler-Hübner, Astrid/Klicka, Thomas, Zivil verfahren; Erkenntnisverfahren und Grundzüge des Exekutions- und Insolvenzrechts, 3. Auflage, 2003

Derains, Yves/Ghestin, Jacques, La Convention de Vienne sur la vente internationale et les incoterms, Actes du Colloque des 1er et 2 décembre 1989

Dölle, Hans(Hrsg.), Kommentar zum Einheitlichen Kaufrecht; Die Haager Kaufrechtsübereinkommen vom 1. Juli 1964, München, 1976(zitiert: Dölle/Bearbeiter)

Doralt, Peter(Hrsg.), Das UNCITRAL-Kaufrecht im Vergleich zum österreichischen Recht, Wien, 1985

Enderlein, Fritz/Maskow, Dietrich/Strohbach, Heinz, Internationales Kaufrecht, Berlin, 1991

Fénéon, Alain, Bilan et perspectives de l´OHADA, Rev.jur.pol.2001, S 243-251

Fénéon Alain, Le nouveau droit de l´arbitrage commercial en Afrique, Cabinet Fénéon, Paris, 1999

Fénéon Alain, Droit de l´Arbitrage-Commentaires de l´Acte Uniforme sur l´arbitrage et due réglement dela CCJA, Paris, 2000

Fénéon, Alain/Gomez, Jean René, Droit commecial général-commentaires, Paris, 1999

Ferid, Murad/Sonnenberger, H.J, Das französische Zivilrecht; Band 1/1 Allgemeine Lehren des Französischen Zivilrechts; Erster Teil: Einführung und Allgemeiner Teil des Zivilrechts, 2.Auflage, Heidelberg, 1994

Ferrari, Franco, Contrat de vente Internationalee, Brüssel, 1999

Ferrari, Franco, International Sales Law in the Light of the OHBLA Uniform act Relating to General Commercial Law and the 1980 Vienna Sales Convention, R.D.A.I. 2001, S 599-607

Ferrier, David, La protection des consommateurs, Dalloz, Collect.Connaissance du Droit, 1996

Flour, Jacques/Aubert, Jean-Luc/Flour, Yvonne/Savaux, Eric, Les obligations: 3. Le rapport d´obligation, Paris, 1999

Gamerith, Helmut, Wettbewebsrecht I, 6.Auflage, 2008, S 113-117

Geist, Reinhard, Die Gefahrtragung nach dem UN-Übereinekommen über den internationalen Warenkauf, WiBl. 1989, S 349-358

Gervais dé lafond, Tristan, Le traité relatif à l´harmonisation du droit des affaires en Afrique, Gaz.Pal.20-21 Sept. 1995, S 1084-1087

Ghestin, Jacques, Les obligations du vendeur selon la Convention de Vienne du 11 Avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises, R.D.A.I. 1988, S 5-26

Ghestin, Jacques, Traité de droit civil- la formation du contrat, 3 Auflage, Paris, 1993

Ghestin, Jacques, Conformité et garantie dans la vente, op.cit.,p.17,n0 10

Ghestin, Jacques/Desché, Bernard, Traité des contrats-La Vente, Paris , 1990

Gomez, Jean René, Un nouveau droit de la vente commerciale en Afrique, Penant Nr. 827(1998), S 145-1985

Gross, Bernard, Le Droit de la vente, Paris, 1978

Guillien, René/Vincent, Jean, Lexique des terme juridiques, 8.Auflage, 1990

Guyon, yves „Conclusion“, in Petites Affiches NR 205 von 13 Oktober 2004, 59-63

Guyon, Yves Droit des affaires, tome 1: Droit commercial général et sociétés, 12.Auflage, 2003

Haberl, Andrea, UN-Kaufrecht, 2009

Hagge, Nicolas, Das einheitliche Kaufrecht der OHADA(Organisation pour l ´Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires), Band 2, Frankfurt am Main, 2004

Happ, Richard, Anwendbarkeit völkerrechtlicher Auslegungsmethoden auf das UN-Kaufrecht, RIW 1997, S 376-380

Herber, Rolf/Czerwenka, Beate, Internationales Kaufrecht, Kommentar zum CISG; München; 1991

Heuzé, Vincent, La vente internatinale de marchandises, L.G.D.J. Paris, 2000

Huet, Jean, Traité de droit civilles principaux contrats spéciaux, L.G.D.J., 1996, S. 559

Honnold, John, Uniform Law for International Sales, Under the 1980 United Nations Convention, 2. Auflage, Deventer, 1991

Honsell, Heinrich(Hrsg.), Kommentar zum UN-Kaufrecht, 2009

Honsell, Heinrich(Hrsg.), Kommentar zum UN-Kaufrecht, Berlin/Heidelberg, 1997(zitiert:Honsell/Bearbeiter)

Houin, René/Pedamon, Jean Jacques, Droit commercial, S 773

Hoyer, Hans/Posch, Willibald(Hrsg.), Das Einheitliche Wiener Kaufrecht, Neues Recht für den internationalen Warenkauf, Wien, 1992

Hüber,Ulrich/Constantinesco, Vlad, Einführung in das französische Recht, 4. Auflage, München, 2001

Hutter, Max, Die Haftung des Verkäufers für die Nichtlieferung bzw.Liefrung vertragswidriger Ware nach dem Wiener UNICITRAL-Überienkommen über internationale Warenkaufverträge vom 11.April 1980, Regensburg, 1988

Issa-Sayegh, Joseph, la porté obrogatoire des acte uniformes de l´OHADA sur lde droit interne des Etats parties, Rev.burk.dr.2001, S. 51-61

Issa-Sayegh, Joseph/Lohues-Oble, Jaqueline, OHADA: Harmonisation du droit des affaires , Brüssel, 2002

Kahn, Philippe, Convention de Vienne du 11 avril 1980; Caractères et domaine d´application, Dr.prat.com.int, 1989, S 385-339

Kappus, Andreas, Rechtsvergleichende Aspeckte zur Vertragsaufhebung wegen Sachmangels nach UN-Kaufrecht, RIW 1992, S 528-533

Karollus, Martin, UN-Kaufrecht, Wien, 1991

Karollus, Martin/Huemer, Daniela/Harrer, Martina, Casebook: Handels-und Gesellschaftsrecht, 2., überarbeitete Auflage, Wien, 2008, S 19- 22

Kenfack Douajni, Gaston, L, abandon de souveraineté dans le traité OHADA, Penant Nr. 830(1999), S 125-134

Kenfack Douajni, Gaston, la vente commerciale OHADA, Unif.L.Rev. 2003-1/2, S 191-201

Kirsch, Martin, L´Harmonisation du droit des Affaires en Afrique. Outil technique de l´intégration économique, jb afr.R 1996, S 57-68

Koziol, Hermut/Welser, Rudolf, Bügerliches Recht, Band I, 12. Auflage, Wien, 2001

Koziol, Hermut/Welser, Rudolf, Bürgerliches Recht, Band II, 12. Auflage, Wien, 2001

Krebs, Markus, Die Rückabwicklung im UN-Kaufrecht, München, 2000

Lausanner Kolloquium, Winer Übereinkommen von 1980 über den Internationalen Warenkauf; Schweizerisches Institut für Rechtsvergleichung; Lausanner Kolloquium 19./20.November 1984, Zürich, 1985

Kerschner, Ferdinand/Bydlinsk, Peter, Bürgerliches Recht für Fortgeschrittene-Fälle und Lösungen, 5. Auflage; Wien, 2008

Krejci, Heinz, Unternehmensrecht, 4.Auflage, Wien, 2008, S 32- 56, 262- 271

Lafili, Luis/Gevurtz, Franklin/Campell, Denis, Survery of the International Sale of Goods, Deventer, 1986

Loewe, Roland, Internationales Kaufrecht, Wien, 1989

Lohoues-Oble, Jaqueline, L´apparition d´un droit international des affaires en Afrique, Rev.int.dr.comp.1999, S 543, 591

Magnus, Ulrich, die allgemeinen Grundsätzer im UN-Kaufreht, RabelsZ 59(1995), S 469-494

Malaurie, Philippe/Aynès, Laurant, Cours de droit civil; Tome VI: les obligations, 7.Aulage, Paris, 1997

Marchand, Sylvain, les Limites de l´Uniformisation matérielle du droit de la vente internationale; Mise en oeuvre de la Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises dans le contexte juridique suisse, Bâle et Francfort-sur-le- Main, 1994

Mazeaud, Henri/Mazeaud, Jean/Mazeaud, Léon/Chabas, Francois, Lecons de droit civil; Tome II/1: Théorie Générale, 8.Auflage, Paris 1991

Meyer Pierre, Droit international privé, 6. Auflage, Paris, 1998(zitiert:D.I.P)

Mohr, Martina, Der Franchisevertrag, Wien,1999, S 41-44, 67-70

Monga, Célestin, L´Argent des Autres; Banques et Petites entrpriese en Afrique: Le cas du Cameroun, 1997, S 15

Mouloul, Alhousseni, Comprendre l´OHADA, Niamey, 2000

Ndoye, Doudou, la nouvelle Cour de cassation des pays de l´OHADA, Dakar, 1998

Ndulo, Muna, The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) and the Eastern and Southern African Preferential Trade Area, Lesotho L.J. 3 (1987), S 127-158

Ng´ ong´ola, Clement, The Vinna Sales Convention of 1980 in the Southern African Legal Environment:Formation of the Contract of Sale, Afri.J. Int. &Comp.L. 4 (1992), S 835-854

Ngeubou Toukam, Josette, Le Droit Commercial dans l ´Acte Uniforme OHADA, Yaoundé, 1998

Niggermann, Friedrich, Les obligations de l´acheteur sous la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, R.D.A.I. 1988, S 27-43

Nowotny, Georg, Gesellschaftsrecht, lehrbuch, 3.Auflage, Wien, 2007

Nsie, Etienne, la formation du contrat de vente commerciale en Afrique, Penant Nr. 829(1988), S 5- 19

Nyama, Jean-Marie, ÉLément de Droit des Affaires; Cameroun-OHADA, 2002, S 16-27

Ofner, Helmut/Zank, Wolfgang, Bügerliches RechtTeil IV; Internationales Privatrecht Erbrecht, 2007, S 11, 28- 31

Pechstein, Matthias, Entscheidungen des EuGH; Kommentierete Studienauswahl, 4. Auflage, 2007, S 1

Perner,Stefan/ Spitzer,Martin/ Kodek,Georg E.,Bürgerliches Recht, 2008, S 630

Pfleiderer, Tilman, Das neue einheitliche Wirtschaftsrecht afrikanischer Mitgliedstaaten der Organisation der OHADA, RIW 1998, S 468-471

Piltz, Burghard, Internationales Kaufrecht; Das UN-Kaufrecht(Wiener Übereinkommen von 1980) in praxisorientierter Darstellung, 2.Auflage, München, 2008

Piltz, Burghard, Internationales Kaufrecht; Das UN-Kaufrecht in praxisorientierter Darstellung, 2.Auflage, München, 1993

Piska, Christian M./Lenzhofer, Stephan(HG.),Casebook: Einführung in die Rechtswissenschaften, 2.überarbeitete Auflage, 2008/2009, S 114- 116

Pizzo, jean-pierre, introduction de la notion de consommateur en Droit francais, 1996

Plantard, Jean Pierre, Un nouveau droit uniforme de la vente internationale: La Conventions des Nations Unies du 11 avril 1980, J.D.I. 1988, S 311-367

Posch, Willibald, Bürgerliches Recht VII; Internatinales Privatrecht, 4. Auflage, 2008, S 149- 164, 190- 209

Pougoué, Paul-Gerard/Sawadogo, Filiga Michel/Issa-Sayegh, OHADA-Kommentar, Traité et Actes Uniformes commentés et annotés, Juriscope 1999

Pougoué, Paul-Gerard/Anoukaha, Francois/Ngeubou, Josette, le droit des sociétés commerciales et du Groupement d´interêt économique OHADA, 1998, S 9-15

Rabel, Ernst, Der Entwurf eines einheitlichen Kaufgesetzes, RabelsZ 9(1935), S 1-79 und 339-363

Reinhart, Gert, UN-Kaufrecht; Kommentar zum Überienkommen der Vereinten Nationen vom 11.April 1980 über Verträge über den internationalen Warenkauf, Heidelberg, 1991

Santos, Akuété Pedro/Toé, Jean Yado, Ohada: Droit commercial général, Brüssel, 2002

Schlechtriem, Peter(Hrsg.), Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, 3.Auflage, München, 2000

Schroter, Ulrich G., Das einheitliche Kaufrecht der afrikanischen OHADA-Staaten im Vergleich zum UN-Kaufrecht, Recht in Afrika 2001, 163-176

Schrorter, Ulrich G., UN-Kaufrecht und Europäisches Gemeinschaftsrecht; Verhältnis und Wechselwirkung, München, 2005

Schwimann, Michael/Posch, Willibald(Hrsg.), Praxiskommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch samt Nebengesetzen; Band 5, 2. Auflage, Wien, 1997

Soergel, Hans, The Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods: UNICITRAL´s First-Born, Am.J.Comp.L. 23 (1975), S 337-362

Sonnenberger, Hans Jürgen, Französisches Handels-und Wirtschaftsrecht, 2. Auflage, Heiderlberg, 1991

Starc,Boris/Roland, Henri/Boyer, Laurent, Obligations; „: Contrat, 5.Auflage, Paris 1995

Staudinger, Julius von, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch; Wiener UN-Kaufrecht(CISG); Bearbeiteter: Ulrich Magnus, 13.Auflage, Berlin, 1999(zitiert: Staudinger/Magnus)

Stern, Elisabeht, Erklärungen im UNICITRAL-Kaufrecht, Wien, 1990

Terré, Francois/Simler, Philippe/Lequette, Yves, Droit civil; Les obligations, 6.Auflage, Paris, 1996

Tietcheu, Jeanne, Harmonisation du droit des affaires, c´est parti, J.A.E:Nr.257

Tiger, Philippe, le droit des affaires en Afrique; OHADA, que sais-je?

Nr. 3536, Paris, 1999

Vida, Sándor Alexander, Garantie du vendeur et proprietés industrielle: les „vices juridiques“ dans la vente internationale de marchandises, Rev.Trim.dr.com.1994, S 21-36

Witz, Wolgang/Salger, Hanns-Christian/Lorenz, Manuel, Internationales Einheitliches Kaufrecht, Heidelberg, 2000

www.

1. Ulrich G. Schroeter

cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/schroeter.html

6. Dez. 2001 – Das einheitliche Kaufrecht der afrikanischen OHADA-Staaten im Vergleich zum UN-Kaufrecht. Ulrich G. Schroeter

L'HARMONISATION DU **DROIT** DES AFFAIRES EN AFRIQUE

www.juriscope.org/actu.../**OHADA**/**ohada**_1.pdf
Regard sous l'angle de la théorie générale du droit. H. D. MODI KOKO BEBEY L'article 2 du Traité OHADA ainsi rédigé va-t-il relancer en Afrique La reforme du droit des affaires de l'Ohada au regard de la mondialisation de l'économie(1) www.institut-idef.org (21.2.2011)

Abkürzungsverzeichnis

§	Paragraphe
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch
Abs	Absatz
AcP	(deutches) Archiv für civilistische Praxis
Afr. J. Int.& Comp L.	African Journal for International and Comparative Law
al.	alinéa(s)
Am.J Comp. L	American Journal of Comparative Law

Art	Article(s)
AU	Acte Uniforme
AU	Afrikanische Union
AUA	Acte Uniforme relatif au droit d´arbitrage
AU.CE	Acte Uniforme portant organisation et harmonisation de des comptabilités des entreprises
AU.CMR	Acte Uniforme relatif aux contrats pour le transport des marchandises par route
AU.DCG	Acte Uniforme relatif au droit commercial général
AU.PCAP	Acte Uniforme portant organisation des procedures Collectives d´apurement du passif
AU.RVE	Acte Uniforme portant organisation des pracédures simplifiées de Recouvrement et des voies d´exécution
AU.S	Acte Uniforme portant organisation des sûretés
AU.SCGIE	Acte Uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d´intérêt économique
BAD	Banque africaine de développement
Bull.	Bulletin
Bull.civ.	Bulletin des arrêts de la cour de Cassation, Chambres civiles
C.A.	Cour d´appel
Cah. De Dr.	les Cahiers de Droit
C.civ.	Code civil
CCJA	Cour Commune de Justice et d´Arbitrage
C.com.	Code commerciale

CIF	Cost, Insurance, Freight (Incoterm)
C.I.M.A.	Conférence interafricaine des marchés d´assurances
CISG	Convention fort he International Sale of Goods; UN-Übereinkommen über Verträge über den internationalen Warenkauf vom 11. April 1980
CISG-online	CISG-Datenbank der Universität Basel
Chon.	Chronique
CIOUT	Case Law on UNCITRAL Texts
COCC	Code des Obligations Civiles et Commerciales(Senegal)
Code Proc.civ	Code de procédure civile(Frankreich)
D.	Recueil Dalloz Sirey
dh	das heißt
DAF	delivered at frontier
Doc.	Documment(s)
Dr.prat. com.int	Droit pratique du commerce international
DDP	delivered duty paid
DDU	delivered duty unpaid
DEQ	delivered ex quay
DES	delivered ex ship
EAG	Einheitliches Gesetz über den internationalen Kauf beweglicher Sachen vom 17. Juli 1973
Éd	édition
Ed	Editions
EG	Europäische Gemeinschaften

EKG Einheitliches Gesetz über den internationalen Kauf beweglicher Sachen vom 17. Juli 1973

EU Europäische Union

EuGH Europäischer Gerichtshof

EuGVÜ Europäisches Gerichtsstands-und Vollstreckungsübereinkommen

EuGVVO Verordnung (EG)Nr 44/2001 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handels-Sachen

EVÜ Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht vom 19.Juni 1980

f. und der, die folgende

ff und die folgenden

FCA free carrier

FN Fußnote

FOB Free on board (Incoterm)

Gaz.Pal. Gazette du Palais

Ghana L. Rev. Ghana Law Review

hA herrschende Ansicht(Auffassung)

HGB Handelsgesetzbuch

HaRÄG Handelsrechts- Änderungsgesetz 2005

hM herrschende Meinung

Hrsg Herausgeber

ICC International Chamber of Commerce

Incoterms International commercial terms

Int. Law	The International Lawyer
IPR	Internationals Privatrecht
IPRG	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht
iSd	im Sinne der, des
iVm	in Verbindung mit
J.A.E	Jeune Afrique Economique
J.A.L	Journal of African Law
Jb.afr. R	Jahrbuch für afrikanisches Recht
JCP	Juris Classeur Périodique
J.D.I	Journal de droit du Droit International
J.L.& Com	Journal of Law and Commerce
J.O	Journal Officiel(Amtsblatt)
Jur	Jurisprudence
Kfz	Kraftfahrzeug
KSchG	Konsumentenschutgesetz
LG	Landesgericht
Lit	litera(Buchstabe)
LugGVÜ	Luganer Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen
mE	meines Erachtens
O.A.P.I	Organisation africaine de la propriété intellectuelle
OGH	Oberster Gerichtshof
OHADA	Organisation pour l´Harmonisation en Afrique du droit des Affaires

OUA	Organisation pour l´unité Africaine
RabelsZ	Rabels Zeitschrif für ausländisches und internationales Privatrecht
RACCJA	Réglement d´Arbitrage de la Cour Commune de Justice et d´Arbitrage
RCCM	Registre de Commerce et du Crédit Mobilier
R.D.A.I	Revue Du Dropit des Affaires International
RdW	Österreichisches Recht der Wirtschaft
Rsp	Rechtsprehung
Rev. Arb.	Revue de L´Arbitrage
Rev.crit.dr. priv	Revue critique de droit international privé
Rev. Int. dr. com	Revue international de droit comparé
Rev. Jur.pol	Revue juridique et politique
Rev. dr. unif	Revue de droit uniforme
Rev.trim.dr.civ	Revue trimestrielle de droit civil
Rev. trim.dr. com	Revue trimestrielle de droit commercial et économique
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft (deutsch)
RL	Richtlinie der EU
RPCCJA	Réglement de procédure de la Cour Commune de Justrice et d´Arbitrage
S	Seite
South Afr. L. J	South Africain Law Journal
Staats V	Staatsvertrag über die Harmonisierung des Wirtschafts in Afrika vom 17. Oktober 1993
UGB	Unternehmensgesetzbuch

Unif.L.Rev	Uniform Law Review
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
UN-Kaufrecht	UN-Übereinkommen über Verträge über den internationalen Warenkauf vom 11. April 1980
USB	Universelle serielle Schnittstelle
UNO	United Nations Organization=Organistion der Vereinten Nationen
USA	United States of America
vgl	vergleiche
VerjährÜ	Übereinkommen der vereinten Nationen über die Verjährung beim internatinalen Warenkauf Vom 14. Juni 1974
WBl	Wirtschaftliche Blätter
WTO	Wold trade Organization
Z	Ziffer, Zahl
ZPO	Zivilprozessordnung

Anhang

Zusammenfassung

Die Koexistenz des „regionalen" und „universalen“ Einheitsrechts wirft eine Reihe von Rechtsfragen auf, deren Behandlung und Lösung auf den Gebieten des Privat- und Wirtschaftsrechts nicht nur Schwierigkeiten bereiten, sondern auch erhebliche Umstellung erfordern. Einerseits bietet der wachsende Bestand regional vereinheitlichter oder harmonisierter Rechtsnormen gegenüber dem disziplinären Rechtswesen des Völkerrechts ein anderes, facettenreiches Bild und bringt damit neue Forschungsweisen sowie ein anderes Denken und Wissen im Bereich des Privat- und

Handelsrechts hervor. In der Erforschung der Spannungsverhältnisse und Lösungsansätze, die sich aus Wechselwirkungen, Konkurrenzverhältnissen sowie Konfliktlagen zwischen derartigen Rechtswesen ergeben, stehen die Rechtswissenschaften noch am Anfang. Andererseits führt die Entwicklung der elektronisch unterstützten Gestaltung sämtlicher wirtschaftlicher Transaktionen (E-Commerce) einen Wandel in der Wirtschaft herbei. Der Kauf von Waren bei einem Online-Versandhaus, die elektronische Kommunikation zwischen einer Handelskette und ihren Zulieferbetrieben, Teleshopping, die elektronische Unterstützung von Warentransporten stellen Beispiele für diesen Wandel dar. Der Internetzugang erleichtert die Intensivierung des An- und Verkaufs von Waren über staatliche Grenze hinweg. Bei derartiger „Grenzenlosigkeit“ wirtschaftlicher Nutzung und aufgrund der fortschreitenden Globalisierung stellt sich im Zuge des Geschäftsverkehrs zwischen Unternehmern (Kaufleuten) oder zwischen Unternehmer und Verbraucher als Parteien aus rechtlicher Sicht neben den unverzichtbaren vertraglich zu regelnden Punkten auch die Frage nach dem auf den Kaufvertrag anwendbaren Recht. Aus dieser Perspektive analysiert die Arbeit umfassend und kritisch gegenüber , - nach einer systematischen Darstellung des UN-Kaufrechts und der(s) OHADA(Rechts insb AU.DCG) hinsichtlich der Entstehung, des Aufbaus, der Grundzüge, der Bedeutung unter Berücksichtigung des Verhältnisses zwischen den beiden Regelwerken und deren Eigenschaften -, den Kaufvertrag zwischen dem Verkäufer und dem Käufer ins System des Handelskaufs der OHADA im Vergleich zu CISG-Regelungen.

The coexistence of the "regional" and "universal" uniform law pose a row of legal questions whose treatment and solution in the areas of the private law and business law cause not only difficulties, but also require considerable conversion. On the one hand the growing continuance on the regional level of standardised or harmonised legal rules compared with the disciplinal legal being of the international law offers another, many-faceted picture and produces with it new research manners as well as another thinking and knowledge in the area of the private law and trade law. In the investigation of the tension relations and solution attempts which arise from interaction, competition relations as well as conflict situations between such legal being the jurisprudence stands still at the beginning. On the other hand, the development of the electronically supported creation of all economic transactions (e-business) causes a change in the economy. The purchase of goods with an on-line mail-order firm, the

electronic communication between a commercial chain and her ancillary industries, tele-shopping, the electronic support of goods transports examples of this change explain. The Internet access makes easier the intensification of the buying and sales of goods about state border away. With such "boundlessness" of economic use and on account of the progressive globalisation the question positions itself in the course of the business dealings between enterprisers (businessmen) or between enterpriser and consumer as parties from juridical view beside the inalienable points by contract to be regulated also according to the law applicable on the bill of sale. From this perspective the work analyses extensively and critically towards, - after a systematic presentation of the CISG and OHADA (particulary the uniform law of sale of goods of the AU.DCG) concerning the origin, the structure, the main features, the meaning taking into account the relation between both sets of rules and their own properties - the contract of sale between the seller and the buyer in the system of the trade law of the OHADA in comparison to the CISG regulation.

Akademischer Lebenslauf des Verfassers Joseph- Augustin Tchameni

Staatsbürgerschaft	Österreich
2006-2008	Gerichtsjahr, Gerichtssprengel Wien und Zivildienst
Seit 2006	Vorstand des Vereins M-Media
2004	Magister der Rechtswissenschaften Universität Wien
2000	Diplomstudium der Rechtswissenschaften

Danksagung

Ich möchte mich an dieser Stelle bei all jenen für die Hilfstellung zur Ermöglichung dieser Arbeit bedanken.

Ein großer, herzlicher Dank geht an Univ.- Prof.Dr.Helmut Ofner,LLM, der über mehrere Jahre mit viel Geduld diese Dissertation in vollem Umfang unterstützt, begleitet und betreuet hat.Ein ebenso grosser Dank geht an Univ.-Prof. Dr.Dr Arthur Weilinger und Pr Henri Désire Modi Koko Bebey, die mit ihrer Bereitstellungen einen entscheindenden Beitrag zur Ermöglichung dieser Arbeit geleistet haben.Ein spezieller Dank gilt jenen, die mich bei dem Lektorat meiner Arbeit unterstüzt haben. Ein Besonderes Dankeschön an Nina Pröpper, Laurence Ferrari Tchameni, Geneviève Tcheudeu und Frau Josephine Siewé für ihren seelischen Beistand.