

## § 5 BESONDERE TYPEN DER KAUFVERTRÄGE

### I. Gattungskauf

#### 1. Allgemeines

- a) Geschichtlich hat sich der Gattungskauf ("Genus-Kauf") als Typus mit eigenen Regeln erst langsam und spät, dh. praktisch im 19. Jahrhundert im kaufmännischen Bereich (wo er auch heute noch seine hauptsächliche Anwendung hat) herausgebildet; im römischen Recht finden sich naheliegenderweise (dh. da nur ganz beschränkt überhaupt negotiable Gattungen bestanden) höchstens erste Ansätze (vgl. Kaser § 41/II/2). Die traditionellen kaufrechtlichen Grundsätze, wie oben in §§3 und 4 dargestellt, sind ganz auf den Stückkauf ("Spezies-Kauf") ausgerichtet. Die Besonderheiten des Gattungskaufs beruhen weniger auf den vom Gesetzgeber statuierten nicht sehr zahlreichen Sondervorschriften als vielmehr auf der Verschiedenheit der vertraglichen Grundstruktur, dh. der unterschiedlichen Natur der Verkäuferpflicht (dazu folgend lit. b).
- b) Begrifflich unterscheiden sich die beiden Kauftypen durch die Art der Bestimmung der Verkäuferpflicht: Entweder schuldet der Verkäufer die den Parteien bei Vertragsschluss vorliegende Ware (Stückkauf) oder aber eine Ware, die von den Parteien vertraglich-normativ deren Gattung/Qualität nach bestimmt wird ("Sale of goods by description"). Zu Einzelheiten oben § 3/II/3. Zu betonen ist, dass der massgebliche Gesichtspunkt der Unterscheidung allein im Vertrag der Parteien liegt; weder kann es auf die Natur des Kaufgegenstandes ankommen (vgl. oben §3/II/3/b) noch können Ereignisse nach Vertragsschluss an der Vertragsnatur etwas ändern. So kann zwar die Aussonderung des Leistungsgegenstandes bzw. dessen Versendung die Preisgefahr übergehen lassen (dazu unten Zif. 7), nicht jedoch den Gattungskauf zu einem Stückkauf machen (so aber in einem obiter dictum BGE 91 II 352 E. 4; so wie hier G.M/K. p. 46). Anders allerdings, wenn der Käufer bei der Aussonderung mitwirkt, in welchem Fall ausnahmsweise eine Vertragsänderung angenommen werden könnte.

Im praktischen Ergebnis kann ein Gattungskauf der Stückkaufregelung angenähert werden, wenn die Gattung eng umschrieben ist ("begrenzter Gattungskauf" u.dgl.). Dazu unten Zif. 8.

- c) Andersartigkeit der Umschreibung der Verkäuferpflicht: Während beim Stückkauf der Verkäufer den Kaufgegenstand unerachtet dessen Eigenschaften liefern muss, gehört es beim Gattungskauf zu den Pflichten des Verkäufers, Ware mit den vertraglich stipulierten Eigenschaften zu liefern. Liefert beim Gattungskauf der Verkäufer Ware mit Qualitäts-Abweichung gegenüber dem Vertrag, erfüllt er seine Vertragspflichten nicht; neben die Pflicht des "dare" tritt jene des "praestare" (vgl. OR/AT § 9/VI/5). Dies hat zwangsläufig zur Folge, dass einerseits die Frage zur Abgrenzung der allgemeinen Nichterfüllungsfolgen (OR 97 ff.) gegenüber den Sanktionen der kaufrechtlichen Gewährleistung für Sachmängel aktuell wird (dazu unten Zif. 6), andererseits aber die Lösungsmöglichkeiten um die Variante der Nachlieferung vertragskonformer Ware erweitert werden (dazu unten Zif. 3/4). Aus der Besonderheit der gattungsmässigen, nicht individuellen Bestimmung des Leistungsgegenstandes ergibt sich auch eine Abschwächung der Käufer-Gefahrtragung (dazu unten Zif. 7) und der grundsätzliche Ausschluss nachträglicher Unmöglichkeit i.S. von OR 119 als Entlastungsgrund (dazu Zif. 2/b).

- d) Der Grundsatz der Anwendbarkeit der allgemeinen kaufrechtlichen Regeln gilt trotz der strukturellen Andersartigkeit des Gattungskaufs. Es liegt nicht eine bewusste gesetzgeberische Entscheidung vor, sondern es wirkt sich aus, dass der Gattungskauf erst spät und nur allmählich als etwas Besonderes erkannt wurde, was auch erklärt, dass der Gattungskauf vom Gesetzgeber nicht als Sondertypus, sondern nur in wenigen Sondervorschriften (OR 185/II, 206) behandelt worden ist.

Insbesondere sind die allgemeinen kaufrechtlichen Gewährleistungsbehelfe der Wandelung und Minderung auch hier anwendbar, obwohl sie hier nicht richtig passen und insbesondere nicht sachlogisch sind, da - anders als beim Stückkauf; vgl. oben § 3/IV/1/b - Mangelhaftigkeit der gelieferten Sache immer auch Vertragsverletzung darstellt und nach den allgemeinen Regeln der Nichterfüllung behandelt werden könnte. Ueberschneidungen (insbesondere zwischen Wandelungsanspruch und Vorgehen nach OR 107) kommen daher vor (dazu unten Zif. 6).

Die Anwendung einer ganzen Reihe kaufrechtlicher Normen scheidet aus sachlogischen Gründen aus: OR 199, 200, 203, teilweise OR 192.

- e) Der Erfüllungsort kann sich nicht gem. OR 74 Zif. 2 am Ort der "gelegenen Sache" befinden, da bei Vertragsschluss der Kaufgegenstand noch nicht bestimmt ist. Daher massgeblich Schuldnerdomizil (OR 74 Zif. 3).

## 2. Leistungspflicht des Verkäufers

Die Leistungspflicht des Verkäufers lässt sich unter die allgemeinen Regeln der Gattungsschulden subsumieren. Es gilt insbesondere:

### a) Auswahl und Qualitätsanforderungen

Die Auswahl des zu leistenden Gegenstandes innerhalb der Gattung ist dem Schuldner/Verkäufer überlassen (OR 71/I). Eine einmal getroffene Wahl ist frühestens vom Zeitpunkt des Gefahrübergangs an verbindlich.

Die zu liefernde Qualität ist primär durch den Vertrag bestimmt. Innerhalb des vertraglich offenbleibenden Spielraums ist "mittlere Qualität" zu leisten (OR 71/II). So auch BGB § 243/I und bereits ALR I, 5 § 275; anders fr. CC art. 1246, wonach der Schuldner jegliche Sorte ausser "de la plus mauvaise" liefern darf. Im römischen Recht war ursprünglich jede Lieferung im Rahmen des vertraglich bedungenen *genus* zulässig (Dig. 17, 1, 52), in der Spätzeit jedoch auch dort bereits das Erfordernis mittlerer Güte.

### b) Grundsätzlich keine Leistungs-Unmöglichkeit

Anwendung allgemeiner vertragsrechtlicher Grundsätze ergibt, dass der Schuldner nicht befreit wird, wenn die von ihm zur Leistung vorgesehene Sache untergeht oder ihm die Beschaffung aus der Gattung subjektiv unmöglich wird. "genus perire non censetur"; ausdrücklich BGB § 279. Unmöglichkeit i.S. von OR 119 erscheint sachlogisch ausgeschlossen. Immerhin ist auch bei der Gattungsschuld objektive Unmöglichkeit denkbar, wenn die Beschaffung bzw. Lieferung jedermann und nicht bloss dem Verkäufer unmöglich ist, z.B. infolge behördlicher Massnahmen wie Ein- oder Ausfuhrsperrern oder Beschlagnahme, sodann bei begrenzter Gattungsschuld u.dgl. (dazu unten Zif. 8). - Wird aus Gründen wie den genannten Lieferung zwar nicht überhaupt, wohl aber teilweise unmöglich, soll der Verkäufer nach BGE 69 II 99 verpflichtet sein, wenigstens das verfügbare Quantum in der verfügbaren

Qualität zu leisten (Problem der Teilunmöglichkeit i.S. von OR 119 in Verbindung mit OR 20/II, ev. "Konversion"; vgl. dazu OR/AT § 15/I/3/c, § 23/III/3, § 11 /IV/3).

c) "Quantitätsmangel": Minderlieferung als Tatbestand der Nichterfüllung

Bietet der Verkäufer weniger als das vertraglich vereinbarte Quantum an, so liegt ein Tatbestand der Nichterfüllung vor: Einerseits ist der Käufer, selbst wenn die Lieferung des Rests zugesichert wird, nicht zur Entgegennahme verpflichtet (es gilt die allgemeine Regel, dass der Gläubiger keine Teilleistungen entgegennehmen muss; wenn OR 69/I dies nur für die Geldschulden sagt, so aus der Ueberlegung, dass man hier noch am ehesten das Akzeptieren von Teilleistungen zumuten könnte). Andererseits hat der Käufer unabhängig davon, ob er die angebotene Minderleistung annimmt oder nicht, Anspruch auf den Verspätungsschaden und kann nach OR 107 vorgehen, dh. (i.d.R. nach einer Nachfristansetzung) auf die verspätete Leistung verzichten (zu Einzelheiten vgl. OR/AT § 20).

In der Handhabung wird das Gesagte durch ZGB 2 etwas relativiert; besondere Gesichtspunkte können sodann vertragliche Klauseln oder - im kaufmännischen Verkehr - Handelsbräuche bringen. Mit einer "circa-Klausel" wird dem Verkäufer (falls nicht im Vertrag selber definiert) im branchenüblichen Umfang (z.B. 5 oder 10 %) zugestanden, weniger (oder auch entsprechend mehr) liefern zu dürfen als vertraglich vorgesehen (bei unverändertem Preis pro Einheit). Auch ohne "circa-Klausel" kann sich nach Uebung wie auch aus ZGB 2 ein Minimum der vom Käufer zu tolerierenden Abweichung ergeben; je nach Umständen wird ein Rücktritt bzw. Verzicht auf Leistung nach OR 107 überhaupt ausgeschlossen und der Käufer zur Entgegennahme der Minderleistung verpflichtet sein (dabei darf sie allerdings der Verkäufer nicht als Teilleistung verstehen und den Rest nachliefern wollen).

Zur Frage des "Quantitätsmangels" beim Stückkauf vgl. oben § 4/IV/2.

3. Ersatzlieferungsanspruch des Käufers bei Sachmängeln (OR 206/I)

OR 206/I (wie BGB § 480/I, beide dem Vorbild von PGB § 1420 folgend) gibt dem Käufer, der mangelhafte Ware erhält, neben den beim Stückkauf bestehenden Wandelungs- und Minderungsansprüchen zusätzlich als dritte Wahlmöglichkeit den Anspruch auf Nachlieferung mangelfreier Ware. Es handelt sich (anders als im Fall der Lieferung eines "aliud"; unten Zif. 6) nicht um einen Tatbestand nachträglicher Erfüllung, sondern um einen kaufrechtlichen Gewährleistungstatbestand eigener Art, der auch den kaufrechtlichen Bedingungen (Prüfung/Mängelrüge, OR 201; Verjährung, OR 210) unterliegt. Die für die Wandelung im Falle des Untergangs der Sache aufgestellte Regel (OR 207) muss auch für die Nachlieferung gelten.

4. Nachlieferungsrecht des Verkäufers beim Platzkauf gem. OR 206/II

Analoge Möglichkeit des Verkäufers, sich von Gewährleistungsansprüchen zu befreien. Gilt nach Gesetz nur beim Platzkauf, was bei sofortiger Nachlieferungsmöglichkeit als überholt bezeichnet wird (G./M./K. 351, SJZ 43 p. 112 Nr. 52). Kosten und Gefahr des zweiten Transports Müssen jedoch zulasten des Verkäufers gehen! Im Nachlieferungsrecht ist auch das Mangelbehebungs-(Nachbesserungs-)Recht des Verkäufers zu erblicken (so G./M./K. 351. allgemein; jedoch nur bei Gattungskauf richtig), das jedoch an die selbe Voraussetzung der sofortigen Durchführbarkeit geknüpft ist. Vgl. auch A. Meili, N. 414-415.

### 5. Ausdehnung der Grundsätze von OR 206 auf gewisse Fälle des Stückkaufs?

Wenn zwar Stückkauf vorliegt, die Auswahl des Kaufobjekts aus industrieller Serie jedoch zufällig ist (z.B. Kauf eines individualisierten Radios) könnte man aufgrund von ZGB 2 einen Nachlieferungsanspruch des Käufers und ein Nachlieferungsrecht des Verkäufers erwägen (keine dahingehenden Entscheidungen, jedoch im Alltag aus Kulanz häufig so gehandhabt). Doktrin dehnt mit ähnlichem praktischem Resultat, aber an sich nicht zutreffend, z.T. den Begriff des Gattungskaufs auf die in Frage stehenden Fälle aus.

### 6. Abgrenzung der Schlechtleistung von Nichtleistung i.S. der Lieferung eines "aliud"

#### Literatur:

R. Cyprian, Die aliud-Lieferung im schweiz. Kaufvertragsrecht, Diss. St. Gallen 1981

Liefert der Verkäufer eine Sache, die nicht genau vertragskonform ist, kann man dies als eine Schlechterfüllung (mit kaufrechtlichen Sachgewährleistungsfolgen) verstehen; übersteigt jedoch die Abweichung ein gewisses Mass, darf überhaupt nicht mehr Erfüllung angenommen werden. "Es ist nicht der Fehler einer Gans, kein Schwan zu sein" (Lautner in Pandektenvorlesung): Wenn statt des bestellten Schwans eine Gans geliefert wird, liegt nicht Schlecht-, sondern Nichtleistung vor; man spricht von der Lieferung eines "aliud" (dh. einer andersartigen Sache).

Die Grenze zwischen Schlecht- und Nicht-(aliud-)Lieferung ist fließend. Wenn Blutorangen gekauft, jedoch Äpfel (auch wenn der Sorte "Cox orange") geliefert werden, ist (bezogen auf den geschlossenen Vertrag) zweifelsfrei Nichtleistung anzunehmen; dagegen wird die Lieferung von Blondorangen vielleicht als (Schlecht-) Erfüllung zu gelten haben. Bei dieser nicht immer einfachen Grenzziehung verweist die Praxis gerne auf die Verkehrsauffassungen. Es müssen indessen insbesondere auch die Umstände des Einzelfalles mitberücksichtigt werden, insbesondere die Frage, bis zu welchem Grade der Käufer Ware gerade nur einer bestimmten Spezifikation und keine andere haben wollte und dies dem Verkäufer erkennbar war (Kriterium der "Zumutbarkeit"). - Vgl. aus der Praxis: SJZ 44 p. 226; BGE 40 II 488, 84 II 163, 94 II 30/1 (ist Auto Jaguar Marke X mit ausdrücklicher Vereinbarung "Jahrgang 1964" gekauft, so ist Lieferung eines Jahrgangs 1963 - auch ohne Modellwechsel - aliud/Nichtleistung; fragwürdige Ueberdehnung der Anforderungen); BGE 69 II 100/101.

Aus der Feststellung, dass ein aliud geliefert und damit bloss scheinbar geleistet worden ist, ergeben sich die folgenden Auswirkungen:

- a) Der Käufer muss die Ware nicht als Leistung gelten lassen, er kann sie dem Verkäufer zur Verfügung halten (sie zurückgeben, sogar wenn sie - gutgläubig -gebraucht wurde; BGE 94 II 26) und weiterhin Lieferung vertragskonformer Sache fordern, unerachtet des Empfangs des aliud. Hinsichtlich des Nachlieferungsanspruchs (oben Zif. 3) ist zu beachten, dass bei aliud-Lieferung der Leistungsanspruch nicht auf OR 206/I gestützt wird, sondern aus OR 97 ff. folgt. Der Käufer kann hier insbes. nach OR 107 vorgehen (dh. vom Vertrag zurücktreten oder wenigstens auf nachträgliche Leistung verzichten, beides im Regelfall nach Ansetzen einer Nachfrist). Aber wenn man Lieferung eines aliud, dh. Nichtleistung annimmt, gilt unter Kaufleuten auch die Regel von OR 190-. Der eingetretene Verzug begründet die Vermutung, dass der Käufer auf nachträgliche Leistung verzichtet, so dass dieser seinen Leistungsanspruch überhaupt einbüsst, wenn er nicht unverzüglich Lieferung verlangt (dazu oben § 3/IV/5)!

- b) Versäumen der Prüfung und Rüge schaden dem Käufer grundsätzlich nicht; in seinem Stillschweigen kann (besondere Umstände vorbehalten) nicht eine Genehmigung erblickt werden, es stehen dem Käufer aber auch keine Wandlungs- oder Minderungsansprüche zu (dh. weder Vertragsrückgängigmachung noch Preisreduktion, sondern weiterhin Pflicht zur vertraglichen Abwicklung; der Verkäufer kann nachliefern ohne Beschränkung auf den Platzkauf gem. OR 206/II). - Nach HGB § 378 besteht das Erfordernis der Mängelrüge auch bei Lieferung eines aliud, "sofern die gelieferte Ware nicht offensichtlich von der Bestellung so erheblich abweicht, dass der Verkäufer die Genehmigung ... als ausgeschlossen betrachten musste."
- c) Der Käufer kann auch, nachdem der Verkäufer mit der Lieferung den Willen der Leistung der fraglichen Sache zum Ausdruck bringt, ihn behaften und die Sache als Leistung akzeptieren. Es liegt dann eine Vertragsänderung vor, die Gewährleistungsansprüche grundsätzlich ausschliesst. Daraus ergibt sich eine im Ergebnis HGB § 378 (oben lit. b) angenäherte Situation: Stillschweigende Entgegennahme einer Sache mit offenkundiger Qualitätsabweichung bedeutet deren Genehmigung, falls nicht die Andersartigkeit so gross ist, dass der Verkäufer nicht an Genehmigung glauben darf.
- d) Geltendmachung des Nachforderungsanspruchs ist nicht an die Einjahresfrist von OR 210 gebunden; auch die anderen Ansprüche aus Nichterfüllung eines Kaufvertrages (wie Schadenersatz oder Rückforderung des bereits Geleisteten im Falle des Rücktritts bzw. des Verzichts auf die nachträgliche Leistung gemäss OR 107) unterliegen nicht dieser kaufrechtlichen Sonderfrist.
- e) Die Belastung des Käufers mit der Preisgefahr durch Ausscheiden/Versenden (unten Zif. 7) kann zum vornherein nicht eintreten, wenn ein aliud ausgeschieden/versandt worden ist.

#### 7. Gefahrübergang (OR 185/II)

Die Preisgefahr (dh. das Risiko des Käufers, trotz Nichterhalt der Ware, deren Untergang/Verschlechterung, den Preis bezahlen zu müssen) geht mit "Kontraktion der Schuld" über, dh. dann, wenn man überhaupt einmal weiss, was Kaufgegenstand darstellt. Dies ist die Ausscheidung der zur Lieferung an den Käufer bestimmten Ware (Beweislast beim Verkäufer!). Im Falle des Versendungskaufs (oben § 3/IV/2/c) wird im Interesse eindeutiger Verhältnisse zusätzlich die Uebergabe zur Versendung an den ersten Frachtführer vorausgesetzt.

Die Regeln des vertraglichen Ausschlusses des Gefahrübergangs mit Vertragsschluss gelten im übrigen auch beim Gattungskauf; insbesondere kann in der Vereinbarung von Erfüllungsort, Erfüllungszeit oder ev. einer franco-Klausel eine Gefahrübertragungsregelung erblickt werden (vgl. dazu oben § 3/VI/5/a). Beim Gattungskauf haben die kaufmännischen Lieferklauseln (cif, fob usw.), die insbesondere auch Gefahrtragungsklauseln sind (dazu unten Zif. VII/5), besondere Bedeutung.

#### 8. Besondere Verhältnisse beim Verkauf aus einer begrenzten Gattung

Besondere Ueberlegungen erfordert. der Fall des Verkaufs aus eng begrenzter Gattung. Es sind mindestens drei Fälle zu unterscheiden:

- 1) Die von den Parteien gewählte Gattung ist als solche klein (eine wenig gebrauchte, schwierig zu produzierende und weltweit nur von einem einzigen Fabrikanten hergestellte Chemikalie, eine bestimmte Briefmarke mit seltenem Fehldruck usw.);
- 2) Die Gattung als solche besteht nur begrenzt (sog. "begrenzte Gattungsschuld", z.B. wenn aus der Produktion eines Jahres eines bestimmten Produzenten oder gar aus einem Fass mit tausend Litern Wein hundert Liter verkauft werden);
- 3) Die Gattung, von der verkauft wird, ist als solche kommun, der Verkäufer verkauft aber erklärermassen nur aus seinem Vorrat, den er z.B. liquidieren will (sog. "Vorratsschuld").

In allen diesen (vom Gesetzgeber nicht vorgesehenen) Sonderfällen liegt zwar im Ausgangspunkt ein Gattungskauf vor, der infolge der Besonderheiten in der Behandlung jedoch dem Stückkauf angenähert werden muss:

- nachträgliche Unmöglichkeit (OR 119) mit ev. Befreiung des Schuldners ist hier denkbar (Satz "genus perire non censetur" gilt nicht): Fass, aus dem zu liefern ist, läuft aus (Fall 2); der Restposten Kupferkabel, aus dem der Verkäufer zu liefern zugesagt hat, ist gestohlen worden (Fall 3; auch hier Unmöglichkeit der Erfüllung i.S. von OR 119 im Rahmen der Verkäuferpflicht; dieser könnte zwar auf dem Markt beschaffen, ist hiezu aber nicht verpflichtet). Sogar in Fall 1 wird in übertragenem Sinne von Unmöglichkeit i.S. subjektiver Unzumutbarkeit gesprochen, wenn die Gattung zwar noch existiert, indessen die Schwierigkeiten der Beschaffung für den Verkäufer die Grenze der Zumutbarkeit überschritten haben (Beispiel: Der einzige Hersteller des seltenen chemischen Produkts fällt aus, was zu einer wenigstens vorübergehenden Verdreissigfachung des Beschaffungspreises führt). Statt von Unmöglichkeit könnte man präziser von einem Anwendungsfall der "clausula rebus sie stantibus" (die in Verbindung mit ZGB 2 und ZGB 27 zu sehen ist) sprechen; vgl. dazu OR/AT § 21/VII.
- Sachmängel müssen je nach den Umständen wie beim Stückkauf behandelt werden. Falls z.B. Wein aus einem bestimmten Fass verkauft wird, erfasst wie beim Stückkauf die Verkäuferpflicht nicht die Sacheigenschaften (daher kein Nichterfüllungstatbestand, wenn Wein eine Krankheit hat). Ebenso wird Nachlieferung i.S. von OR 206 oft ausscheiden.

## II. Viehkauf (OR 198, 202)

### Literatur:

P. Liver, Besonderheiten des Viehkaufs, in Festschrift Guhl, Zürich 1950, p. 109-140; F. Gygi, Die Rechtsanwendung auf dem Gebiet des Viehwährschaftsrechtes, in ZBJV 1951/87, p. 361-380.

### 1. Grundsatz der Haftungsbeschränkung (OR 198)

Beim Handel mit "Pferden, Eseln, Maultieren, Rindvieh, Schafen, Ziegen und Schweinen" (OR 198; abschliessende Aufzählung) wird eine Beschränkung der Sachmängelhaftung statuiert. Während im BGB (§ 482) eine Beschränkung auf sog. Hauptmängel platzgreift, wird nach OR 198 dem Grundsatz nach eine Sachgewährleistung überhaupt ausgeschlossen bzw. diese auf folgende Fälle beschränkt:

- Vorliegen ausdrücklicher schriftlicher Zusicherung bestimmter Eigenschaften;
- absichtliche Täuschung des Käufers.

Sofern in diesen Fällen Gewährleistung gegeben ist, deckt sich diese mit der üblichen kaufrechtlichen Gewährleistung (oben § 4/IV ff.; anders das BGB, das eine Beschränkung i.S. des Ausschlusses der Minderung, § 487, bringt).

In BGE 70 II 50 wurde es dem Käufer verwehrt, sich im Rahmen eines Viehkaufs nach den sonst geltenden Prinzipien (vgl. oben § 4/VII/3 und § 4/III) auf die Bestimmungen des allgemeinen Teils (Willensmängel, OR 23 ff., sowie Schadenersatz wegen Schlechterfüllung, OR 97 f.) zu berufen (Deliktsansprüche nach OR 41 ff. müssen aber jedenfalls zulässig sein!).

## 2. Verfahren (OR 202)

OR 202 statuiert auf der Ebene des Verfahrensrechts eine Reihe einschneidender Erschwerungen der Käuferstellung:

- Binnen Frist von neun Tagen ab Empfang des Tieres (wenn nicht längere Frist schriftlich festgesetzt wurde) muss beim Verkäufer Mängelrüge erhoben und überdies "bei der zuständigen Behörde die Untersuchung des Tieres durch Sachverständige verlangt" werden. Diese Fristbegrenzung gilt nicht bei Zusicherung der Trächtigkeit (keine extensive Interpretation der Ausnahmen; fehlende Sprungfähigkeit eines Stieres muss binnen 9 Tagen geltend gemacht werden; "Harald" in BGE 86 II 30).
- Das Sachverständigengutachten "wird vom Richter nach seinem Ermessen gewürdigt."
- Zum Verfahren gilt im übrigen die (nicht sehr vielsagende) bundesrätliche VO betr. das Verfahren bei der Gewährleistung im Viehhandel vom 31.1.1969 (SR 221.211.22).

## **III. Grundstückkauf (OR 216-221)**

### Literatur:

B. v. Hoffmann, Das Recht des Grundstückkaufs, Tübingen 1982 (rechtsvergleichend)

### 1. Allgemeines, Begriff und Abgrenzung

Der Grundstückkauf ist nicht selbständiger Typus des Kaufs, vielmehr lediglich ein Sondertypus gegenüber dem Fahrniskauf, dessen Bestimmungen in allen Fragen zur Anwendung kommen, in denen nicht Sonderbestimmungen des Grundstückkaufs bestehen. So gelten etwa die Regeln über das Rücktrittsrecht des Verkäufers bei Verzug des Käufers gem. OR 214 (oben § 3/III/2) auch beim Grundstückkauf (BGE 96 II 50; als die Rückforderung ausschliessender "Besitzübergang" i.S. von OR 214/III gilt nicht faktische Einweisung in das Grundstück, sondern nur Eintragung im Grundbuch, BGE 86 II 234).

Voraussetzung der Anwendbarkeit der Sonderregeln ist, dass ein Grundstück i.S. des Sachenrechts Kaufgegenstand ist, dh. gemäss ZGB 655:

1. Liegenschaften;
2. im Grundbuch aufgenommene selbständige und dauernde Rechte (soweit diese überhaupt übertragen werden können). Verträge auf Uebertragung von Baurechten i.S. von ZGB 779 werden erfasst, soweit sie im Grundbuch aufgenommen sind;
3. Bergwerke;
4. Miteigentumsanteile an Grundstücken.

Nicht als Grundstückkäufe zu qualifizieren sind Käufe über Aktien einer Immobilien-AG (hier aber immerhin der "Durchgriff" des Fiskus; vgl. Bucher in Aargauisches Beamtenblatt, 64/1967 p. 99 f., 105 f.), Käufe von Hausteilen zum Abbruch, von stehenden Früchten, stehendem Holz usw. Zu den nichterfassten Tatbeständen im einzelnen unten Zif. 2/c.

## 2. Formerfordernis der öffentlichen Beurkundung des Kaufvertrages (OR 216 in Verbindung mit ZGB 657)

### Literatur:

P. Gauch, in Baurecht 1986, p. 80 ff; A. Meier-Hayoz, ZGB 657; J. Schmid, Die öffentliche Beurkundung von Schuldverträgen, Freiburg/CH 1988, sowie Literaturangaben in OR/AT § 11.

Gegenüber dem Fahrniskauf sind das hervortretendste Merkmal des Grundstückskaufs die hier geltenden Formvorschriften. - Das seit 1.1.1988 in Kraft stehende neue Eherecht hat in rev. ZGB 169 hinsichtlich der Veräusserung von als "Familienwohnung" dienenden Liegenschaften das Erfordernis der Zustimmung des Ehegatten des Verkäufers statuiert, das jedoch nicht als Formerfordernis, sondern als, materielle Gültigkeitsvoraussetzung zu verstehen ist.

### a) Bedeutung des Formerfordernisses der öffentlichen Beurkundung

Zweck: - Schutz der Parteien vor Uebereilung  
- Rechtssicherheit; Zwang zur sachverständigen Formulierung und vollständigen Fixierung des Vertragsinhalts.

Oeffentliche Beurkundung: Gegenseitige Willenserklärungen werden vor dem Urkundsbeamten ausgetauscht, der eine beglaubigte Urkunde über Vorliegen und Inhalt des Konsenses der Parteien ausstellt. Im einzelnen ist kantonales Recht (Prozessrecht; öffentliche Beurkundung als Bestandteil der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit) massgebend (SchlT/ZGB 55).

### b) Kreis der formbedürftigen Geschäfte

Folgende Geschäfte betr. Liegenschaften bedürfen der öffentlichen Beurkundung (OR 216/I, II):

Kaufverträge: Dem Kauf sind gleichgestellt Tausch, Schenkung (ausdrücklich OR 243/II), der aussergerichtliche Vergleich, Grenzregulierungen, freiwilliger privater Steigerungsverkauf, Freihandverkauf im Konkurs (SchKG 256/I), Einbringung in eine Personengesellschaft oder ein sonstiges Gesamthandverhältnis, Uebertragung von Stockwerkeigentum oder Aenderung der Miteigentumsquoten, Sacheinlagevertrag betr. Liegenschaften, Uebernahme durch eine Nachfolge-Körperschaft (z.B. bei Umwandlung Verein in AG; vgl. aber die Einschränkungen, Meier-Hayoz, ZGB 657, N. 70-74). Der Beurkundungspflicht unterliegt sodann jede Abänderung eines beurkundungsbedürftigen Vertragsbestandteiles (problematisch!). Soweit der Preis betroffen ist, kann Beurkundung nur für eine Erhöhung gefordert werden; Herabsetzung kommt einem Schuldnerlass gleich, der gem. OR 115 formfrei gültig ist.

Vorverträge: Damit verpflichten sich die Parteien nicht bereits zum Vertragsinhalt selber (Eigentumsübertragung), sondern einen entsprechenden Vertrag zu einem späteren Zeitpunkt zu schliessen. Inhalt kann bereits in Einzelheiten festgelegt werden (OR 22/I). Formerfordernis folgt bereits aus OR 22/II. Vgl.

auch oben § 2/X und Bucher, Die verschiedenen Bedeutungsstufen des Vorvertrages, in Berner Festgabe zum Schweiz. Juristentag 1979, p. 165-195.

Verträge, die ein Kaufrecht begründen. Damit wird der einen Vertragspartei die Möglichkeit eingeräumt, durch einseitige Erklärung einen Kauf herbeizuführen, der seinerseits nicht mehr der öffentlichen Beurkundung bedarf (BGE 56 I 198). Vormerkung im Grundbuch ist gem. ZGB 683/I möglich und erstreckt Kaufrechtsbelastung auf jeden Erwerber ("Realobligation"); - dazu unten Zif. 8. - Das im Gesetz ebenfalls genannte "Rückkaufsrecht" ist gewöhnliches Kaufrecht mit der Besonderheit, dass es sich auf eine vom Kaufberechtigten an den Belasteten veräusserte Sache bezieht. Das Rückkaufsrecht wird im Regelfall beim Erstverkauf verabredet, was durch Zusatzabrede zum ersten Kaufvertrag geschehen kann, in welchem Fall ein eigenständig zu beurkundender Vertrag nicht notwendig ist.

Abtretung eines Kaufrechts verlangt nach BGE 111 II 144 ev. öffentliche Beurkundung (p. 145 mit zahlreichen Literaturangaben).

c) Nicht der öffentlichen Beurkundung bedürftige Geschäfte

(entweder überhaupt Formfreiheit oder aber Erfordernis einfacher Schriftform gemäss Sondernorm).

aa) Vorkaufsrecht gem. OR 216/III

Vorausgesetzt wird hier einfache Schriftform. Vorkaufsrecht gibt dem Berechtigten nicht ein unbedingtes Recht, sondern dieses ist durch den Abschluss eines Verkaufsvertrages seitens des Eigentümers bedingt (sog. "Vorkaufsfall"). Wenn dieser nicht verkauft, entfaltet das Vorkaufsrecht keine Wirkung. ZGB 681 erlaubt Vormerkung im Grundbuch (Wirkung für Dritte, "Verdinglichung", ZGB 959); dazu BGE 53 II 394, 97 II 55, 101 II 239, 102 II 246.

"Limitiertes Vorkaufsrecht": Preis ist fixiert im Vorkaufsrecht-Vertrag (Vgl. 54 II 327). Nicht-limitiertes Vorkaufsrecht: Der Kaufberechtigte zahlt den Preis, der im Vertrag mit dem Dritten vereinbart worden ist. - Im Gegensatz zum Gesagten statuiert ZGB 682/III (durch die Novelle von 1963 betr. Mit- und Stockwerkseigentum eingeführt) das Erfordernis öffentlicher Beurkundung für die "Aufhebung oder Aenderung" des von Gesetzes wegen bestehenden Vorkaufsrechts der Miteigentümer eines Grundstücks.

bb) öffentliche Versteigerung (OR 229/II)

siehe unten Zif. IV/3

cc) Erteilungsvertrag über Liegenschaften; Ehevertrag

Nach ZGB 634/II müssen Erteilungsverträge schriftlich gefasst sein, bedürfen jedoch keiner öffentlichen Beurkundung, auch wenn sie über Zuweisung von Liegenschaften entscheiden (ZGB 657/II). Folgerichtig, da gemäss Prinzip der Universalsukzession Eigentum an allen Nachlassbestandteilen mit dem Tod des Erblassers auf Erben übergeht und Erteilungsvertrag nicht Eigentumsübertragung auslöst, sondern nur die definitive Zuweisung regelt. Vgl. BGE 47 II 251; 83 II 370; Escher, ZGB 634 N. 12, Grundbuchverordnung Art. 18. - Soll zwischen Ehegatten Grundeigentum übertragen werden, bleiben die Formvorschriften unverändert. Auch im Rahmen eines Ehevertrages kann Grundstücksübertragung vereinbart werden (hier abgesehen von der öffentlichen Beurkundung das Zusatzerfordernis der persönlichen Unterzeichnung durch die Partner, rev. ZGB 184).

- dd) Vertrag über die entgeltliche Errichtung einer Grunddienstbarkeit (ZGB 732; anders im Falle von Schenkung, OR 242).
- ee) weitere Rechtsgeschäfte, die nicht der öffentlichen Beurkundung bedürfen:
- Auftrag, für Rechnungen des Auftraggebers Liegenschaften zu kaufen/verkaufen, ist formfrei (BGE 65 II 161, 81 II 231, 86 II 40); ebenso Vollmacht (BGE 76 I 351; so ausdrücklich BGB § 167/II). Sogar Konkludenz möglich (BGE 84 II 157, 76 I 351 );
  - Gerichtlicher Vergleich über Liegenschaft (ZR 44/III; Klageanerkennung); ebenso aussergerichtlicher Vergleich (BGE 95 II 424 lit. c).
  - Scheidungskonvention mit Klausel der Uebereignung. BGE 99 II 360 (dabei kann allerdings nur die richterliche Genehmigung im Scheidungsurteil die Konvention zum Vollstreckungstitel bzw. zur Grundlage der Grundbucheintragung machen);
  - Dereliktion des Grundstücks durch einseitige Erklärung des Eigentümers; vgl. Meier-Hayoz, ZGB 666 N. 3 ff.;
  - Veränderung der Beteiligung bei Gesamthandverhältnissen;
  - Rückgewähr des Grundstückes infolge Wandelung (trotz obligatorischer Natur des Rückerstattungsanspruchs, oben § 4/VI/2a; einschränkende Interpretation der Formvorschriften);
  - Kaufvertrag über die Aktien einer "Liegenschaften-AG" (BGE 93 II 306 obiter).
- d) Die zu verurkundenden Vertragselemente
- Nach BGr müssen "alle objektiv und subjektiv wesentlichen Vertragspunkte" (dh. die "essentialia negotii"; vgl. OR/AT § 10/II/2) von der öffentlichen Beurkundung erfasst (und auch richtig verurkundet) werden (BGE 87 II 30 mit zahlreichen Verweisen); dh. im einzelnen:
- Kaufgegenstand  
Es ist grundsätzlich genaue Bezeichnung des zu übertragenden Grundstücks notwendig; BGE 90 II 21, 95 II 42/3, 103 II 111. Zum Fall, dass die Parteien die Bestimmung des Grundstücks offenlassen wollen, vgl. BGE 95 II 310 (Liegenschaften-Tausch).
  - Kaufpreis  
Nach Bundesgericht zieht eine unrichtige Angabe des Kaufpreises Vertragsnichtigkeit nach sich, sowohl bei zu tiefer Bezifferung des Kaufpreises (BGE 90 II 156 E. 1; 86 II 230 und 260) wie auch bei zu hoher Bezifferung (BGE 86 II 400; 78 II 223). Diese Praxis ist umstritten; vgl. K. Spiro, in BJM 1965, p. 213232 (Auseinandersetzung mit BGE 90 II 156). Hierzu wiederum BGE 92 II 324.  
Literatur:  
B. Paoletti, Die Falschbeurkundung beim Grundstückkauf, Diss. Zürich 1973
  - Rechtsgrund  
Der Vertrag muss angeben, ob Kauf oder Schenkung beabsichtigt. Bei falscher Angabe Vertragsnichtigkeit (BGE 66 II 32, Kauf statt Schenkung verurkundet).
  - Wesentliche Nebenabreden  
Wenn eine Nebenabrede so wesentlich ist, dass ohne sie der Vertrag nicht geschlossen worden wäre, so muss auch sie öffentlich beurkundet werden.

BGE 90 II 38 E. 3 (die Nichtverurkundung der für beide Parteien vertragswesentlichen Nebenabrede macht ganzen Vertrag nichtig);  
BGE 68 II 233 (hier wird die Nebenabrede als ungültig betrachtet; Vertrag als solcher stand nicht im Streit).

- Vertragsparteien  
Vgl. BGE 111 II 147, 112 II 332
- Vertretungsverhältnis  
Z.B. wenn Verkäufer nicht Eigentümer ist, kann er nicht in eigenem Namen verkaufen, sondern muss Vertretungsverhältnis öffentlich beurkunden (BGE 45 II 565); der tatsächlich handelnde Vertreter muss als solcher aufgeführt werden (BGE 112 II 332).

e) Die nicht verurkundungsbedürftigen Vertragselemente

Nach Bundesgericht müssen nicht öffentlich beurkundet werden:

- Zusicherung bestimmter Eigenschaften  
Diese binden den Verkäufer auch ohne Aufnahme in den öffentlich beurkundeten Kaufvertrag (vgl. BGE 63 II 79; 73 II 220 E. 1); die Gewährspflicht wird als Ausfluss des Gesetzes, nicht des Vertrages verstanden.
- Nur Leistungen, die als Gegenleistung für Grundstücke erscheinen, müssen verurkundet werden, nicht aber auch andere Pflichten, die im Zusammenhang mit Kaufvertrag übernommen wurden. BGE 78 II 437; 86 II 37 lit. a.

f) Rechtswirkungen bei Fehlen des Formerfordernisses der öffentlichen Beurkundung

Ist die öffentliche Beurkundung unterlassen worden, oder ist sie ungültig, weil nicht alle erforderlichen Elemente verurkundet (vgl. vorne lit. d), so ist kein Vertrag zustande gekommen. Es liegt ein "Nicht-Vertrag" vor, der keinerlei Wirkungen entfaltet, also auch nicht Schadenersatzansprüche etc. auslösen kann. BGE 52 II 68 und 63 II 417. - Die bestimmte Zusicherung von Kauf/Verkauf (z.B. in einem einfach-schriftlichen "Kaufvertrag") stellt im Falle der Nichtdurchführung des Geschäfts einen klassischen Fall von "culpa in contrahendo" dar (dazu OR/AT § 17), der eine Ersatzpflicht (z.B. für unnötige Aufwendungen) auslösen kann. Vgl. BGE 106 II 41 E. 5.

Kritik: Das infolge Formmangels als Schuldvertrag nichtige Geschäft könnte im Falle der Erfüllung immer noch als genügende causa des Verfügungsgeschäftes gelten (Einschränkung des Kausalitätsprinzips, oben § 3/V/4). Die heutige Praxis nähert sich diesem Ergebnis auf dem Umweg über ZGB 2 (unten lit. g).

g) Schranke des Rechtsmissbrauchs (ZGB 2) bei Berufung auf Formmangel

Literatur:

E. Bucher, Der Rechtsmissbrauch bei Formvorschriften, in ZBGR 1975 p. 65r80.

Berufung auf Formmangel (Nicht- bzw. Falschbeurkundung beurkundungsbedürftiger Elemente) ist grundsätzlich nicht rechtsmissbräuchlich, da sonst die Schutzfunktion des Formerfordernisses in Frage gestellt wird (BGE 84 II 641 E. 2); dies gilt jedenfalls bei noch nicht abgewickelten (erfüllten) Verträgen (beidseits). Umstände, welche die Berufung auf Rechtsmissbrauch zulassen, sind insbesondere:

- wenn derjenige, der sich auf den Formmangel beruft, die Nichtbeachtung der vorgeschriebenen Form arglistig selber herbeigeführt hat, um Nichtigkeitsgrund zu schaffen. Vgl. BGE 88 II 24 und dort zit. Entscheide;

- wenn derjenige, der sich auf den Formmangel beruft, diesen gewollt und von ihm (z.B. durch Vermeidung von Steuern) profitiert hat. Vgl. BGE 78 II 227 ff. und 52 II 165;
- wenn Vertrag beidseitig oder von einer Seite (insbesondere in Kenntnis der Nichtigkeit) erfüllt, besteht ein Indiz für Rechtsmissbrauch, z.B. wenn es dem Verkäufer darum geht, sich Minderungsansprüchen zu entziehen. Vgl. BGE 90 II 156 E. 2, 3; 90 II 299; 92 II 325 ff.; 93 II 105; 98 II 316; 104 II 101 ff.; 112 II 335 E. 3.

Dieser Gesichtspunkt der «heilenden Kraft» der Erfüllung ist so stark, dass die Fälle, in denen Berufung auf Formmangel trotz Vertragsabwicklung nicht als rechtsmissbräuchlich qualifiziert wurde, eine seltene Ausnahme darstellen (BGE 86 II 402, 67 II 159 und dazu Bucher, op. cit.).

### 3. Gefahrübergang (OR 220)

Gegenüber dem Grundsatz von OR 185/I (Gefahrübergang mit Vertragsschluss) Sonderregel in OR 220: Die Gefahrtragsregel wird nicht eigentlich aufgehoben, aber für den Fall der Vereinbarung eines Zeitpunktes der "Uebernahme" oder des "Antrittes" die gesetzliche Vermutung aufgestellt, dass auch Gefahrübergang in diesem Zeitpunkt gewollt sei. Im übrigen gelten die allgemeinen Regeln (oben § 3/VI/3).

### 4. Sondervorschriften hinsichtlich der Gewährleistungspflicht des Verkäufers (OR 219)

#### a) Sondervorschriften hinsichtlich materieller Gewährleistungsprinzipien

OR 219/I bringt Sondervorschrift für den Fall des Fehlens des Grundbuchs. BGE 87 II 248 d.

Wenn das Grundbuch eingeführt ist, gilt OR 219/II, dh. grundsätzlich keine Haftung des Verkäufers für die Masshaltigkeit (wenn Preis nach Fläche bestimmt, muss trotzdem der m<sup>2</sup>-Preis, nicht der Gesamtpreis als geschuldet gelten; anders aber BGE 62 II 161). Haftungsbeschränkung von OR 219/II gilt nach BGE 81 II 140 nur, wenn Verkäufer Unrichtigkeit des Grundbucheintrages nicht kennt.

#### b) Verjährung der Haftung für Sachmängel (OR 219/III)

Gegenüber dem allg. Grundsatz (Verjährungsfrist ein Jahr; OR 210/I) Sondervorschrift OR 219/III: Für "Gebäude", nicht aber für Grundstücke verjähren die Sachmängel-Ansprüche erst nach 5 Jahren. Beginn Fristenlauf nicht mit der "Ablieferung" der Sache (wie in OR 210), sondern nach dem Zeitpunkt der Eigentumsübertragung.

NOTA: Erfordernis Prüfungs- und Rügepflicht gem. OR 201 gilt auch bei Grundstücken!

### 5. Kaufrechtliche Sondervorschriften betreffend landwirtschaftliche Grundstücke

- BG vom 12. Juni 1951/6. Oktober 1972/25. Juni 1976 über die Erhaltung des bäuerlichen Grundbesitzes (EGG; SR 211.412.11)
- BG vom 12. Dezember 1940/25. März 1955/23. März 1962/9. März 1978 über die Entschuldung landwirtschaftlicher Reimwesen (LEG; SR 211.412.12)
- V vom 16. November 1945 über die Entschuldung landwirtschaftlicher Heimwesen (SR 211.412.120)
- V vom 16. November 1945 über die Verhütung der Ueberschuldung landwirtschaftlicher Liegenschaften (SR 211.412.121)

Gemäss OR 218/I dürfen landwirtschaftliche Grundstücke während einer Frist von zehn Jahren, vom Eigentumserwerb an gerechnet, weder als Ganzes noch in Stücken veräussert werden. Vgl. ferner OR 218<sup>bis</sup> - 218<sup>quinquies</sup>.

#### 6. Sondervorschriften für Grundstückerwerb durch Personen mit Wohnsitz im Ausland

- BG vom 16.12.1983 über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland, BewG (SR 211.412.41).
- VO vom 1.10.1984 über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland, BewV (SR 211.412.411).

Erfordernis kantonaler Bewilligung; diese ist zu verweigern, wenn "kein berechtigtes Interesse dargetan werden kann" (dazu BGE 108 Ib 4 ff. E. 4 und 5). Rechtsfolge bei Fehlen der Bewilligung: Nichtigkeit des Vertrags, vgl. BGE 107 II 441 m. Hinw., 107 Ib 12 ff., 20 ff. m. Hinw. Für Umgehungsgeschäfte Strafsanktionen. Ausdrücklicher Hinweis, dass Art. 66 OR (Ausschluss bereicherungsrechtlicher Rückforderungen) nicht anwendbar (BB Art. 20/III).

#### 7. Zur Eigentumsübertragung an Grundstücken

Vgl. vorne § 3/V/3/b, 4

#### 8. EXKURS: Vormerkung obligatorischer Verhältnisse betreffend Grundstücke im Grundbuch (ZGB 959 bzw. 681 und 683)

Das zur Offenlegung der sachenrechtlichen Verhältnisse an Grundstücken eingerichtete Grundbuch lässt nur ausnahmsweise, dh. in vom Gesetz ausdrücklich vorgesehenen Fällen, die Eintragung schuldrechtlicher Beziehungen zu:

- Kaufrecht und Rückkaufsrecht (ZGB 683)
- Vorkaufsrecht (ZGB 681)
- Rückfallsvorbehalt bei Schenkung (OR 247)
- Miete und Pacht (OR 260, 282)

Die Wirkung der Eintragung besteht darin, dass der sonst nur gegenüber dem Vertragspartner wirkende Anspruch gegenüber jedem Dritten, der das Grundstück erwirbt, durchgesetzt werden kann (ZGB 959/II). Man spricht von einer "Verdinglichung" (was nur bildlich gemeint sein kann; die vorgemerkten Rechte bleiben nach wie vor rein persönliche, obligatorische Rechte) oder von "Realobligation" (dh. eine Obligation, deren Pflichtträger nicht persönlich, sondern durch die Beziehung zu einer Sache, hier die Eigentümerstellung, bestimmt wird; dazu OR/AT § 4/III/3; zu Einzelfragen vgl. Meier-Hayoz, ZGB 681, 683). Im übrigen soll die praktische Bedeutung der Vormerkung nicht überschätzt werden; unter "normalen" Verhältnissen (dh. ausser im Konkursfall) sind die vertraglichen Sanktionen (Schadenersatzpflicht!) hinreichender Schutz.

Die unglückliche Formulierung der Absätze III bzw. II von ZGB 681 und 683 hat früher zur Auffassung geführt, nach zehn Jahren ab Vormerkung würden nicht bloss die Vormerkungswirkungen dahinfallen, sondern die vorgemerkten Rechte als solche erlöschen, eine Auffassung, die das Bundesgericht seit langem zu Recht ablehnt (zuletzt BGE 102 II 247 E. 3 mit Hinweisen), an der aber Merz festhält (G./M./K. p. 307; anders und so wie hier noch Guhl in Voraufgaben). Die Zehnjahresfrist hat

keinen anderen Zweck, als das Register von obsoleten Eintragungen zu reinigen ("Registerhygiene"). Auch wenn sich hier wie bei allen zeitlich unbefristeten Schuldverhältnissen die (nach ZGB 2 und ZGB 27 zu beantwortende) Frage der Terminierung stellen kann, geht es nicht an, die vertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten der Parteien nach OR als durch die registerrechtlichen Vorschriften des ZGB eingeschränkt zu betrachten. Sachlich wäre die Zehnjahresfrist auf das interne Verhältnis der Parteien bezogen gegen jede Vernunft: Vorkaufsrechte sind am häufigsten verbunden mit Mietverträgen; je länger aber ein Mietverhältnis gedauert hat, um so mehr verdient der Mieter den Vorteil des Vorkaufsrechts! Unter diesem Gesichtspunkt ist auch kein hinreichender Grund ersichtlich, weshalb die Ermächtigung zur Erneuerung der Eintragung nach Ablauf der Zehnjahresfrist dem Berechtigten nicht bereits im ursprünglichen Vertrag soll eingeräumt werden können, wie BGE 73 II 158 annimmt (das dortige Ergebnis jedoch wohl mit anderer Begründung zu rechtfertigen, z.B. ZGB 2, 27).

#### **IV. Besonderheiten hinsichtlich Zustandekommen des Kaufvertrages**

##### 1. Kauf nach Muster (OR 222)

Die Eigenschaften der zu liefernden Ware sind durch Hingabe eines Musters umschrieben. Dieses Muster kann vom Verkäufer kommen, jedoch auch vom Käufer, wenn dieser von einer bestimmten Ware unter Hingabe eines Musters bestellt. Kauf nach Muster ist immer Gattungskauf (oben Zif. I).

Die Hingabe eines Musters in Verbindung mit Vertragsschluss hat den Charakter einer Zusicherung/Vereinbarung von Eigenschaften i. S. von OR 197 1, für die Qualität der Ware überhaupt oder für einen Teilaspekt, z.B. Farbe; wenn bei Vertragsabschluss von einer der Parteien der anderen ein Muster gegeben wird, kann das i.d.R. bloss heissen, dass die zu liefernde Ware musterkonform sein müsse. - Aus den Umständen kann allerdings folgen, dass die Uebergabe des Musters nicht bestimmte Eigenschaften zusichert, sondern lediglich ein ungefähres Bild der Sache vermitteln wollte: sog. Typenmuster.

Nicht ein Muster im Rechtssinn liegt vor, wenn dieses nicht bereits bei Vertragsschluss gezeigt wurde (damit auch nicht bestimmte Eigenschaften zusichern konnte), sondern erst nachträglich, kurz vor Ablieferung, gegeben wird: sog. Ausfallmuster.

Die Bedeutung von OR 222 liegt allein auf beweisrechtlicher Ebene. Um die Verwendbarkeit eines hingegebenen Musters als Beweismittel im Gewährleistungsprozess zu erleichtern, wird eine widerlegbare Vermutung der Musteridentität aufgestellt, welche Vermutung auch dann noch besteht, wenn der Musterempfänger dasselbe vorübergehend aus der Hand gegeben hat (BGE 75 II 222). Sodann wird für den Fall des Verlusts des Musters beim Käufer diesem die Beweislast für die Eigenschaften des bei ihm verlorengegangenen Musters zugeschoben (Abs. III). - Die Beweislastregel von OR 222 bezieht sich nur auf den Beweis der Musteridentität bzw. (bei Verlust) der Eigenschaften des Musters, nicht aber auf die (angeblich vom Muster abweichenden) Eigenschaften der gelieferten Sache. Diesbezüglich bleibt es bei den allgemeinen Regeln, dh. im Fall, dass Ware als Erfüllung angenommen wurde, ist der Käufer für Qualitätsabweichungen/Mängel beweispflichtig; im Falle der Zurückweisung der Ware durch Käufer muss der Verkäufer Vertragskonformität nachweisen.

Im Falle der Musterkonformität ist zwar Sachmängel-Gewährleistung ausgeschlossen, dies jedoch nur dann, wenn die Mängel bei der Prüfung des Musters (vor Vertragsschluss) erkennbar waren (am Gegensatz zwischen offenen/erkennbaren und versteckten Mängeln wird nichts geändert, die Prüfungs-Obliegenheit betr. Muster aber auf den Zeitpunkt vor Vertragsschluss projiziert). Bei im Muster nicht erkennbaren Mängeln schliesst der Nachweis der Musterkonformität Gewährleistung nicht aus. Vgl. BGE 76 II 222.

## 2. Kauf auf Probe/Besieht (OR 223-225)

Kauf auf Probe i.S. des Gesetzes ist ein aufschiebend (suspensiv) bedingter Kauf (notwendig Stückkauf), bei dem sich der Käufer endgültige Entscheidung, ob er kaufen will oder nicht, vorbehält. Alle Einzelheiten sind, soweit notwendig, bereits vertraglich fixiert; Vertrag wird für Käufer erst mit (ausdrücklicher oder stillschweigender) Genehmigung bindend (OR 223/I), während Verkäufer bereits mit Vertragsschluss einseitig gebunden ist (BGE 55 II 44 f.; 55 II 192). Abzugrenzen von blosser Ansichtssendung, wo lediglich Realofferte seitens des Verkäufers, aber kein Vertrag vorliegt oder vom an sich ebenfalls denkbaren resolutiv bedingten Kauf, bei dem sich der Käufer die Auflösung des Kaufs vorbehält.

Die aufschiebende Bedingtheit des Vertrages bedeutet, dass mit der Entscheidung des Käufers der Vertrag ex nunc wirksam wird, weshalb auch die Gefahr während der Schwebezeit beim Verkäufer verbleibt (so explizit OR 185/III), der vorerst auch Eigentümer der Sache bleibt (so explizit OR 223/II). Den Käufer, der schliesslich nicht kauft, trifft im Falle von Untergang/Verschlechterung der Sache indessen die Beweislast, dass er schuldlos ist.

Ob Stillschweigen Genehmigung oder Verweigerung der Genehmigung bedeutet, bestimmt sich danach, wo sich die Ware während der Schwebezeit befindet:

- Liegt die Ware beim Verkäufer, gilt der Vertrag nur als zustandegekommen, wenn der Käufer die Ware ausdrücklich genehmigt (OR 224). Schweigen bedeutet hier Ablehnung des Kaufs (der Vertrag ist suspensiv bedingt durch die explizite Genehmigung des Käufers).
- Liegt die Ware beim Käufer, kommt der Vertrag zustande, wenn seitens des Käufers keine ablehnende Erklärung erfolgt. Die Ablehnung muss binnen nützlicher Frist erklärt werden. Wenn der Verkäufer sofortige Erklärung verlangt, muss der "Käufer" die Ablehnung sofort erklären, sonst ist er gebunden (OR 225/I). Schweigen bedeutet Genehmigung (der Vertrag steht unter einer Suspensiv-Bedingung in dem Sinne, dass bei Stillschweigen des Käufers dessen Genehmigung präsumiert wird, dieser die Ablehnungsmöglichkeit verwirkt hat). - Die Regel von OR 225 schafft die Gefahr, dass im Rahmen "moderner" Verkaufspraktiken jemandem eine Ware zum kostenlosen "Ausprobieren" aufgedrängt wird und der Empfänger, wenn er den Nachweis zeitiger Ablehnungserklärung nicht zu erbringen vermag, diese bezahlen muss. Eine Schranke gegen Missbräuche ist in dem Sinn zu suchen, dass OR 225 nur dann angewendet wird, wenn seitens des Verkäufers der Nachweis erbracht ist, dass der Empfänger nicht bloss "auf Zusehen hin" sich eine Ware übergeben liess, sondern den Verpflichtungswillen im Rahmen eines, wenn auch bedingten, Kaufvertrages besass. Sodann darf nicht leichthin angenommen werden, die Frist zur Ablehnungserklärung sei verstrichen.

Rückgabe der Sache gilt als Ablehnung; Zahlung des Preises oder Verfügung über die Sache gilt als Genehmigung (OR 225/II).

Literatur:

M. Knellwolf, Zur Konstruktion des Kaufs auf Probe etc., Diss. Zürich 1987 (Zürich. Studien z. Privatrecht Bd. 57).

Sind mehrere Kaufobjekte "zur Auswahl" (dh. in der Meinung, dass nur einzelne, nicht alle übernommen würden) übergeben worden, scheidet die Anwendung von OR 225 aus, da diesfalls nur die Wahlerklärung des Käufers den Vertrag zustande bringt und i.S. von OR 225 eine aus blossem Stillschweigen abgeleitete Vermutung der Genehmigung ausscheidet.

### 3. Steigerungskauf (OR 229-236)

#### a) Allgemeines

aa) Die Beteiligten sind der Veräusserer (Verkäufer) des Versteigerungsobjektes, der Versteigerer (Versteigerungsbeamter, Auktionator) sowie der Bieter (potentieller Erwerber) bzw. Ersteigerer (tatsächlicher Erwerber).

bb) Abgrenzung des Anwendungsbereiches der Sondervorschriften von OR 229 ff.:

Die (in der Revision von 1911 eingeführte) Sonderregelung von OR 229-235 betrifft im wesentlichen die in OR 229/II umrissene öffentlich angekündigte und allgemein zugängliche Versteigerung. Grundsätzlich werden daher nicht erfasst:

- Zwangsversteigerung nach Betreibungs- und Konkursrecht. Zwar sagt hier OR 229/I, dass der "Kaufvertrag" durch Zuschlag des Versteigerungsbeamten zustande komme (OR 234/I gibt darüber hinaus eine gewährleistungsrechtliche Sondervorschrift). Indessen liegt kein Vertrag i.S. des Privatrechts vor, sondern massgeblich ist primär öffentliches Recht (SchKG). Dazu unten lit. f. - Wenn anderseits das ZGB in bestimmten Fällen Versteigerung vorschreibt (z.B. Verkäufe im Namen eines Bevormundeten, ZGB 400/I und 404/II), bleibt diese eine "freiwillige" Versteigerung und den hier primär behandelten privatrechtlichen Regeln unterworfen.
- "Private" Versteigerung, dh. eine solche, die nicht öffentlich angekündigt wird oder zu der nicht jedermann zugelassen ist. Hier bleiben die allgemeinen Regeln des Vertrags- und Kaufrechtes anwendbar; immerhin werden aber die Beteiligten oft die Meinung haben, dass die eine oder andere der hier zu behandelnden Regeln (z.B. OR 231 oder 233) auch für sie gelten soll. - Vom ZGB vorgesehen ist die private Versteigerung als Möglichkeit der Auseinandersetzung unter Miterben oder Miteigentümern (ZGB 612/III und 651/II).

Im übrigen sind die Sonderregeln von OR 229 ff. auf sämtliche Arten der Käufe anwendbar: Fahrnis- wie Grundstückkauf, Stück- wie Gattungskauf usw. - In bestimmten Bereichen (Kunstauktionen usw.) mögen sich zusätzlich Bräuche herausbilden, die für die Beteiligten als im voraus bekannte "Spiegelregeln" verbindlich sind.

#### b) Verhältnis der Sonderregelung zum allgemeinen Recht

OR 229-235 betreffen nur einige Teilaspekte des Kaufrechtes. An die Besonderheit des Vertragsschlusses (Ermittlung des günstigsten Angebots durch Versteigerung)

anknüpfend werden vorab einige bei diesem Verfahren sich ergebende Fragen geregelt (dazu unten lit. c); darüber hinaus gehen die die Gewährleistung betreffenden Regeln von OR 234/III und jene von OR 235 (dazu unten lit. d).

c) Regeln, das Verfahren des Vertragsschlusses betreffend

aa) Der Vertragsschluss kommt durch Zuschlag (dh. der Annahme des letzten höchsten Gebotes durch den Versteigerer) mit dem betreffenden Bieter zustande (OR 229/II).

Aus dem Umstand, dass nach dieser Regel der Bieter als Offerent, der Versteigerer als Akzeptant erscheint, wird meist der Schluss gezogen, dass letzterer frei sei, das (höchste) Angebot anzunehmen oder nicht. Diese Auffassung verkennt, dass dies nicht gelten kann, wenn die Steigerungsankündigungen explizit oder implizit zum Ausdruck bringen, dass jedenfalls (oder wenigstens, wenn ein bestimmter "Ausrufpreis" geboten werde) ein Zuschlag erfolge; spätestens mit Beginn der Versteigerung eines bestimmten Gegenstandes (jedenfalls, wenn dieser mit einem bestimmten Betrag "ausgerufen" wird), haben die Bieter Anspruch auf Zuschlag an den Meistbietenden (dies folgt aus der OR 229 ff. zugrunde liegenden Generalregel, wonach der Versteigerer an seine eigenen Ankündigungen gebunden ist: Analogie zu OR 8). Allerdings kann diese "Veräusserungspflicht" durch ein verdecktes eigenes höheres Gebot überspielt werden.

Das Angebot des Bieters ist (wie eine Offerte unter Anwesenden; OR 4) für diesen bindend, erlischt nach OR 231/II jedoch, wenn nicht nach üblicher kurzer Frist mit dem Zweck der Erlangung eines höheren Gebots ("zum ersten, zum zweiten ... ") der Zuschlag erfolgt, ebenso, wenn ein höheres Angebot gemacht wird ("der Ueberbieter befreit den Ueberbotenen"; v. Büren OR II p. 68). Die Steigerungsbedingungen können eine längere Gebundenheit vorsehen (OR 231/I), doch darf bei Grundstück-Versteigerung die Gebundenheit nicht über die Versteigerungs-Versammlung hinaus dauern, welche Einschränkung wiederum nicht bei Zwangsversteigerung oder einem der behördlichen Genehmigung (z.B. ZGB 404/II) bedürftigen Verkauf gilt (OR 232).

Nicht kaufrechtliche, sondern stellvertretungsrechtliche Bedeutung hat die Regel von OR 229/III, dass mangels anderer Kundgabe das Versteigerungspublikum davon ausgehen darf, dass der Leiter der Versteigerung (der Ausrufende) auch zum Zuschlag bevollmächtigt sei.

bb) Aehnlich wie beim Kauf im allgemeinen (oben § 3/III/2) besteht die Vermutung der Barzahlungspflicht; der Versteigerer kann ohne weiteres (insbesondere ohne Nachfristansetzung usw.) vom Vertrag zurücktreten, wenn der Käufer nicht vertragskonform (oft direkt im Anschluss an Zuschlag und noch vor Sachübergabe) den Preis erlegt (OR 233).

cc) Die originellste Eigentümlichkeit des Versteigerungsrechts ist die Anfechtungsmöglichkeit gemäss OR 230: Binnen zehn Tagen (wohl ab Entdeckung des Anfechtungsgrundes? So Cavin p. 165) kann durch Klage beim Zivilrichter eine Anfechtung der Versteigerung mit dem Ziel der Aufhebung des Vertragsschlusses erfolgen, sofern Unkorrektheiten beim Versteigerungsverfahren unterlaufen sind. Gedacht ist an eine Anfechtung seitens des Verkäufers, wenn (vor allem durch ein "pactum de non licitando", dh. Vereinbarung unter den Interessierten, nicht oder nicht über einem bestimmten Preis zu bieten) ein Zuschlag zu einem zu tiefen Preis erfolgte oder seitens des Erwerbers, wenn

(z.B. durch Scheingebote oder gar durch eine vom Versteigerer mit einem Scheinbieter getroffene Vereinbarung, ihn im Falle eines Zuschlags nicht bei seinem Gebot zu behaften) ein überhöhter Preis erlistet wurde (dazu nun einlässlich BGE 109 II 118; aus der Lit. R.Th. Ruoss, Scheingebote an Kunstauktionen, Diss. Zürich, 1984). - Nach Gesetz kann die Anfechtung nicht bloss von den Parteien (dh. Veräusserer und Erwerber), sondern von "jedermann, der ein Interesse hat", ausgehen, was nur bedeuten kann, dass auch leer ausgehende Mitbieter den erfolgten Zuschlag/Vertragsschluss sollen anfechten können (Praktikabilität dieser Ausweitung nicht ganz erkennbar).

- dd) Die Regelung des Steigerungskaufs des OR enthält keine besonderen Formvorschriften (vgl. aber Vorbehalt unten lit. e). Bei Versteigerung von Grundstücken wird umgekehrt i.S. einer Erleichterung vom Formrequisit der öffentlichen Beurkundung (OR 216; oben Zif. III) dispensiert; das Steigerungsprotokoll ersetzt hier den öffentlich beurkundeten Kaufvertrag (OR 235/II).
- d) Materielle kaufrechtliche Besonderheiten
- aa) OR 229 ff. stellen ein Sonderrecht mit punktuellen Charakter dar, das alle nicht ausdrücklich ausgeschlossenen allgemeinen Regeln bestehen lässt. Die Parteien haben die gleichen Möglichkeiten der Willensmängelanfechtung wie beim gewöhnlichen Kauf (dazu oben § 4/VIII), ohne dabei an die Klagefrist von OR 230 gebunden zu sein (BGE 40 II 383 E. 4). Ebenfalls bleibt das übliche Gewährleistungsrecht in Kraft (dazu oben § 4, hier allerdings mit einer Einschränkung; vgl. die folgende lit. bb).
- bb) OR 234/III erweitert die Möglichkeit der vertraglichen Beschränkung der Gewährleistung des Verkäufers insofern, als der in den Steigerungsbedingungen enthaltene Gewährleistungsausschluss nur dann unwirksam ist, wenn er "Haftung für absichtliche Täuschung" ausschliesst, während nach allgemeinen Grundsätzen diese Unwirksamkeit besteht, sobald das Verschweigen der Mängel als solches "arglistig" (im Falle der Rechtsmängelhaftung "absichtlich") ist; vgl. OR 192/III, 199; dazu oben § 4/II/1.c.
- cc) Nicht vertragsrechtlicher, sondern sachenrechtlicher Natur sind die Regeln über den Eigentumsübergang bei Fahrnis (OR 235/I): Fahrniseigentum, das im Normalfall nicht durch den Kauf als schuldrechtlichen Vertrag, sondern nach dem sog. Traditionsprinzip nur in einem besonderen sachenrechtlichen Verfügungsgeschäft, verbunden mit der faktischen Sachübergabe, übertragen werden kann (oben § 3/V/3), wird im Falle der Versteigerung bereits mit dem Akt des Vertragsschlusses, dem "Zuschlag", auf den Ersteigerer übertragen (im Falle eines Rücktritts des Veräusserers gem. OR 233/II muss wohl Nichtigkeit des Geschäfts mit automatischem Rückfall des Eigentums an den Veräusserer nach dem "Kausalitätsprinzip", oben § 3/V/4, angenommen werden).  
Zur Rechtslage bei einer öffentlichen Versteigerung abhanden gekommener Sachen vgl. ZGB 934/II und oben § 3/V/6.
- e) Vorbehalt zugunsten des kantonalen öffentlichen Rechts (OR 236)
- f) Vertragsbeziehung zwischen Veräusserer und Auktionator ist ein Auftrags- und Kommissionsverhältnis (dazu unten § 12, § 13/III). Soweit Versteigerer in Beamtenfunktion handelt, mögen (kantonale) öffentlichrechtliche Vorschriften mitspielen. Zur Frage der Pflicht zur Zahlung einer Versteigerungskommission bei Ersteigerung durch den selbstbietenden Veräusserer vgl. BGE 112 II 340.

g) Zwangsversteigerung nach Betreibungs- und Konkursrecht

Während nach früherer Auffassung die Veräusserung im Rahmen einer Zwangsverwertung im Betreibungs- und Konkursverfahren als privatrechtlicher Vertrag verstanden wurde, wird er heute als staatlicher Hoheitsakt gedeutet. Nach dieser nicht unbestrittenen, jedoch in BGE 106 III 81 festgeschriebenen Konzeption ist im Falle von Streitigkeiten die Zivilgerichtsbarkeit ausgeschlossen; zulässig ist allenfalls eine Beschwerde nach SchKG 136bis (vgl. Amonn, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, Bern 1980, p. 205); die verfügbaren Beschwerdegründe sind nicht klar; Willensmängelanfechtung i.S. von OR 23-30 ist wohl nur beschränkt zulässig.

- Die Gewährleistung des Verkäufers (dh. der Konkursmasse) im Zwangsvollstreckungsverfahren wird durch OR 234/I und II drastisch eingeschränkt (sind allfällige Ansprüche ebenfalls im Beschwerdeverfahren geltend zu machen?).

Unter besonderen Verhältnissen kann die Zwangsverwertung statt durch Versteigerung durch Freihandverkauf erfolgen; auch dieser Freihandverkauf wird als Hoheitsakt betrachtet und wie die Versteigerung behandelt (BGE 106 III 81; fragwürdig); unter Uebertragung der privatrechtlichen Prinzipien, OR 216, wird jedoch öffentliche Beurkundung des Vertrags verlangt, wie auch der Eigentumserwerb an die Eintragung im Grundbuch geknüpft ist (BGE 106 III 85 E. 7). Die Gewährleistungsbeschränkung nach OR 234/I und II darf indessen trotz allem nicht auf den Freihandverkauf übertragen werden; auch Willensmängel-Anfechtung muss möglich bleiben.

**V. Teilzahlungs-Verträge (OR 226a-228)**Literatur:

B. v. Büren, OR II, S. 60 ff.; P. Cavin, in SPR VII/1, S. 166 ff.; H. Giger, Systematische Darstellung des Abzahlungsrechts, Zürich 1972; G./M./K., S. 311 ff.; Schulin/Vogt, Tafel B 13 A/13 B; H. Stofer, Kommentar zum Schweizerischen Bundesgesetz über den Abzahlungs- und Vorauszahlungsvertrag, 2. A. Basel/Stuttgart 1972; Botschaft über ein Konsumkreditgesetz vom 12. Juni 1978 (Nr. 78.043).

In den fünfziger Jahren fanden Teilzahlungsgeschäfte eine rasche Verbreitung; die damalige gesetzliche Regelung (OR 226-228) reichte nicht aus, um die meist geschäftlich unerfahrenen Käufer vor Missbräuchen zu schützen. Die Gesetzesnovelle vom 23.3.1962 (Art. 226a-228 OR) brachte eine detaillierte Neuregelung mit dem Bestreben möglichst umfassender Abwendung von Missbräuchen.

Die restriktiven gesetzlichen Bestimmungen betr. Vorauszahlungsverträge, vgl. OR 227a - 228, haben in der Folgezeit zu deren völligem Verschwinden geführt, sodass hier auf deren Behandlung verzichtet wird. Auch die klassischen Abzahlungsgeschäfte gingen zurück, während die Zahl der Kleinkredite zunahm (ein diesbezüglich geplantes "Konsumkreditgesetz", vgl. Botschaft vom 12.6.1978, ist gescheitert). Im folgenden knappe Hinweise auf das noch nicht ganz bedeutungslose Abzahlungsgeschäft.

1. Begriff des Abzahlungsvertrages

Das Gesetz definiert ihn als Kauf, bei dem der Verkäufer sich verpflichtet, dem Käufer eine bewegliche Sache vor Zahlung des Kaufpreises zu übergeben, und der Käufer, den Kaufpreis in Teilzahlungen zu entrichten (OR 226a/I). Es liegt somit ein Kreditkauf vor, regelmässig verbunden mit einem Eigentumsvorbehalt (vgl. oben § 3/V/5).

## 2. Gültigkeitsvoraussetzungen

Um den Käufer vor übereilten Vertragsabschlüssen zu bewahren und ihm genaue Kenntnis der Vertrags- und Kreditbedingungen zu ermöglichen, ist die Wirksamkeit des Abzahlungsvertrages an folgende Voraussetzungen geknüpft:

### a) Schriftform (OR 226a/II)

### b) Gesetzlich vorgeschriebener Vertragsinhalt (wenn der Vertrag vom Verkäufer gewerbsmässig abgeschlossen wird, was die Regel ist):

Gemäss OR 226/II Zif. 1-11 müssen nicht nur die "essentialia", sondern auch bestimmte Nebenabreden in den Vertragstext aufgenommen werden. Allerdings hat nur das Fehlen der wichtigsten von ihnen Ungültigkeit des Vertrages zur Folge (OR 226a/III):

- Kaufgegenstand
- Höhe der Anzahlung
- Barkaufpreis
- Gesamtkaufpreis, vgl. dazu BGE 110 II 153
- Verzicht des Käufers gemäss OR 226c

Zur Rückabwicklung eines nichtigen Vertrages vgl. BGE 110 II 244.

### c) Schriftliche Zustimmung zum Vertragsschluss (OR 226b):

- des im gemeinsamen Haushalt lebenden Ehegatten bei vertraglicher Verpflichtung von mehr als tausend Franken (vgl. die entsprechende Regelung bei der Bürgschaft, unten § 17/V/5);
- durch den gesetzlichen Vertreter zu Verträgen eines Minderjährigen.

Die Zustimmung muss bereits bei Unterzeichnung des Vertrages durch den Käufer vorliegen; nachträgliche Genehmigung ist nicht möglich.

### d) Unterbleiben einer Verzichtserklärung des Käufers gem. OR 226c:

Innert fünf Tagen nach Erhalt eines beidseitig unterzeichneten Vertragsdoppels kann der Käufer schriftlich (vgl. BGE 108 II 296) seinen Verzicht auf den Vertragsschluss erklären. Der Abzahlungskauf ist suspensiv bedingt; dh. er wird erst wirksam, wenn der Käufer nicht fristgemäss verzichtet (negative Potestativbedingung, vgl. OR/AT § 28/I/3). Die Bedingung gilt jedoch als eingetreten (Vertrag ist bindend), wenn der Käufer die Sache über die übliche Prüfung hinaus benutzt, OR 226c/II.

Das Verichtsrecht des Käufers ist unabdingbar und darf auch nicht durch die Vereinbarung eines Reugeldes beeinträchtigt werden.

## 3. Abwicklung des Vertrages

### a) Anzahlungspflicht und Vertragsdauer

Gemäss OR 226d/II in Verbindung mit der bundesrätlichen VO vom 23.4.1975 (SR 221.211.43) beträgt die Mindestanzahlung 30 % (bei Möbeln 25 %) des Barkaufpreises, zahlbar bei Uebergabe der Kaufsache. Die Höchstdauer des Vertrages beträgt 24 Monate (bei Möbeln 30 Monate).

Ein Verstoß gegen das Anzahlungsgebot hätte für den Verkäufer einen partiellen Anspruchsverlust zur Folge, OR 226d/III.

b) Weitere Schutzbestimmungen

- OR 226e beschränkt Lohnabtretungen zeitlich auf 2 1/2 Jahre ab Vertragsschluss und umfangmässig auf die pfändbare Quote (letzteres gilt gem. OR 325/I inzwischen allgemein für jede Abtretung oder Verpfändung einer Lohnforderung). Vgl. dazu BGE 95 III 39.
- OR 226f schliesst einen Vorausverzicht des Käufers auf die Verrechnung allfälliger Gegenansprüche mit der Kaufpreisforderung aus und bildet damit eine Ausnahme zu OR 126. Ausserdem bleiben dem Käufer seine Einreden bei Abtretung der Kaufpreisforderung durch den Verkäufer zwingend erhalten (was, entgegen G./M./K., S. 316, wohl ohnehin gelten würde).
- OR 226g ermöglicht den sog. "Barauskauf" (dh. vorzeitige Bezahlung) und gibt dem Käufer Anspruch auf eine Reduktion des Teilzahlungszuschlages um mindestens die Hälfte entsprechend der Verkürzung der Vertragsdauer (Ausnahme zu OR 81/II).

c) Sonderregelung beim Verzug des Käufers (OR 226h)

Sie dient vor allem dem Schutz des Käufers gegen Verfall- und Verwirkungsklauseln.

- Beim Anzahlungsverzug (OR 226h/I) kann der Verkäufer entweder die Anzahlung fordern oder - auch ohne ausdrücklichen Vorbehalt - vom Vertrag zurücktreten.
- Beim Teilzahlungsverzug (OR 226h/II) besteht die Möglichkeit der Klage auf Leistung der fälligen Raten; die Forderung des gesamten Restkaufpreises sowie der Rücktritt vom Vertrag sind ebenfalls möglich, jedoch an besondere Voraussetzungen geknüpft: der Verkäufer muss sich dies ausdrücklich vorbehalten haben und dem Käufer zunächst eine "Gnadenfrist" von 14 Tagen einräumen. Darüberhinaus muss der Verzug mindestens zwei Raten, die einen Zehntel des Gesamtkaufpreises ausmachen, oder eine einzige Rate, die mindestens ein Viertel des Gesamtkaufpreises beträgt, oder die letzte Rate betreffen.

Gemäss OR 226k kann der Richter dem Käufer Zahlungserleichterungen gewähren.

Macht der Verkäufer von seinem Rücktrittsrecht Gebrauch, so haben die Vertragsparteien die empfangenen Leistungen zurückzuerstatten (OR 226i/I). Ausserdem hat der Verkäufer Anspruch auf angemessenen "Mietzins" und eine Entschädigung für ausserordentliche Abnutzung der Sache. Vgl. im einzelnen BGE 95 II 312; 96 II 186; Cour de Justice civile de Genève, Sem.jud. 96, S. 1649 OG Luzern, ZUV 109, S. 393. Bei Rücktritt des Verkäufers vor Lieferung kann er vom Käufer nur angemessenen Kapitalzins und Ersatz für die Wertminderung der Sache verlangen.

#### 4. Anwendungsbereich (OR 226m)

Die Bestimmungen von OR 226a - 226l sind grundsätzlich auf alle Rechtsgeschäfte anwendbar, die den gleichen wirtschaftlichen Zweck verfolgen wie ein Abzahlungskauf, ohne Rücksicht auf die jeweilige Rechtsform oder gewählte Bezeichnung (vgl. dazu Stofer, S. 139 f.). Probleme bereitet vor allem die Erfassung von Vertragstypen, die in der Absicht gewählt werden, die restriktiven Vorschriften des Abzahlungsrechtes zu umgehen (vgl. dazu auch die Rspr.übersicht bei Jeanprêtre, SJZ 74, S. 269 ff.):

- Miet-Kauf-Vertrag. Abzahlungsvorschriften anwendbar, wenn Mietverhältnis erst nach Abzahlung eines bedeutenden Teiles des Warenwertes aufgelöst werden kann, sodass Mieter aus wirtschaftlichen Gründen auf Kündigung verzichtet, vgl. BGE 113 II 168; 101 IV 98; 95 IV 101.

- Leasing Verkappter Abzahlungsvertrag liegt vor, wenn Leasingraten den vollen Sachwert erreichen oder übersteigen, vgl. ZBJV 114, S. 364 ff.; Sem.jud. 101, S. 84 ff.; OG Thurgau, SJZ 84 (1988), s. 12 f.; Giger, S. 138 ff.; M. Stöcklin, Der Leasingvertrag als Mittel der Umgehung zwingenden Rechts, Diss. Basel 1985, S. 60 ff.; vgl. im übrigen oben § 2/IV.
- Fernkursverträge. In betracht kommt die Anwendung von Kauf- oder Auftragsrecht je nach inhaltlicher Ausgestaltung des Vertrages; im Einzelfall kann die kumulative Anwendung der zwingenden Bestimmungen beider Vertragsarten geboten sein, vgl. SJZ 68, S. 173 ff.; SJZ 79, S. 269 ff.
- Sukzessivlieferungsverträge. Bei künstlicher, sachlich nicht gerechtfertigter Aufteilung der Sach- oder Dienstleistungen ist abzahlungsrechtlicher Charakter zu bejahen, vgl. Sem.jud. 101, S. 380 ff.; Th. Koller, SJZ 75, S. 53 ff.; D. Sauter, Ausgewählte Probleme des Sukzessivlieferungsvertrages, Diss. Zürich 1982, S. 58 ff.
- "Drittfinanzierungsgeschäfte", OR 226m/II,III. Entscheidend ist der rechtliche und wirtschaftliche Zusammenhang zwischen Darlehensgewährung und finanziertem Rechtsgeschäft, vgl. ZR 71, S. 96; Giger, S. 63 ff.  
Die in OR 226m/IV statuierten Beschränkungen des Anwendungsbereichs für bestimmte Kategorien von Abzahlungsgeschäften haben gleichfalls die Gerichte beschäftigt: Vgl. zu den sog. "Dreiratenverträgen" SJZ 65, S. 95; 66, S. 23; 68, S. 173 sowie BGE SJZ 68, S. 253; zu den Abzahlungsgeschäften betr. Produktivgüter vgl. BGE 103 II 114.

## VI. Tauschvertrag (OR 237-238)

### 1. Begriff

Tausch ist der Vertrag, mit dem sich beide Parteien verpflichten, dem Partner Eigentum und Besitz an einer Sache oder einem "Recht" zu verschaffen, wobei die beiden Leistungen in einem Austauschverhältnis stehen. Bei Kauf Umsatz von Ware gegen Geld, bei Tausch Ware gegen Ware. Logisch ist der Kauf, bezogen auf den Tausch, nicht (wie im Gesetz) dessen Oberbegriff, sondern vielmehr ein Unterbegriff/Spezialfall: der Sachaustausch, bei dem vom einen Partner Geld gegeben wird. Das Vereinbaren einer Geldschuld ist damit massgebliches Abgrenzungskriterium; nicht mehr Kauf, sondern Tausch wäre anzunehmen, wenn Geld nicht i.S. einer Gattungsschuld geschuldet wäre, sondern die Parteien die Leistung von vertraglich individualisierten Geldstücken oder -scheinen (eigener oder fremder Währung) verabredet hätten.

### 2. Bedeutung

Grosse Bedeutung in ursprünglichen Wirtschaftsordnungen; heute eher selten, z.B. Aktientausch bei Unternehmensfusionen.

### 3. Rechtliche Regelung

Die Pflichten beider Parteien sind hinsichtlich der von ihnen gegebenen Sachen die Pflichten eines Verkäufers (Eigentums- und Sachverschaffungspflicht; Gewährleistung, oben § 3/IV, § 4); umgekehrt befindet sich jeder Partner in bezug auf die von ihm eingehandelte Sache in der Stellung des Käufers (oben § 3/III). Gefahrtragung des Käufers (oben § 3/VI) bedeutet beim Tausch, dass jeder Partner vom Ver-

tragsschluss an das Risiko der eingehandelten Sache trägt, dh. trotz deren Untergangs oder Verschlechterung die, eigene Sache leisten muss. Auch die weiteren Vorschriften des Kaufrechts sind anwendbar, insbesondere die Formvorschriften, falls ein Grundstück Tauschgegenstand ist (OR 216; oben Zif. III).

Die Haftung für Rechts- und Sachmängel ist grundsätzlich dieselbe wie beim Kauf: Wandelung oder Minderung. Preisminderung bedeutet hier Ausgleichszahlung in Geld, ev. wenn teilbare Sache, eine Reduktion der Gegenleistung. Die Berechnung der Preisminderung erfolgt hier nach den üblichen Grundsätzen in einem Minderwert-Quotienten, dh. vorerst ohne Berechnung des Minderwertes in absoluten Zahlen. Hingegen kann der Quotient, der auf die vertragliche Gegenleistung zu beziehen ist, nun nicht auf einen Kaufpreis, sondern nur auf die eingetauschte Sache angewendet werden, deren Wertbestimmung in absoluten Zahlen daher hier nicht zu vermeiden ist. - Bei Wandelung oder bei vollständiger Entwehrung (Rechtsmängel) greift Sondervorschrift von OR 238 ein hinsichtlich der in Tausch gegebenen eigenen Ware; Wahlrecht, ob diese zurück gehen soll oder ob die eigene Leistung belassen wird, in welchem Fall Ersatz des vertraglichen "Soll-Wertes" der infolge Wandelung zurückgegebenen mangelhaften Sache. Aus der Praxis vgl. BGE 81 II 222; 45 II 442; 41 II 591.

## VII. EXKURS: Standardisierte Vertragsklauseln (INCOTERMS)

### 1. Entstehung der Lieferklauseln und der Incoterms

Seit langem (Anfänge reichen ca. 200 Jahre zurück) ist im internationalen Handelsverkehr (bes. Ueberseehandel) der Gebrauch einzelner Kurzklauseln üblich, die den Zweck haben, bestimmte wichtige Vertragsklauseln in einer Kurzformel zusammenzufassen.

Ursprünglich bloss auf kaufmännischer Uebung beruhend, wurde die cif-Klausel in den sog. Warschau-Oxford-Regeln von 1932 umschrieben. Die Internationale Handelskammer mit Sitz in Paris (IHK) hat 1936, 1953 und 1980 in ihren sog. "INCOTERMS" (INternational COMMercial TERMS) die wichtigsten Klauseln normativ beschrieben.

Die gegenwärtig gültigen "Incoterms 1980" sind erhältlich (bei der IHK oder auch bei nationalen/lokalen Handelskammern) als Drucksache Nr. 350 der IHK (Incoterms 1953 als Drucksache 166). Aehnlich, wenn auch nicht identisch, sind die "USA-Lieferklauseln 1941".

### 2. Geltung

Die Lieferklauseln sind Bestandteil der Parteivereinbarung; die Umschreibung ihres Inhalts durch die IHK ist nur dann eindeutig verbindlich, wenn die Parteien sie durch Vereinbarung zum Vertragsbestandteil erheben und zum Ausdruck bringen, dass die Umschreibung gemäss "Incoterms 1980" gemeint sei. Immerhin besteht auch ohne dieses ev. eine Vermutung für Uebereinstimmung mit der dortigen Sinngebung.

### 3. Inhalt

Die Lieferklauseln wollen zur Hauptsache drei Punkte regeln:

- Umfang der vom Verkäufer zu tragenden Transportkosten, in zweiter Linie Nebenkosten (Versicherung, Zölle, Abgaben, Kosten der Beschaffung von Dokumenten etc.).

- Uebergang der sog. Preisgefahr, dh. Regelung der Frage, von welchem Moment an der Käufer bezahlen muss, obwohl die Sache untergegangen/verschlechtert ist.
- Neben diesen beiden Hauptpunkten findet sich in den Lieferklauseln auch noch die Regelung von vertraglichen Nebenkunden, vor allem hinsichtlich Obliegenheiten wie Beschaffung von Dokumenten (Konossemente, Ein- und Ausfuhrbewilligungen, Ursprungszeugnisse etc.), Veranlassung von Transport und Versicherung, Abnahme der Ware, Verpackung, Benachrichtigung usw.

Umgekehrt wollen die Lieferklauseln die folgenden beiden Fragen nicht regeln:

- Eigentumsübertragung bzw. Verfügungsbefugnis über die reisende Ware. Eigentumsübergang wäre an sich nach IPR-Regeln (danach wohl nach dem Recht des Ortes des behaupteten Eigentumsübergangs) zu beurteilen, spielt aber praktisch kaum eine Rolle; entscheidend ist die Verfügungsmacht, welche durch Transportrecht bzw. Wertpapierrecht (Warenpapiere) bestimmt wird.
- Leistungsgefahr, dh. die Frage, in welchem Moment der Verkäufer von seiner Leistungspflicht befreit wird und daher weder zu Nachlieferung verpflichtet ist noch für Verspätung der Leistung haftet. Mangels anderer Absprachen (die kaum vorkommen) ist anzunehmen, dass der Verkäufer mit der Versendung (Uebergabe an den ersten Frachtführer) seine Leistungspflicht erfüllt hat (Erfüllungsort ist vermutungsweise Schuldnerdomizil; OR 74/II Zif. 3; dazu auch WKR Art. 31/32) und damit grundsätzlich befreit ist, auch wenn er in diesem Moment angesichts späteren Uebergangs der Preisgefahr vielleicht noch nicht den Gegenleistungsanspruch erworben hat.
- Weitere, regelmässig vorkommende Vertragsklauseln wie Rechtswahl, Gerichtsstand oder Schiedsabreden sind nicht in den INCOTERMS eingeschlossen, sondern separater Vereinbarung vorbehalten (dazu auch oben § 2/XI).

#### 4. Uebersicht über die wichtigsten Klauseln

Die Bezeichnungen werden zu einem bestimmten Ort (Abgangs- oder Bestimmungsort bzw. -hafen, -flugplatz) hinzugesetzt.

ex (ab) works, actory, mill, plantation, warehouse: ab Werk etc. (gemeint: des Verkäufers)

fof/for: free on truck, free on rail (mit Angabe Abgangsort, seil. im Bereich des Verkäufers)

fas: free alongside ship (mit Angabe Verschiffungshafen)

fob: free on board (mit Angabe Verschiffungshafen)

c&f: cost and freight (mit Angabe Bestimmungshafen)

cif: cost, insurance, freight (mit Angabe Bestimmungshafen)

freight (carriage, insurance) paid to: frachtfrei (mit Angabe Bestimmungsort; nur für Landtransport vorgesehen)

ex ship: ab Schiff (mit Angabe Bestimmungshafen)

ex quai: ab Kai (mit Angabe Bestimmungshafen)

neu in Incoterms 1980:

fob airport: mit Angabe Versendungs-Flughafen

free carrier: frei Frachtführer (mit Angabe eines Uebergabepunktes)

## 5. Regelung der Kosten- und Gefahrtragung

### a) Vorbemerkung: Gegensatz von Ein- und Zweipunkt Klauseln

Ausgehend davon, dass im Zentrum die Regelung der Transportkosten und der Gefahrtragung steht, kann man von Einpunkt Klauseln sprechen, wenn die Kostentragung und die Preisgefahr des Käufers im selben Moment (am selben Ort) beginnt, von Zweipunkt Klauseln, wenn die beiden Fragen abweichend geregelt sind.

### b) Einpunkt Klauseln

Der Verkäufer trägt die Transportkosten und die Gefahr einheitlich bis zu dem Moment, wo die Ware:

ex/ab:	zur Verladung auf dem vorgesehenen Beförderungsmittel bereit ist
for/fot:	die Ware oder der beladene Waggon der Eisenbahnunternehmung ausgehändigt ist
fas:	"tatsächlich Längsseite Schiff in dem benannten Verschiffungshafen geliefert worden ist"
fob:	"die Reling des Schiffes tatsächlich überschritten hat"
ex ship:	dem Käufer im Bestimmungshafen zur Löschung zur Verfügung gestellt worden ist
ex quai:	am Kai des Bestimmungshafens zur Verfügung des Käufers gestellt worden ist (Kosten/Gefahr des Ausladens und der Einfuhr zulasten des Verkäufers; betr. Tragung des Einfuhrzolles kann präzisiert werden: duty paid/verzollt - duties on buyer's account/unverzollt)
fob airport:	Uebergabe der Ware im vereinbarten Flughafen an den Luftfrachtführer oder dessen Vertreter
free carrier:	Uebergabe an den Frachtführer an dem vereinbarten Ort (binnen der vereinbarten Frist)

### c) Zweipunkt Klauseln

cif:	Der Verkäufer trägt die Gefahr (diesbezüglich genau wie unter "fob"), bis die Ware im Verschiffungshafen die Reling überschritten hat; zusätzlich muss er jedoch die Versicherungskosten ("i" für "insurance") und Frachtkosten ("f" für "freight") bis und mit Ausladen im Bestimmungshafen tragen.
c&f:	wie "cif", jedoch bloss Tragung der Fracht-, nicht der Versicherungskosten.
freight (carriage)	
paid to:	Tragung der Transportkosten bis zum Bestimmungsort, jedoch Tragung der Gefahr nur bis zur "fristgemässen Uebergabe an den ersten Frachtführer".

NOTA: Die von der IHK nicht geregelte Klausel free (free delivered) "frei Bern" bedeutet gegenüber der Frachtfrei-Klausel (freight paid) Tragung von Kosten und Gefahr bis zum Bestimmungsort.

Für Einzelheiten vgl. Drucksache Nr. 166 und 350 der IHK sowie Enz. Lexikon für das Geld-, Bank- und Börsenwesen, 3. A. 1967/68, Stichwort "Lieferklauseln".

Ferner V. Digenopoulos, Die Abwandlung der CIF- und FOB-Geschäfte im modernen Ueberseekaufrecht, Arb. z. Rechtsvergl. Nr. 91, Frankfurt/M.. 1978; F. Eisemann, Die Incoterms heute und morgen. Zur Klauselpraxis des internationalen Warenhandels, 2. A., Wien 1980 (unter Mitarbeit von J. Ramberg); F. Eisemann/W. Melis, Incoterms. Kommentar, Wien 1981; H. Hage, Die Vertragsklauseln cif, fob, ab Kai unter Berück-

sichtigung der Trade Terms, Heidelberg 1956; Schmitthoff, The export Trade, 7. A., London 1980; M. Schütte, "Incoterms 1953" und andere Klauseln im sowjetischen Aussenhandelsrecht; Diss. Kiel 1970.

### VIII. Grundzüge des Uebereinkommens über den internationalen Warenkauf (WKR)

#### Literatur:

C.M. Bianca/M.J. Bonell, Commentary on the International Sales Law; the 1980 Vienna Sales Convention, Mailand (Giuffrè) 1987; J. Honnold, Uniform Law for International Sales, Deventer etc. (Kluwer) 1982; P. Schlechtriem, Einheitliches UN-Kaufrecht. Das Uebereinkommen der Vereinten Nationen über internat. Warenkaufverträge, Tübingen (Mohr/Siebeck) 1981; Schweiz. Institut für Rechtsvergleichung (Veröff. Bd. 4), Wiener Uebereinkommen von 1980 über den internationalen Warenkauf, Lausanner Kolloquium 1984, Zürich (Schulthess) 1985; 1. Szasz, The CMEA Uniform Law for International Sales, The Hague 1983 oder Budapest (Akadémiai Kisado) 1985; M. Wey, Der Vertragsschluss beim Internationalen Warenkauf nach UNCITRAL- und Schweizerischem Recht etc., 2 Bde., Diss. (Basel) 1984.

Vorbemerkung: Im folgenden kann keine umfassende Darstellung angestrebt werden; es wird versucht, neben einigen Grundsatzfragen (wie Vertragsschluss und Gefahrtragung) vor allem die vom traditionellen kontinentalen Kaufrecht abweichenden Elemente (hier insbesondere das Verständnis der Sachgewährleistung bzw. Verkäuferpflicht) zu skizzieren.

#### 1. Allgemeines; kollisionsrechtlicher Anwendungsbereich

Zu den Bestrebungen der Kaufrechts-Vereinheitlichung im allgemeinen und der Entstehung des WKR vgl. oben § 3/I/5/c und d.

Zur internationalprivatrechtlichen Bestimmung des anwendbaren Kaufrechts sowie zum Anwendungsbereich des WKR im allgemeinen vgl. oben § 3/I/5/e.

Ergänzend ist festzuhalten, dass die Parteien freie Rechtswahlbefugnis haben, dh. ihren Vertrag einem beliebigen nationalen Recht unterstellen (und damit das WKR, falls an sich anwendbar, ausschliessen) können (IPRG 116, Haager Uebereinkommen Art. 2; WKR 6).

#### 2. Materieller Regelungsbereich

##### a) Massgeblicher Begriff des "Warenkaufs" (WKR 2,3)

Eine positive Umschreibung wird nicht gegeben, vielmehr der Begriff des Warenkaufs als bekannt vorausgesetzt; unausgesprochen (wenn auch selbstverständlich) ist die Beschränkung auf Fahrniskauf.

WKR 2 nennt negativ einige Kauftypen, die von der Anwendung ausgenommen sind: Konsumkäufe (lit. a), Versteigerungsverkäufe und solche im gerichtlichen Verfahren, wie Zwangsvollstreckung (lit. b und c); Käufe von Wertpapieren o.dgl. (lit. d), Wasser- und Luftschiffen (lit. e) sowie elektrischer Energie (lit. e).

WKR 3 definiert die Abgrenzung gegen den Werkvertrag und bezieht positiv auch Verträge mit Elementen von Werkverträgen ein: "Kauf" liegt auch dann vor, wenn die zu liefernde Sache vom Verkäufer erst herzustellen (und, so ist zu ergänzen, nach den besonderen Bedürfnissen des Käufers herzustellen) ist. WKR ist jedoch

nicht anwendbar, wenn der Käufer "einen wesentlichen Teil", des benötigten Materials zu liefern hätte oder wenn seitens des Verkäufers der "überwiegende Teil" der Leistung in Arbeits- und Dienstleistung (sc. im Zusammenhang der Herstellung) besteht, dem gegenüber die Materiallieferung an Bedeutung zurücktritt.

b) Die von der Regelung ausgenommenen Rechtsfragen (WKR 2-6)

WKR verzichtet zwangsläufig darauf, eine Reihe von Fragen zu regeln, die sich im Zusammenhang mit Warenkäufen (auch) stellen können:

- Rechtsfähigkeit der Vertragspartei;
- Handlungsfähigkeit der vertragsschliessenden Personen sowie die Frage der Vertretungsmacht dieser Personen hinsichtlich der Vertragspartei;
- die Frage des Eigentumsübergangs (WKR 4/b);
- die Frage der Gültigkeit des Vertrages (WKR 4/a). Zwar wird dessen Zustand kommen geregelt, jedoch Fragen nach Gültigkeitshindernissen wie Dissens, Willensmängeln (Irrtum, Täuschung, Drohung), Ungültigkeit wegen Sittenwidrigkeit, Widerrechtlichkeit, Unmöglichkeit (vgl. OR 20) nicht erfasst;
- die Produkthaftung (WKR 5), wobei immerhin offen bleibt, wie weit beim Käufer eintretender Sachschaden erfasst wird oder nicht;
- Realexekution, dh. die Frage der zwangsweisen Vollstreckung der Leistungspflicht des Verkäufers (WKR 28 verweist diesbezüglich auf das Recht des Ortes der eventuellen Zwangsvollstreckung);
- weitere Probleme, wie die Frage nach Haftung aus "culpa in contrahendo" oder der Abtretung vertraglicher Ansprüche.

In obigen und anderen Fragen gelten die Regeln jener nationalen Rechtsordnung, die nach den Kollisionsregeln des Gerichtsstandes massgeblich sind.

3. Allgemeine Bestimmungen (WKR 7-13)

Vorausgeschickt werden einige allgemeine Regeln der Rechts- und Vertragshandhabung (zur Auslegung WKR 7, eine Art Formulierung unseres Vertrauensprinzips in WKR 8, zur Geltung von Handelsbräuchen WKR 9); in WKR 10 wird das Domizil ("Niederlassung") der Parteien definiert und für den Fall fehlender örtlicher Verknüpfung der "gewöhnliche Aufenthalt" als massgeblich erklärt.

Am bedeutsamsten ist die in WKR 11 statuierte Formfreiheit der Kaufverträge (dh. Verzicht auf die Schriftform, sei es als materielle Gültigkeitsvoraussetzung, sei es als Beweiserfordernis (rechtsvergleichender Hinweis dazu OR/AT § 11 Anm. 1). Etwas relativiert wird dieses - ganz schweizerischer Tradition entsprechende -Prinzip durch die Möglichkeit der beitretenden Staaten, diesen Grundsatz durch einen Vorbehalt auszuschliessen (dh. ihre Formvorschriften durchzusetzen in Fällen, dass eine in ihrem Hoheitsgebiet niedergelassene Partei am Vertrag beteiligt ist). Die Regeln über die Form der Kaufverträge sind zwingend, weshalb die Parteien nicht von ihnen abweichen können, wenn sie nicht das WKR überhaupt ausschliessen wollen (WKR 12, 96).

4. Regeln über den Abschluss des Vertrages (WKR 14-24)

Die Normierung knüpft an die Begriffe Angebot und Annahme an, die im wesentlichen i.S. herkömmlicher Vorstellungen verstanden werden. Angebot wie Annahme können, wie gem. OR 9, durch überholende Widerrufserklärung unwirksam gemacht werden (WKR 15/II, 22). Zusätzlich wird in WKR 17 die (meist unausgesprochen bleibende, aber

trotzdem geltende [vgl. OR/AT § 10/V/2 und VIII/33) Regel formuliert, dass die Ablehnung einer Offerte (z.B. auch durch Unterbreitung einer Gegenofferte) diese erlöschen lässt.

Hinsichtlich der Bindungswirkung bzw. Widerruflichkeit der (dem Offertempfänger zugegangenen) Offerte war ein Kompromiss zu schliessen: Während unter OR, BGB und ABGB der Offerent für eine bestimmte Dauer gebunden ist, herrscht im englischen Sprachbereich der Grundsatz der Widerruflichkeit vor (Argument: keine "consideration" für Bindung; vgl. dazu OR/AT § 5/VIII). WKR 16 statuiert den Grundsatz der Widerruflichkeit (Widerruf muss dem Empfänger vor der Versendung der Annahme-Erklärung zugehen), lässt indessen die Statuierung der Verbindlichkeit in der Offerte selbst zu. Damit wird eine Lösung verwirklicht, die schon heutiger Praxis in Frankreich und zahlreicher vom frCC beeinflusster Länder entspricht (dazu OR/AT §10/V/1/b und Anm. 61). Im übrigen wird jedoch geschützt der Offert-Empfänger, der "vernünftigerweise darauf vertrauen konnte ... ", dass die Offerte nicht widerrufen werde (was vor allem Vertragspartnern aus dem deutschen Sprachbereich zgedacht sein dürfte).

Die Willenserklärungen werden (wie auch in der Schweiz) nach der (allein praktikablen) "Empfangstheorie" oder "Vernehmungstheorie" wirksam (dazu OR/AT § 10/VIII). Der Vertrag kommt zustande mit Wirksamwerden der Annahme, dh. mit deren Zugang beim Offerenten (WKR 18/II). In diesem Zeitpunkt treten auch die materiellen Vertragswirkungen ein (WKR 23); der Rückbezug auf die Versendung der Annahme (OR 10) ist dem WKR (wie sonstigen modernen Rechtsordnungen) fremd (zu den historischen Gründen von OR 10 vgl. OR/AT § 10/VII).

#### 5. Die notwendigen Vertragsbestandteile ("essentialia")

Die in WKR 14 formulierten Voraussetzungen gültiger Offerte sind gleichzeitig die notwendigen Vertragsbestandteile: Bestimmtheit der Vertragspartner (mit einem - hier nicht interessierenden - Vorbehalt der Zulassung einer Offerte "ad incertas personas" gem. Abs. II), Ausdruck des Bindungswillens, Bestimmung der Kaufsache, deren mengenmässige Begrenzung sowie deren Preis.

Ist in WKR 14/I der Preis als "essentiale", dh. notwendiges Vertragselement, deklariert, heisst es demgegenüber in WKR 55: "Ist ein Vertrag gültig geschlossen worden, ohne dass er den Kaufpreis ausdrücklich oder stillschweigend festsetzt ... so wird ... vermutet, dass die Parteien sich stillschweigend auf den Kaufpreis bezogen haben, der ... allgemein für derartige Ware berechnet wurde ... ". Darin liegt ein Widerspruch zu WKR 14/I. Teilweise nimmt die Literatur diesen Widerspruch als gegeben hin oder versucht zu erklären, dass die Preisbestimmung gem. WKR 55 als Bestimmbarkeit i.S. von WKR 14/I zu deuten sei. Der "Widerspruch" wird indessen sachlich gerechtfertigt, wenn man die beiden divergierenden Prinzipien auf verschiedene Streitlagen bezieht und entsprechend andere Anforderungen an das Bestehen des Vertrages stellt: Streiten die Parteien vor der Vertragsabwicklung über das Bestehen eines Vertrages, ist ein genau bestimmter oder mit weitgehender Präzision zu bestimmender Preis Voraussetzung der Vertragsgültigkeit bzw. der Gebundenheit der Parteien (dazu WKR 14/I); ist hingegen bereits (einvernehmlich) geliefert, kann die Tatsache fehlender Preisvereinbarung nicht hindern, dass der Verkäufer eine vertragliche Vergütung (dh. einen Preis) bekommt (dies WKR 55) und nicht etwa auf einen Rückforderungs- oder Bereicherungsanspruch verwiesen ist.

## 6. Erfüllungsort; Leistungs- und Preisgefahr

### a) Sachübergabe-Modalitäten bzw. Erfüllungsort (WKR 31)

Erfüllungsort, hier verstanden als Ort, an dem der Verkäufer anbieten/leisten muss, der Käufer fordern kann, ist, falls nichts anderes verabredet, generell der Ort der Niederlassung des Verkäufers bei Vertragsschluss, wo die Sache zur Verfügung des Käufers gehalten werden muss (WKR 31 lit. c).

Der Erfüllungsort i.S. von lit. c wird modifiziert in lit. b für die Fälle, in denen die Ware, wie der Käufer weiss, eine von der Verkäuferniederlassung abweichende "Lokalisierung" aufweist, dh. an einem anderen Ort hergestellt wird bzw. aus Beständen zu liefern ist, die sich an einem anderen Ort befinden, in welchem Fall der "locus rei sitae" ("Ort der gelegenen Sache") massgeblich wird. In lit. a wird sodann, über die Bestimmung des Erfüllungsortes hinausgehend, ähnlich wie in unserem "Versendungskauf" (oben § 3/IV/2/c) dem Verkäufer die "Uebergabe" an den ersten Beförderer zur Pflicht gemacht (was wohl etwas mehr Aufwand erfordert als blosses "zur Verfügung stellen" gemäss lit. b und c), sobald der Vertrag auf den Transport der Ware Bezug nimmt.

### b) Preisgefahr (WKR 66-70)

Unter Vorbehalt genügender Spezifikation des Kaufgegenstandes (WKR 67/II und 69/III) gelten die folgenden Regeln:

- Falls nicht besondere Verhältnisse vorliegen (dazu das Folgende), geht die Gefahr mit faktischer Sachübergabe an den Käufer über, der von diesem Zeitpunkt an (und nicht vorher) deren Risiken zu tragen, im Falle des Untergangs oder der Verschlechterung den Preis zu bezahlen hat (WKR 69/I).
- Im Falle des "Versendungskaufs" i.S. von WKR 31 lit. a und 69/I geht die Gefahr mit Uebergabe an den ersten Frachtführer über (Zusammenfallen von Leistungs- und Preisgefahr; hier gleich wie im Bereich von OR 185/II).
- Die Verabredung eines Erfüllungsortes lässt vermutungsweise dort die Preisgefahr übergehen (zu Einzelheiten WKR 67/I, 69/II).
- Befindet sich die Ware bei Vertragsschluss bereits unterwegs ("res in transitu"), ist der Zeitpunkt des Vertragsschlusses für den Gefahrübergang massgeblich (WKR 68); "falls die Umstände dies nahelegen" (gedacht ist vor allem an Versicherung zugunsten des Erwerbers) ist die Gefahr aber bereits von der "Uebergabe an den Beförderer" an beim Käufer, der diesfalls - Unkenntnis des Verkäufers vom Schaden vorausgesetzt - eine hinter den Vertragsschluss zurückgreifende Risikotragung übernimmt.

## 7. Nichterfüllungsansprüche des Käufers im allgemeinen

### a) Voraussetzung: Verletzung vertraglicher Pflichten

Die Sanktionsansprüche werden an den Begriff der Vertragsverletzung geknüpft (insbesondere Nichtlieferung bzw. verspätete Lieferung, Qualitätsmängel der Sache, Verletzung sonstiger vertraglicher Pflichten).

Innerhalb der Vertragsverletzungen wird als Sonderfall die "wesentliche Vertragsverletzung" (so vorab umschrieben in WKR 25) als Sondertatbestand herausgestellt. Diese der kontinentalen Tradition fremde Vorstellung ist wohl beeinflusst von der Vorstellung des "fundamental breach" des englischsprachigen Rechtskreises (wenn auch nicht mit diesem identisch); sie könnte umschrieben werden als "qualifizierter Vertragsbruch" i.S. der Nichterfüllung fundamentaler

vertraglicher Pflichten. Deren wesentlichste Folge ist die Möglichkeit des Rücktritts (dazu unten Zif. 8/a,b) und des Forderns einer Ersatzlieferung (unten Zif. 8/c).

b) Übersicht über die möglichen Ansprüche

Im WKR sind alle denkbaren Sanktionsansprüche im einen oder anderen Zusammenhang anzutreffen: Neben dem (bereits oben Zif. 2/b erwähnten) Anspruch auf Realerfüllung kommt ein Anspruch auf Nachlieferung vertragskonformer Ware in Frage (WKR 46/II), auf Nachbesserung von Mängeln (WKR 46/III) und insbesondere auf Schadenersatz, der immer kumulativ neben anderen Vertragsansprüchen besteht, aber auch (im Falle des Rücktritts) vikariierend (dh. Primäransprüche ersetzend) sein kann (WKR 74-77).

Die genannten Ansprüche werden dogmatisch als die Folge von Nichterfüllung (breach) verstanden, bewegen sich damit in der Tradition des allgemeinen englischen Vertragsrechts. Daneben fehlen aber auch die traditionellen kontinentalen (romanistischen) Behelfe der Wandelung und Minderung nicht: Die erstere geht allerdings auf im "Aufhebungsrecht" wegen "wesentlicher Vertragsverletzung" (unten Zif. 8/b), während WKR 50 einen Preisminderungsanspruch zur Verfügung stellt.

c) Prüfungs- und Rügepflicht des Käufers (WKR 38/39)

WKR 38 statuiert eine Prüfungs- und Rügepflicht analog jener von OR 201 (dazu oben § 4/V/1-5), bei deren Nichtbeachtung der Käufer seine Ansprüche wegen Sachmängel einbüsst; verlangt ist Rüge "innerhalb einer angemessenen Frist" (WKR 39).

d) Erfordernis der Nachfristansetzung (WKR 47)

In der Tradition von OR 107 und BGB § 326 wird das Institut der Nachfristansetzung aufgenommen (WKR 47); eine solche ist immer erlaubt, oft gefordert. Auf sie kann im Falle e4"s."fundamental breach" zwar verzichtet werden, ist aber ausserhalb eines solchen die allenthalben aufgestellte Voraussetzung von Sanktionsansprüchen. Soweit eine Nachfrist angesetzt wird, ist der Käufer bis zu deren Ablauf von der Geltendmachung anderer Ansprüche ausgeschlossen (WKR 47/II).

## 8. Die Käuferansprüche im einzelnen

a) Rücktritt wegen Lieferverzugs

Rücktritt i.S. der "Aufhebung des Vertrages" setzt nach WKR 49/I entweder "wesentliche Vertragsverletzung" (lit. a) oder "Nichtlieferung ... innerhalb ... Nachfrist" (lit. b) voraus. Wie nur indirekt erkennbar ist, stellt Nichtlieferung zum vereinbarten Termin i.d.R. keinen "fundamental breach" dar, sodass Nachfristansetzung (wie nach OR 1070 erforderlich ist. Darauf kann aber in Sonderfällen (die sich mit jenen von OR 108 weitgehend decken werden) verzichtet werden; die Bestimmung des Liefertermins ist diesfalls zu einer wesentlichen Vertragsbedingung ("fundamental term" o.dgl.) gemacht, deren Verletzung "fundamental breach" darstellt.

b) Rücktritt/Wandelung wegen Qualitätsmängeln

Da Sachqualität Bestandteil der Verkäuferpflicht ist, stellt Qualitätsabweichung eine Vertragspflicht-Verletzung dar; ist sie gewichtig genug, ist sie sogar

"wesentliche Vertragsverletzung" und berechtigt zur Vertragsauflösung, entsprechend unserer Wandelung (diesfalls hat der Verkäufer aber die Möglichkeit, diese durch zumutbar rasche Nachlieferung/Mangelbehebung abzuwenden; WKR 48/I). ist die Abweichung zu wenig gewichtig, muss der Käufer Nachfrist für Nachlieferung bzw. zur Mangelbehebung ansetzen (WKR 46/III, 47/I).

c) Ersatzlieferung/Mangelbehebung

Diese wird als Käuferanspruch an die selben Voraussetzungen wie Rücktritt/Wandelung geknüpft (WKR 46/II), während der Verkäufer im Rahmen von WKR 48/I (Zumutbarkeit) auch nach erfolgter Lieferung seinerseits "Mangelbehebung" (die auch Ersatzlieferung einschliesst) anbieten (und damit Rücktritt/Minderung abwenden) kann.

d) Preisminderung

Die Regel von WKR 50 der Berechnung der Preisminderung deckt sich mit unserer sog. "relativen Berechnungsweise" (vgl. oben § 4/VI/3).

e) Schadenersatz

Es handelt sich um die generelle Sanktion, die mit den vorstehend genannten Nichterfüllungsansprüchen des Käufers kumuliert werden können: Rücktritt wegen Lieferverzugs oder wegen Sachmangels (Wandelung) schliesst nicht einen Schadenersatzanspruch aus, so wenig als eine erfolgreiche Ersatzlieferung bzw. Mangelbehebung solchen für die eingetretene Verspätung ausschliesst. Preisminderung (die auf den Wert der Sache bezogen ist), schliesst nicht zum vornherein einen darüber hinausgehenden Schadenersatzanspruch (z.B. Schadenersatzpflicht des Käufers gegenüber einem Dritterwerber) aus; in englischer Tradition wird ohnehin die Neigung bestehen, den sachimmanenten Minderwert über Schadenersatzansprüche statt über Preisreduktion zu korrigieren.

Es wird ein einheitlicher Schadensbegriff für sämtliche Anwendungsfälle statuiert (WKR 74-77), der im wesentlichen auf das positive Interesse geht ("der ... entstandene Verlust, - einschliesslich des entgangenen Gewinns ..."; WKR 74). Die Ersatzpflicht ist indessen auf das Mass des Vorsehbaren beschränkt (die "Hadley-Baxendale-Regel"; vgl. OR/AT § 20/III/4 und Anm. 79). WKR 75 gibt eine Regel für die Schadensberechnung aufgrund erfolgter Deckungskäufe (oder -verkäufe), während WKR 76 eine "abstrakte" Schadensberechnung erlaubt, wie sie in OR 215/II (hier für den Fall des Käuferverzugs) vorgesehen ist. - WKR 77 formuliert schliesslich die Schadensminderungspflicht des Schadenersatzberechtigten.

