

Der benachteiligte Käufer*

Kritische Bemerkungen zu zwei Besonderheiten des schweizerischen Kaufrechts: Prüfungs- und Rügepflicht (OR 201), Kostenfolgen bei Erkennung auf Preisminderung statt auf Wandelung gemäß OR 205/II

Im folgenden sei in zwei Punkten das schweizerische Kaufrecht kritisch beleuchtet. Die Kritik richtet sich teilweise gegen das Gesetz, teilweise gegen das, was die Praxis aus den gesetzlichen Grundlagen gemacht hat.

I. Prüfungs- und Rügepflicht des Käufers nach OR 201

OR 201/I überbindet dem Käufer die Obliegenheit, den Kaufgegenstand nach dem Empfang zu prüfen, "sobald dies nach dem üblichen Geschäftsgang tunlich ist", und, wenn er Ansprüche erheben will, dem Verkäufer, "sofort Anzeige zu machen" oder, wie man allgemein sagt, Mängelrüge zu erheben. Falls der Käufer der sog. Rügepflicht nicht nachkommt, erleidet er den Nachteil des Verlusts sämtlicher Gewährleistungsansprüche hinsichtlich jener Mängel, die er bei einer "übungsgemäßen Untersuchung" hätte erkennen können, denn nach Abs. II gilt bei Stillschweigen des Käufers die Sache als genehmigt¹.

1. Die für den Käufer unbillige Härte des Art. 201 Abs. I und II

Es sei hier die Auffassung vertreten, daß das Erfordernis sofortiger Prüfung und Mängelrüge den Durchschnittskäufer überfordert und ihn, der meist auch der weniger geschäftserfahrene Teil ist, benachteiligt. Bei dieser Kritik habe ich nicht die Kleinkäufe über Artikel des täglichen Bedarfs im Auge, wo die Verkäuferschaft, auf die Gunst des Publikums angewiesen, bei der Berücksichtigung von Beanstandungen in der Regel Zugeständnisse macht, die über die rechtlichen Pflichten hinausgehen. Ich denke auch nicht an den kaufmännischen Verkehr, insbesondere nicht an Großtransaktionen, sondern vielmehr an den "bürgerlichen Kauf" in einem Mittelbereich, jene Geschäfte, mit denen der Käufer größere oder sogar für ihn einmalige Anschaffungen macht, die sein Budget auf längere Zeit belasten

* Nach einem am 19. Januar 1970 vor dem bernischen Juristenverein gehaltenen Vortrag. Bei diesem Anlaß wurde weiterhin die *periculum emptoris*-Regel von OR 185/I zur Diskussion gestellt, welche Ausführungen hier nicht aufgenommen werden, da sie, von vorwiegend theoretischem Interesse, den Rahmen vorliegenden Aufsatzes gesprengt hätten. Vgl. dazu immerhin unten Anm. 29.

¹ OR 201 kann im größeren Zusammenhang einer für das schweizerische Recht anscheinend charakteristischen, aber immer mehr als fragwürdig sich erweisenden Tradition gesehen werden, den Bürger zu rascher Wahrung seiner Rechte zu zwingen. Es sei hier bloß an die im internationalen Vergleich sehr kurz bemessenen Verjährungsfristen des OR (vor allem die einjährigen Fristen nach OR 60 und 67!) erinnert sowie an die einjährige Verwirkungsfrist für Vaterschaftsklagen gemäß ZGB 308, die in einzelnen Kantonen wie in den Entwürfen zum ZGB noch kürzer bemessen war, während im Ausland die Klage entweder gar nicht befristet oder die Frist doch länger bemessen ist. Siehe dazu die Hinweise bei EGGER, Komm. ZGB 308, N. 1.

können, wie der Kauf eines gebrauchten Autos (neue Wagen scheiden aus der Betrachtung aus, weil dort durch Vereinbarung einer "Garantie" meist besondere Verhältnisse geschaffen werden), der Kauf von Möbelstücken, sog. Polstergruppen und dergleichen mehr.

Die in OR 201/I an den Käufer gerichtete Forderung möchte vielleicht als untergeordnetes technisches Detail betrachtet werden. Die "Bedeutung" einer Norm { 1/2 } kann an Verschiedenem gemessen werden, an der "Tiefe" des zugrundeliegenden juristischen Gedankens (was auch immer darunter verstanden sei), an der Länge der Tradition, auf die sie zurückgeht, an deren Tragweite im normativen Bereich, d. h. daran, ob die fragliche Norm für viele andere Vorschriften notwendige Voraussetzung ist und nicht geändert werden könnte, ohne die Umgestaltung eines weiteren Rechtsbereichs notwendig zu machen. In diesem Sinne kann die Regel von OR 201 allerdings kein Gewicht beanspruchen. Man kann aber als Gradmesser der Bedeutung einer Norm auch ganz schlicht das Quantum privatrechtlicher Ansprüche einsetzen, über deren Existenz sie entscheidet. So betrachtet, ist OR 201 die wichtigste Form des Sachmängel-Gewährleistungsrechts. Die Tragweite ist übrigens um so größer, als das gleiche Prinzip gemäß OR 367 auch für den *Werkvertrag* gilt, der im folgenden stillschweigend eingeschlossen sei. Immer bezogen auf den genannten Kauftypus möchte ich die Schätzung wagen, daß OR 201 über das Schicksal von rund drei Viertel aller Gewährleistungsansprüche entscheidet, und zwar negativ entscheidet in dem Sinne, daß der Käufer, obwohl er mangelhafte Ware erhalten hat, Gewährleistungsansprüche nicht geltend machen kann, weil er die Mängel nicht rechtzeitig gerügt hat oder doch nicht mehr in der Lage ist, dies zu beweisen. Jeder Richter weiß, wie häufig der Käufer an der Einwendung verspäteter Mängelrüge scheitert und wie verhältnismäßig selten Klagen aus Sachmängeln mit einer materiellen Entscheidung über das Vorliegen dieser Sachmängel erledigt werden. Was dem Richter dagegen nicht ins Bewußtsein tritt, sind jene Fälle, die gar nicht ins prozessuale Stadium treten, weil der Käufer, sobald er sich beraten läßt, auch gleich belehrt wird, daß seine Position hoffnungslos ist.

Ist davon auszugehen, daß ein großer Teil aller Käufer, die mangelhafte Ware geliefert erhalten haben, wegen OR 201 leer ausgehen, muß diese Bestimmung sich doch eine kritische Untersuchung gefallen lassen. Die Frage geht dahin, ob diese Regel, die in so erheblichem Umfang die Verwirklichung der materiellen Gewährleistungsprinzipien verhindert, durch zwingende und überzeugende Argumente als unentbehrlich erwiesen wird.

2. Die landläufigen Rechtfertigungsversuche

a) Vorerst möchte man annehmen, daß OR 201/I und II die Beweislage des Verkäufers erleichtern will, der grundsätzlich für die richtige Erfüllung Beweis zu erbringen hat². Eine derartige Auffassung wird in der Tat in BGB 63 II 406 vertreten. Diese Überlegung läßt außer acht, daß die Leistungspflicht des Verkäufers nach altüberlieferter, in OR 184 festgehaltener Auffassung nur auf Lieferung und Übereignung einer bestimmten individualisierten Sache geht, während die Eigenschaften dieser Sache nicht zur Leistungspflicht gehören³. Daraus

² v. TUHR/SIEGWART, Obligationenrecht, Bd. II, § 60, S. 468; KUMMER, Komm. ZGB 8, N. 161, 266, 298.

³ Im Zusammenhang mit dieser in romanistischer Tradition stehenden Grundkonzeption ist zu sehen der Umstand, daß der Käufer nur entweder Wandelung oder Minderung, *nicht* aber *Mängelbehebung* verlangen kann, wie umgekehrt der Verkäufer den Wandelungs- oder Minderungsansprüchen des Käufers nicht seine Bereitschaft, die Mängel zu beseitigen, entgegenhalten kann. Diese den Verhältnissen nicht immer gerecht werdende Rechtslage wird oft durch Parteivereinbarung beseitigt, sei es im voraus (meist im Rahmen einer "Garantie"), sei es im nachhinein. – Auch die in der Systematik des Gesetzes wie in der wissenschaftlichen Tradition so stark unterstrichene *Scheidung der Gewährleistung für Rechts- und Sachmängel* ist unter diesem Blickpunkt zu verstehen: Rechtsmängel stellen eine Verletzung vertraglicher Leistungspflicht (Eigentumsverschaffung) dar, Sachmängel dagegen bloß tatbestandliche Voraussetzung der gesetzlichen Gewährleistungsansprüche.

Teilweise abweichend, d. h. Mangelfreiheit der Kaufsache als Bestandteil der Verkäuferpflichten verstehend, das *Common Law*, das sich an der Vorstellung der "implied warranty" (stillschweigende vertragliche Zusicherung

folgt, daß nicht der Verkäufer für die Mangelfreiheit, sondern der Käufer für die behaupteten Mängel der Kaufsache beweispflichtig ist. Es ist deshalb der Käufer, der ein Interesse hat, möglichst bald eine genau spezifizierte Mängelrüge anzubringen, um der Behauptung vorzubeugen, die Mängel seien bei ihm entstanden.

Das Gesagte gilt auch für den *Gattungskauf*, obgleich dort Quantität und Qualität der zu liefernden Sache zur Leistungspflicht des Verkäufers gehört und richtige Erfüllung grundsätzlich von ihm zu beweisen ist⁴. Denn die vorbehaltlose Entgegennahme einer Leistung bewirkt eine Umkehrung der Beweislast in dem Sinn, daß nun der Leistungsempfänger die Fehlerhaftigkeit der Leistung beweisen muß⁵.

b) Im Entscheid 88 II 365 *Erw. 2* hat das Bundesgericht Anlaß genommen, die Vorschrift von OR 201 durch Nennung der wichtigsten legislatorischen Motive zu rechtfertigen. An sich ein ungewöhnliches Vorgehen bei einer inhaltlich eindeutigen und klaren Vorschrift⁶. Nach dem Bundesgericht ist OR 201 vorab "im Interesse der *Verkehrssicherheit* beim Kaufgeschäft aufgestellt". "Verkehrssicherheit" kann hier nicht in einem juristisch-technischen, { 2/3 } sondern nur in einem landläufigen Wortsinn gemeint sein. Die Sicherheit des rechtsgeschäftlichen Verkehrs würde durch das Fehlen einer Norm im Sinne von OR 201 in keiner Weise beeinträchtigt; die fragliche Floskel kann nicht mehr besagen wollen, als was dann im folgenden auch noch ausdrücklich formuliert wird, nämlich daß der Verkäufer rasch wissen möchte, ob die Ware genehmigt wird oder ob umgekehrt Ansprüche aus Sachgewährleistung zu erwarten sind.

c) Nach dem Bundesgericht soll OR 201 "eine *rasche Klarstellung der tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse*" bezwecken. Was "Klarstellung der tatsächlichen Verhältnisse" hier konkret heißen soll, ist nicht recht einzusehen. Was "Klarstellung der *rechtlichen Verhältnisse*" heißt, ist dagegen völlig eindeutig, und diesen Zweck erreicht OR 201 in radikalster Weise. Das ist es ja gerade, was uns nicht behagen will, daß hier eine Klärung herbeigeführt wird, die mit der sonst bestehenden materiellen Rechtslage nicht übereinstimmt, daß OR 201 dem Käufer einen Schutz nimmt, den ihm das Gesetz zu gewähren vorgibt und den er auch verdient. Und all dies, weil er einer Formalie nicht genügt hat, deren Notwendigkeit bisher nicht nachgewiesen wurde.

d) "Der Verkäufer soll möglichst rasch *Gewißheit* darüber erhalten, *ob die Ware genehmigt worden ist.*" Diese Gewißheit ist freilich für den Verkäufer schlechter Ware angenehm. Ich glaube aber, das Interesse des Verkäufers, möglichst bald zu erfahren, ob der Käufer gemerkt hat, daß er schlechte Ware erhalten hat, vermag nicht die so einschneidende und die Durchsetzung der materiellen Gewährleistungsansprüche des Käufers so oft vereitelnde Sonderbestimmung zu rechtfertigen. Der Verkäufer mangelhafter Ware verdient diesen Schutz einmal deshalb nicht, weil er mit einem *moralischen Vorwurf* belastet ist. Zwar haftet er auch, wenn er die Mängel nicht gekannt hat. Die Rügepflicht von OR 201 bezieht sich indessen nur auf die bei üblicher Prüfung erkennbaren Mängel, und diese Mängel hätte der Verkäufer mindestens so gut feststellen können, wie sie nun der Käufer erkennen soll. Da das Gewährleistungsrecht *dispositiver* Natur ist, haftet der Verkäufer nur, soweit er eine Haftung nicht wegbedungen hat. Unterläßt er dies, so übernimmt er Gewährleistung, und man darf von ihm erwarten, daß er als korrekter Bürger die Ware, für die er einen bestimmten Preis fordert, vor dem Verkauf anschaut, und zwar so gut anschaut, wie OR 201 es vom Käufer verlangt⁷.

Wenn man ernsthaft fragt, unter welchen sachlichen und rechtlich schutzwürdigen Gesichtspunkten der Verkäufer einen Anspruch auf baldige Kenntnis von Gewährleistungsansprüchen des Käufers haben könnte, scheinen mir zwei Überlegungen in Betracht zu fallen. Einmal könnte man hier berücksichtigen wollen, daß der Verkäufer, wenn

der Mangelfreiheit) orientiert und, im Anschluß an naturrechtliche Lehre, das *preußische Allgemeine Landrecht* und das *österreichische ABGB*. So ERNST RABEL, *Recht des Warenkaufs*, Bd. II, 1958, S. 101 ff., 106 ff.

⁴ Vgl. oben Anm. 2.

⁵ KUMMER, *Komm. ZGB* 8, N. 275 ff. und dort zitierte.

⁶ Das Bundesgericht übernimmt weitgehend Argumente von BECKER, *Komm. OR* 201, N. 1.

⁷ Die legitimen Interessen der Verkäufer mangelhafter Ware beschränken sich darauf, von der Entdeckung *verborgener Mängel*, die er selber nicht hat kennen können, bald nach deren Auftreten Kenntnis zu erhalten, welchem Anliegen in Abs. III von OR 201 hinreichend Rechnung getragen wird.

der Käufer Wandelung verlangt, die verkaufte Ware *zurücknehmen muß*, so daß eine Mängelrüge ihm ermöglicht, rasch entsprechende Dispositionen für deren Rücknahme und Weiterverwendung zu treffen. Diese Überlegung würde indessen nicht rechtfertigen, daß der die Mängelrüge unterlassende Käufer sämtliche Gewährleistungsansprüche verwirkt; es würde genügen, wenn der keine Rüge erhebende Käufer nur noch Preisminderung verlangen könnte (die ja, wie wir unten Ziff. II sehen werden, infolge der Praxis der Gerichte in der Schweiz ohnehin beinahe zur Regel geworden ist). Und vor allem weiß der Verkäufer auch nach erfolgter Mängelrüge noch nicht, ob er die Ware zurückerhalten wird, da der Käufer mit seiner Mängelrüge ja nicht die Erklärung verbinden muß, für welche der vom Gesetz zur Verfügung gestellten Möglichkeiten (Wandelung und Minderung) er sich entscheidet; OR 201 zwingt den Käufer auch in keiner Weise, seine Entscheidung vorzulegen. – Sodann könnte man annehmen, daß OR 201 es dem Verkäufer ermöglichen soll, seinerseits rechtzeitig *gegen seinen Lieferanten* vorzugehen. So argumentierte das *Bundesgericht* im Entscheid *81 II 57*. Wäre dies der Zweck von OR 201, so würde er durch diese Vorschrift selber wiederum vereitelt, da die Mängelrüge des Verkäufers an die Adresse seines Lieferanten danach so gut wie immer ihrerseits verspätet ist. Zur Rechtswahrung gegenüber seinem Lieferanten kann OR 201 dem Verkäufer nur dann etwas nützen, wenn in deren Kaufvertrag die Vorschrift von OR 201 nicht spielt, sei es, daß der Kaufvertrag ausländischem Recht unterliegt, sei es, daß durch Sonderabmachungen, z. B. der Vereinbarung einer "Garantie", eine Rügepflicht ausgeschlossen ist.

e) Nach dem Bundesgericht soll weiterhin rechtzeitige Mängelrüge dem Verkäufer ermöglichen, "daß er sich *durch eigene Prüfung ein Urteil über die Begründung der Rüge bilden kann*". Dieses Argument besagt ebenfalls nichts und verrät so gut wie die vorangehenden die Verlegenheit desjenigen, der nach dem Sinn von OR 201 sucht. Der Verkäufer soll die Ware untersuchen, solange sie sich noch bei ihm befindet und bevor er sie verkauft. Ist sie einmal weg, so hat er keine legitimen Interessen mehr an einer Prüfung. *Vor allem ist der Verkäufer in keiner Weise verpflichtet, vor dem Prozeß überhaupt eine Prüfung zuzulassen.* { 3/4 }

f) Der Rechtfertigungsversuch des Bundesgerichts kulminiert in einem Argument, das sich auch bei den beiden Kommentatoren findet⁸. Der Käufer soll sich über die Bemängelung rasch entscheiden müssen, "um *mißbräuchliche Ausnützung von Konjunkturschwankungen zu Lasten des Verkäufers zu verhüten.*". Wir sehen davon ab, daß dieser Gesichtspunkt ohnehin nur im kaufmännischen Verkehr und vorab beim Gattungskauf Geltung beanspruchen könnte, nicht aber im nichtkaufmännischen Stückkauf, da die Ausnutzung von Preisschwankungen in Occasionsautos, Kasten und Truhen durch Private nicht recht denkbar ist. Falsch ist die Überlegung deshalb, weil OR 201 dort, wo Spekulation möglich ist, diese keineswegs verhindert: OR 201 zwingt bekanntlich den Käufer zwar zur Mängelrüge, keineswegs aber zur Entscheidung darüber, ob er Wandelung oder Minderung verlangen will. Diese Entscheidung kann er sich mindestens bis zum Ablauf der Jahresfrist von OR 201 offenhalten, ja vielleicht noch darüber hinaus, da diese Verjährungsfrist unterbrochen werden kann. Nach BECKER⁹, soll der Käufer sogar noch nach dem Ergehen eines Urteils, das auf Wandelung erkennt, auf diese verzichten können¹⁰.

⁸ BGE 88 II 365 mit Hinweis auf BECKER, Komm. OR 201, N. 1; OSER/SCHÖNENBERGER, Komm. OR 201, N. 22. Das Argument geht auf WALTER MUNZINGER, Motive zu einem Entwurfe eines schweizerischen Handelsrechts, Bern 1865, zurück, der schreibt: "Unter dem Schutze der Nichtverbindlichkeit zur Anzeige der Mißbilligung könnte der Empfänger z. B. den Verlauf einer Getreide-Konjunktur abwarten, den günstigen für sich benutzen, den ungünstigen dem Absender aufwälzen."

⁹ BECKER, Komm. OR 205, N. 12.

¹⁰ Die deutsche Doktrin hat sich – im Gegensatz zur schweizerischen – eingehend mit dem Problem der "Durchführung der Wandelung" beschäftigt, wobei sich die Ansichten in einer Kontroverse zwischen "Vertragstheorie" und "Herstellungstheorie" polarisieren. Daran interessiert uns die Frage, von welchem Moment an der Käufer bei seiner Entscheidung für Wandelung bzw. Minderung behaftet werden kann. Vgl. die Übersicht bei LARENZ, Schuldrecht, Bd. II, § 37/II/a. Die in der deutschen Lehre angestellten Überlegungen lassen sich weitgehend auf unsere Verhältnisse übertragen. – Der Käufer, der sich für Minderung entschieden hat, sollte selbst dann nicht mehr auf Wandelung wechseln können, wenn der Verkäufer den

Die oft zutreffende Überlegung, daß derjenige, der mit einer rechtlichen Entscheidung zuwarten darf, auf Kosten seines Partners spekulieren könne, spielt im vorliegenden Zusammenhang nicht, weil die *Erhebung der Mängelrüge keine Entscheidung* darstellt, bei der der Käufer, zu behaften wäre, sondern diesem alle Möglichkeiten offenläßt. Richtig ist, daß der Käufer mangelhafter Ware, der zwar einen Wandelungsanspruch hat, aber zur Wandelung, nicht verpflichtet ist, auf Kosten des Verkäufers spekulieren kann. In der Schweiz ist dies in höherem Maß als anderswo möglich, weil die Klagefrist von OR 201 länger ist als in den umliegenden Ländern¹¹ und der Käufer weniger bei einer einmal abgegebenen Wahlerklärung behaftet wird, als dies etwa unter der Herrschaft des BGB geschieht.

Wenn wir die Rechtfertigung von OR 201 in Richtung der hier vorgeführten landläufigen Überlegungen darin suchen wollen, daß möglichst rasch entschieden wird, ob die Ware beim Käufer bleibt oder zum Verkäufer zurückkehren soll, damit der Verkäufer nicht Spekulation auf seine Kosten befürchten muß und damit er beizeiten Vorkehrungen treffen kann, um die zurückzunehmende Ware weiter zu verwerten, müssen wir uns Rechenschaft geben, daß dieser Zweck nur in jenen Fällen zu erreichen ist, in denen der Verkäufer nicht bloß die Mangelhaftigkeit der von ihm gelieferten Ware anerkennt, sondern auch noch bereit ist, sie zurückzunehmen, so daß ein Prozeß, der dem Käufer zwangsläufig die Wahlmöglichkeit wahrt, nicht notwendig wird. Dieser Zweck kann allerdings nur dann erreicht werden, wenn wir eine weitere Regel zu OR 201 hinzudenken, die im deutschen BGB § 466 ausdrücklich niedergelegt ist und die dahin geht, daß der Verkäufer unter Erklärung seiner Bereitschaft zur Rücknahme der Ware dem Käufer *zur Entscheidung* für die Wandelung eine *Frist ansetzen* kann¹². Ich glaube, daß wir diese Möglichkeit der Fristansetzung auch in der Schweiz als geltendes Recht betrachten sollten, wobei die positivrechtliche Begründung in ZGB 2 gesehen werden mag, wenn man nicht eine Gesetzeslücke annehmen will. Es ist offenkundig, daß der { 4/5 } Käufer keine schutzwürdigen Interessen daran hat, während der Jahresfrist von OR 201 die Wahl zwischen Wandelung und Minderung offen zu haben, wenn der Verkäufer sich zur Wandelung bereit findet.

Es ist ein echtes legislatorisches Anliegen, daß der Verkäufer möglichst rasch erfährt, ob die verkaufte Ware zurückgenommen werden muß oder nicht. Nicht nur, weil die Entscheidung über das Schicksal des Kaufgegenstandes dem Käufer die Möglichkeit des Spekulierens abschneidet, sondern auch, weil der Verkäufer für den Fall der Rücknahme seine Dispositionen soll treffen können. Von diesem Zweck aus gesehen ist OR 201 sinnvoll, denn der Verkäufer kann erst dann entsprechend dem in BGB § 466 vorgezeichneten Rezept Frist ansetzen, wenn er von Beanstandungen Kenntnis hat¹³.

Minderungsanspruch bestreitet und ein Vertrag über Preisminderung nicht zustandegekommen ist. Allerdings ist es umgekehrt nicht möglich, den Käufer bei einer Entscheidung für Wandelung zu behaften (es sei denn, durch Einverständnis des Verkäufers sei ein Vertrag zustandegekommen), da OR 205/II dem Richter die Befugnis gibt, bei Wandelungsklage auf Minderung zu erkennen, so daß man die Möglichkeit dieses Austauschs auch wohl dem Käufer nicht vorenthalten kann. Man darf aber nicht so weit gehen wie BECKER (vgl. Anm. 9); mit dem richterlichen Urteil, das auf Wandelung erkennt, wird der Konsens des Verkäufers zur Wandelung ersetzt, gleichzeitig aber auch der Käufer gleichermaßen gebunden wie durch vertragliche Vereinbarung der Rückgängigmachung des Kaufs.

¹¹ Soweit in den kontinentalen Rechtsordnungen dem Käufer überhaupt eine Rügepflicht überbunden wird (dazu im folgenden Ziff. 3), ist sie nie mit der Pflicht verbunden, sich für Wandelung oder Minderung zu entscheiden (vgl. RABEL, Warenkauf, II, S. 216). Dagegen sind im Ausland in der Regel die Klagefristen kürzer; vgl. bei Anm. 19 und 21 sowie nach Anm. 24.

¹² BGB § 466: "Behauptet der Käufer dem Verkäufer gegenüber einen Mangel der Sache, so kann der Verkäufer ihn unter dem Erbieten zur Wandelung und unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Erklärung darüber auffordern, ob er Wandelung verlange. Die Wandelung kann in diesem Falle nur bis zum Ablaufe der Frist verlangt werden."

¹³ Es ist ein seltsames Zusammentreffen, daß das BGB eine Rügepflicht, die § 466 erst voll wirksam machen würde, nicht kennt (durch Unterlassung einer Bemängelung kann der Käufer den Zwang zur Entscheidung zwischen Wandelung und Minderung im Sinne BGB § 466 ausweichen, so daß diese Vorschrift im wesentlichen

g) Auch wenn ich durchaus die gesunden Auswirkungen anerkenne, die OR 201 zeitigen kann, wenigstens wenn man die in BGB § 466 formierte Regel auch in der Schweiz als geltendes Recht auffaßt, möchte ich doch daran festhalten, daß die Prüfungs- und Rügepflicht nach OR 201 im *bürgerlichen* Kauf die Gefahr von Unbilligkeiten bedingt, die nicht durch den genannten Gesichtspunkt hinreichend gerechtfertigt wird. Das Ziel der Beschleunigung der Entscheidung zwischen Wandelung und Minderung kann zum vornherein nur in jenen Fällen erreicht werden, in denen der Verkäufer die Mangelhaftigkeit der Ware anerkennt und sich zur Wandelung bereit findet; Voraussetzungen, die erfahrungsgemäß sehr oft nicht gegeben sind. Und vor allem hat in der Regel der Verkäufer im nichtkaufmännischen Verkehr doch kein sehr ausgeprägtes Interesse, von einer allfälligen Pflicht der Warenrücknahme rasch Kenntnis zu haben, wie auch die Möglichkeit des Spekulierens hier nicht besteht. Die Frage nach der inneren Rechtfertigung der einschneidenden Norm von OR 201 kann zusammenfassend nicht anders beantwortet werden, als daß sich zwar im kaufmännischen Verkehr gewisse Argumente für die Vorschrift von OR 201 finden lassen (Argumente, die außerhalb der landläufigen Rechtfertigungsversuche liegen und die nur dann einen wirklichen Sinn erhalten, wenn man nach allgemeinen Rechtsprinzipien und ZGB 2 dem Verkäufer die Möglichkeit zuerkennt, den Käufer nach dem Vorbild von BGB § 466 zur Entscheidung zwischen Wandelung und Minderung zu zwingen), während die gleichen Argumente beim nichtkaufmännischen Verkehr viel weniger Gewicht haben, so daß in diesem Bereich sich für die Norm von OR 201 Abs. I und II eine hinreichende sachliche Rechtfertigung nicht finden läßt.

h) In einem Bereich allerdings ist, wie bereits die bisherige Betrachtung zeigt, das Erfordernis Mängelrüge keinesfalls zu entbehren, nämlich beim *Gattungskauf*. Daß der Käufer nur binnen kurzem nach der Lieferung die Möglichkeit haben soll, anstelle von Wandelung oder Preisminderung "währhafte Ware" nachzufordern (OR 206/7), liegt auf der Hand. Ebenso muß der Verkäufer, der sich im Falle des Platzkaufs nach OR 206/7 durch Nachlieferung währhafter Ware befreien kann, sofort von der Bemängelung Kenntnis erhalten¹⁴. Die hier vorgetragene Kritik bezieht sich nur auf den Stückkauf, der vom Gesetzgeber als Normaltypus des Kaufvertrags aufgefaßt wird und dessen Anwendungsbereich auch im Zeitalter industrieller Massenproduktion groß genug ist. Denn auch beim Kauf vertretbarer Sachen überwiegt im "bürgerlichen" Verkehr der Stückkauf, da immer dann, wenn die Parteien bei Vertragsschluß die Kaufsache selber vor sich haben und der Vertrag sich auf ein individualisiertes Exemplar der Gattung bezieht, Stückkauf anzunehmen ist und Gattungskauf nur dann vorliegt, wenn der Käufer nach Katalog oder nach Muster die Sache (Anzug, Kühlschrank, Auto usw.) "bestellt"¹⁵.

i) Wenn hier gegenüber der Prüfungs- und Rügepflicht Bedenken vorgetragen werden, so beziehen sich diese *nicht* auf die *Anzeigepflicht*, die für den Fall der *Entdeckung verborgener Mängel* in Absatz II von OR 201 statuiert wird. Auf der einen Seite hat der *Verkäufer* ein viel ausgeprägteres Interesse, von der Entdeckung verborgener Mängel Kenntnis zu erhalten, da diese im Normalfall ihm nicht bekannt sein konnten; überdies trifft den { 5/6 } Verkäufer im Tatbestand von OR 201/III nicht der moralische Vorwurf, Ware in Kenntnis ihrer Mangelhaftigkeit oder doch ohne gehörige Prüfung verkauft zu haben. Und auf der anderen Seite wird der *Käufer* durch die Anzeigepflicht im Sinne von Absatz III weniger belastet, weil

nur beim Handelskauf wirksam wird), während dem schweizerischen OR eine ausdrückliche Norm im Sinne von BGB § 466 abgeht, die der in OR 201 statuierten Rügepflicht erst Sinn verleiht.

¹⁴ Die Beschränkung des Nachlieferungsrechts des Verkäufers auf den Platzkauf (OR 206/II) ist angesichts der modernen Transportmöglichkeiten nicht mehr zeitgemäß; das legislatorische Anliegen, dem Käufer zeitlich erheblich verzögerte Ersatzlieferung nicht zuzumuten, kann nicht mehr mit einer örtlichen, sondern nur mit einer zeitlichen Begrenzung der Nachlieferungsbefugnis des Verkäufers angemessen erreicht werden.

¹⁵ *De lege ferenda* muß man sich fragen, ob die Beschränkung der Befugnisse von OR 206, Nachlieferung zu verlangen und anzubieten, auf den Gattungskauf angesichts der heutigen Bedeutung der Kaufverträge über standardisierte industrielle Massenprodukte noch sinnvoll ist und nicht besser auf den Stückkauf vertretbarer Sachen ausgedehnt würde, sofern die Individualisierung des Kaufgegenstandes (z. B. das Herausnehmen eines beliebigen Exemplars eines Modells eines Transistor-Radios aus dem ganzen Vorrat) rein zufälligen Charakter hat.

sie nicht mit einer Prüfungspflicht verbunden ist und er damit bloß die von selbst manifest werdenden Mängel zu melden hat¹⁶.

{ 6 / 17 }

3. Die Regel von OR 201 in rechtvergleichend-entwicklungsgeschichtlicher Sicht

Im *französischen Code civil* und unter dessen Einfluß im romanischen Rechtskreis wird vom Käufer zwar im Moment des Vertragsschlusses, allenfalls auch bei Ablieferung der Sache, erwartet, daß er den Kaufgegenstand mit einer gewissen Vigilanz besichtige, jedoch ist keine Prüfungspflicht im eigentlichen Sinn statuiert, schon gar nicht eine Prüfungspflicht nach Empfang der Ware. Vigilanz wird deshalb verlangt, weil das Gewährleistungsrecht bloß "vices cachés", nicht aber "vices apparents" erfaßt¹⁷. Ansatzpunkt dieser Grenzziehung zwischen "vices cachés" und "apparents" und gleichzeitig Maßstab der vom Käufer geforderten Aufmerksamkeit ist auch hier der *vertragsbildende Parteiwille*, der im *Code civil* so oft Angelpunkt einer gesetzlichen Regelung ist. Art. 1642 verweigert dem Käufer Gewährleistungsansprüche hinsichtlich jener Mängel, die (bei Vertragsschluß) sichtbar waren und bei einiger Aufmerksamkeit hätten erkannt werden können; diese Mängel hat der Käufer in seinen Vertragswillen einbeziehen müssen, er hat sie im ursprünglichen Sinn des Wortes "in Kauf genommen". – Im *italienischen Codice civile*, Art. 1491, wird der genau gleiche Gedanke zum Ausdruck gebracht: Keine Gewährleistungsansprüche bei tatsächlicher Kenntnis oder doch leichter Erkennbarkeit der Mängel, wobei hier, im Gegensatz zum französischen Vorbild, ausdrücklich formuliert wird, daß maßgeblicher Zeitpunkt jener des Vertragsschlusses ist¹⁸.

Nach *Ablieferung des Kaufgegenstandes* festgestellte "vices cachés" muß der Käufer nach *französischem Code civil* nicht rügen, wohl aber schreibt Art. 1468 vor, daß die Klage auf Sachgewährleistung "dans un bref délai, suivant la nature des vices rédhibitoires, et l'usage du lieu où la vente a été faite" angestrengt werden müsse. In der Bemessung der dem Käufer zuzubilligenden Klagefrist ist den Gerichten ein weiter Ermessensspielraum eröffnet. Anscheinend besteht die Tendenz, bei Benachrichtigung des Verkäufers (entsprechend unserer Mängelrüge), Vergleichsverhandlungen und dergleichen dem Käufer eine längere Frist zur Klage einzuräumen¹⁹. – Strenger ist der Käufer nach *italienischem Codice civile* gehalten: Er muß die Mängel binnen acht Tagen seit der Entdeckung { 17/18 } dem Verkäufer mitteilen (Art. 1495)²⁰, wobei diese an sich knappe Befristung in ihren praktischen

¹⁶ Vgl. hier auch die Bemerkung unten bei Anm. 20 und 37.

¹⁷ *Französischer Code civil Art. 1642*: "Le vendeur n'est pas tenu des vices apparents et dont l'acheteur a pu se convaincre lui-même." Und dazu MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, tome 3, vol. 2, bearbeitet von M. DE JUGLARD (3. Aufl., Paris 1968), S. 230, N. 990 f.

¹⁸ *Italienischer Codice civile Art. 1491*: "Esclusione della garanzia. – Non è dovuta la garanzia se al momento del contratto il compratore conosceva i vizi della cosa; parimenti non è dovuta, se i vizi erano facilmente riconoscibili, salvo, in questo caso, che il venditore abbia dichiarato che la cosa era esente da vizi."

¹⁹ Vgl. dazu MAZEAUD/JUGLARD, a.a.O., S. 229 f., N. 989. Ein dort zitiertes Beispiel aus der Judikatur: Der Käufer eines Jagdhundes, der vor dem Flintenknall erschrickt und zur Jagd nicht zu gebrauchen ist, kommt mit einer Geltendmachung sechs Monate nach Lieferung zu spät.

Nach MAZEAUD/JUGLARD beginnt die Berechnung des "bref délai" mit der Ablieferung der Sache. Anders PLANIOL/RIPERT, *Traité de droit civil français*, Bd. 10 (2. Aufl., Paris 1956), bearbeitet von J. HAMEL, N. 136, die als maßgebenden Zeitpunkt jenen der Entdeckung des Mangels betrachten. Nach dem Gesetzeswortlaut läßt sich die Frage nicht entscheiden. Aber auch wenn man auf den Moment der Lieferung abstellt, erlaubt die Berücksichtigung der "nature des vices" (Art. 1648) dem Richter, bei schwer zu entdeckenden Mängeln mehr Zeit einzuräumen.

²⁰ *Italienischer Codice civile Art. 1495*: "Il compratore decade dal diritto alla garanzia, se non denuncia i vizi al venditore entro otto giorni dalla scoperta, salvo il diverso termine stabilito dalle parti o dalla legge." – Diese

Konsequenzen dadurch abgeschwächt wird, daß der Verkäufer, der Verwirkung der Gewährleistungsansprüche behauptet, für das Bekanntsein der Mängel beweispflichtig ist. In unserem Zusammenhang ist entscheidend, daß auch das italienische Recht keinerlei Prüfungspflicht vorsieht.

Ohne auf Einzelheiten der Ausgestaltung des Kaufrechts im *Common Law-Rechtskreis* einzugehen, können wir hier doch feststellen, daß das Erfordernis einer Mängelrüge dort nur sehr bedingt vorgefunden wird. Die unserer Wandelung entsprechende "*rejection of goods*" muß ursprünglich wohl unmittelbar bei der Lieferung erfolgen, heute binnen einer angemessenen Frist ("reasonable time") nach dieser²¹. In dieser "rejection" ist mit der Mängelrüge bereits die Geltendmachung des Wandelungsanspruches verbunden; die Befristung der "rejection" ist nicht Terminierung der Möglichkeit der Rüge, sondern Befristung des materiellen Wandelungsanspruches. Diese Befristung des Wandelungsanspruches ist es, die jene Zwecke tatsächlich erreicht, die OR angeblich anstreben soll, jedoch nur beschränkt verwirklichen kann. – Finanzielle Forderungen aus Mangelhaftigkeit des Kaufgegenstandes sind dem früheren Recht fremd. Die heute im Common Law-Rechtskreis gewährten Ansprüche haben sich weniger aus spezifisch kaufrechtlichen Institutionen als vielmehr aus allgemeinen vertragsrechtlichen Prinzipien heraus entwickelt. Im Vordergrund steht die Vorstellung der "warranty" als einer vertraglich zugesicherten Garantie bestimmter Eigenschaften bzw. der Mangelfreiheit²². Dies führt wegen "breach of warranty" möglicherweise zu einer *Preisreduktion*²³ (und, aufgrund der Konstruktion einer jedem Kaufvertrag zugrundeliegenden stillschweigenden Garantie der Mangelfreiheit – "implied warranty" –, eventuell zu Ersatz für Mangelfolgeschäden), ohne daß die Geltendmachung dieser Ansprüche an die Erhebung einer Mängelrüge oder auch nur an kurze Klagefristen gebunden wäre²⁴.

Ein Blick in das *deutschsprachige Ausland* zeigt, daß das *deutsche HGB* in § 377 Abs. I-III Vorschriften aufstellt, die mit denjenigen von OR 201 inhaltlich identisch sind. Dem *BGB* dagegen ist die Pflicht sofortiger Warenprüfung und Mängelrüge fremd; der Käufer ist noch rechtzeitig, wenn er binnen der allgemeinen für die Wandelungs- bzw. Minderungsklage gesetzten Verjährungsfrist sich rührt, wobei diese Frist hier allerdings nicht entsprechend OR 201 ein Jahr, sondern nur sechs Monate beträgt (*BGB* § 477/I). Bei allen Käufen eines "Bürgers", d. h. eines Nichtkaufmanns, bleibt es bei dieser Regel, da *HGB* § 377 das Erfordernis der Mängelrüge, entgegen dem allgemeinen Prinzip (*HGB* § 345), bloß dann eintreten läßt, wenn *beide* Vertragspartner, also insbesondere auch der Käufer, Kaufleute sind.

Das *österreichische ABGB* statuiert in § 933 ähnlich wie *BGB* § 477/I eine Klageverjährung beim Fahrniskauf binnen sechs Monaten (bzw. drei Jahren beim Grundstückkauf), verlangt im übrigen jedoch weder Prüfung des Kaufgegenstandes noch Erhebung einer Mängelrüge. Da die kaufrechtlichen Bestimmungen des deutschen *HGB* auch in Österreich Geltung haben, ist die österreichische Regelung des Rügeproblems in allen wesentlichen Punkten die gleiche wie in Deutschland.

Wer feststellt, daß § 377 des deutschen *HGB* nicht nur inhaltlich mit OR 201 übereinstimmt, sondern auch den gleichen Aufbau, ja teilweise einen übereinstimmenden

Bestimmung entspricht OR 201 Abs. III, mit dem Unterschied, daß die Mängelrüge im einen Fall "sofort", im anderen binnen acht Tagen seit der Entdeckung erfolgen muß.

²¹ Vgl. für England *Sale of Goods Act*, 1893, sec. 35: "Acceptance. – The buyer is deemed to have accepted the goods when ... after the lapse of a reasonable time, he retains the goods without intimating to the seller that he has rejected them." Aus dem Text von sec. 35 spricht deutlich der *Treuegesichtspunkt*: Ansprüche des Käufers sind verwirkt, wenn dessen Verhalten nach Treu und Glauben als Genehmigung der Ware gedeutet werden muß. Für die *Vereinigten Staaten* maßgebend der heute in sämtlichen Gliedstaaten außer Louisiana übernommene *Uniform Commercial Code*, sec. 2-602: "Rejection of goods must be within a reasonable time after their delivery or tender. It is ineffective unless the buyer seasonably notifies the seller."

²² Vgl. CLIVE SCHMITTHOFF, *The export Trade*, 5. Aufl., London 1969, Kap. 10: "Acceptance and rejection of goods"; REGINALD PARKER, *Das Privatrecht der Vereinigten Staaten von Amerika*, Wien 1960, S. 148 f. E. RABEL, *Warenkauf*, Bd. II, S. 101 ff.

²³ Vgl. *Sale of Goods Act*, sec. 53, Abs. 1, lit. a.

²⁴ Was von E. RABEL, *Warenkauf*, Bd. II, S. 216, beklagt wird.

Wortlaut hat, würde annehmen wollen, daß das OR des Jahres 1881, dessen Art. 246 mit OR 201 identisch ist, in dieser Bestimmung das damalige "*Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch*" (ADHGB) nachgeahmt hat²⁵.

Nimmt man jedoch dieses ADHGB zur Hand, stellt man mit Überraschung fest, daß die Bestimmung, die HGB 377 Abs. I bzw. OR 201 Abs. I entspricht, als ADHGB Art. 347/I wie folgt lautet: "*Ist die Waare von einem anderen Orte übersendet, so hat der Käufer ohne Verzug nach der Ablieferung durch den Verkäufer, soweit dies nach dem ordnungsgemäßen Geschäftsgang tunlich ist, die Waare zu untersuchen und, wenn sich dieselbe nicht als vertragsmäßig oder gesetzmäßig ... ergibt, dem Verkäufer sofort davon Anzeige zu machen*" (Auszeichnung vom Schreibenden). Das ADHGB hat demnach das Erfordernis der Prüfung und der Mängelrüge bloß in einem bestimmten, sehr wesentlich eingeschränkten Bereich gekannt, insofern als der Platzkauf davon ausgenommen bleibt²⁶. Die – aus heutiger schweizerischer Sicht überraschende – Einengung des Prinzips kann nur so gedeutet werden, daß der Gesetzgeber des ADHGB davon ausgeht, der Verkäufer habe, wenn er die Ware dem Käufer von einem anderen Orte zusenden läßt, diese selber oft gar nicht gesehen und solle von der { 18/19 } Mangelhaftigkeit unterrichtet werden, um seinerseits gegen seinen Lieferanten vorgehen zu können. Nur in zweiter Linie spielt wohl der Gedanke mit, daß der Verkäufer, wenn die Ware ausnahmsweise auf seine Gefahr reist, von allfälligen Transportschäden rasche Kenntnis erhalten solle. In den Gesetzesberatungen scheinen nicht sehr klare und vor allem recht verschieden gelagerte Vorstellungen über den Sinn dieser Vorschrift geherrscht zu haben²⁷.

Der Vergleich des ADHGB zeigt, daß die für das schweizerische Kaufrecht typische Rügepflicht nicht etwa, wie man vermuten könnte, dem deutschen Handelsrecht nachgebildet ist in dem Sinne, daß angesichts der für unsere Rechtstradition charakteristischen Verschmelzung von Zivil- und Handelsrecht eine Besonderheit des deutschen Handelkaufs auf unser allgemeines Kaufrecht übertragen worden wäre. Vielmehr ist gerade umgekehrt das in den neunziger Jahren entstandene HGB in § 377/I dem Einfluß von aOR 246/I gefolgt, indem hier erstmals eine allgemeine, nicht auf den Distanzkauf beschränkte Prüfungs- und Rügepflicht eingeführt wird²⁸.

Haben wir festgestellt, daß die im aOR erstmals umfassend, d. h. für sämtliche Kaufvertragstypen geltende Rügepflicht eine schweizerische Besonderheit darstellt, zu der es im deutschen Sprachgebiet und weit darüber hinaus im "bürgerlichen" Kaufrecht keine Entsprechung gibt, so erhebt sich die Frage, welche Vorbilder und ideologischen Einflüsse zu dieser unserer heutigen Rechtslage geführt haben. In der *romanistischen Tradition*, die in anderen Bereichen des OR stark spürbar wird²⁹, hat die Rügepflicht offensichtlich keine

²⁵ Die Ausarbeitung des ADHGB hatte im Jahre 1857 eingesetzt; in den sechziger Jahren wurde es in zahlreichen deutschen Staaten zum Gesetz erhoben und schließlich im Jahre 1871 Reichsgesetz. – Das zusammen mit dem BGB in Kraft gesetzte HGB bringt in den übernommenen Teilen meist keine grundlegenden Änderungen. Vgl. BAUMBACH/DUDEN, Komm. HGB, Einführung zu Buch I, N. 2/C.

²⁶ Andererseits gilt die Regel von ADHGB Art. 347/I, im Gegensatz zu HGB § 377, auch dann, wenn bloß ein Vertragspartner Kaufmann ist. Vgl. PETER RAISCH, *Geschichtliche Voraussetzungen, dogmatische Grundlagen und Sinnwandlung des Handelsrechts*, Karlsruhe 1965, S. 283.

²⁷ Zu der Entstehungsgeschichte des ADHGB Art. 347/I vgl. P. RAISCH, a.a.O., S. 280-283.

²⁸ Ein entscheidender Einfluß von aOR 246 auf die Fassung von HGB § 377/I scheint mir angesichts der sprachlichen und strukturellen Übereinstimmungen außer Zweifel zu stehen.

²⁹ Man denke etwa an das romanistische Erbstück von OR 259 ("Kauf bricht Miete"), das bei Grundstückmiete keinen guten Sinn hat und in diesem Bereich vom BGB nicht übernommen wird (vgl. BGB § 571). – Romanistische Tradition verkörpert sodann an sich die *periculum emptoris*-Regel von OR 185/I, die heute mit guten Gründen als unpraktisch und der Rechtsüberzeugung der Beteiligten widersprechend abgelehnt werden kann (vgl. etwa PH. MEYLAN, *Periculum est emptoris*, S. 11, und P. LIVER, *Besonderheiten des Viehkaufs*, S. 123 f., beide in Festschrift zum 70. Geburtstag von Theo Guhl, *Vom Kauf nach schweizerischem Recht*, Zürich 1950; BGE 84 II 161. Als "eminenter kaufmännische Regel" verteidigt OR 185/I B. v. BÜREN, Schweiz. Obligationenrecht, S. 388). Anhand der Entstehungsgeschichte läßt sich indessen zeigen, daß OR 185/I nicht der Anhänglichkeit an römische Überlieferung, sondern vorab dem Einfluß der *welschen Minderheit* entspringt, die auf diese Weise die wichtigste Auswirkung des ihr vertrauten Systems des *französischen Code civil* retten

Grundlage³⁰. Auch der *Dresdener Entwurf* kann nicht als Vorbild gedient haben, da dessen Kaufrecht (§§ 422-495) das Problem der Gewährleistung für Rechts- wie für Sachmängel nicht im Grundsätzlichen, sondern bloß hinsichtlich Einzelaspekten behandelt und ihm auch dort eine Rügepflicht fremd ist³¹. Nach Elimination aller anderen möglichen Einflüsse bleibt noch die Annahme, daß das OR des Jahres 1881 *kantonalen Kodifikationen*, d. h. praktisch gesprochen dem *zürcherischen Privatrechtlichen Gesetzbuch* (PGB) gefolgt sei³².

In der Tat findet sich im *Privatrechtlichen Gesetzbuch* BLUNTSCHLIS eine Bestimmung, die als Modell gedient hat: "Ist die verkaufte Sache von dem Käufer in seinen Gewahrsam (aufs Lager) aufgenommen worden, und hat derselbe es unterlassen, ohne Verzug dem Verkäufer anzuzeigen, daß die Waare Mängel oder Fehler habe, für welche dieser eintreten müsse, so kann der Käufer später sich nicht mehr darüber beschweren, wenn er nicht nachzuweisen im Stande ist, daß er durch ein unredliches Verfahren des Verkäufers getäuscht worden sei. Ebenso kann der Käufer später nicht mehr Beschwerde wegen Mängel oder Fehler der gekauften Sache führen, nachdem er dieselbe einmal gebilligt hat. Vorbehalten bleiben die Fälle, in denen der Mangel erst später entdeckt werden konnte" (PGB § 1418)^{33, 34}. { 19/20 }

Die Frage, woher der zürcherische Gesetzgeber seine Weisheit bezogen habe, müßte auf das *preußische Allgemeine Landrecht* (ALR) zurückführen. Wir wissen, daß der Gesetzesredaktor BLUNTSCHLI seine entscheidende Formung als Jurist in Berlin erhalten hat, wo er, trotz der Abneigung seines Lehrers und Protektors SAVIGNY gegenüber dem ALR³⁵, mit dieser Kodifikation vertraut geworden sein dürfte. Die einschlägige Vorschrift lautet: "Ist also der Fehler in die Augen fallend, und der Empfänger hat die Sache, ohne denselben ausdrücklich zu rügen, übernommen, so kann er weder vom Vertrage zurücktreten, noch Vergütung fordern" (ALR I/5 § 330, auf den im Kaufrecht ALR I/11 § 198 verwiesen wird). Eine Prüfungspflicht wird nicht statuiert, wohl aber eine Verwirkung der

konnte, wonach mit Abschluß des Kaufvertrages bereits Eigentum (und damit auch die Gefahr) übergeht. Zu der Translativwirkung schuldrechtlicher Verträge vgl. Code civil Art. 711, 1583.

³⁰ Hochinteressant ist die *unterschiedliche Befristung* der Wandelungs- und Minderungsklage im römischen Recht: die *actio redhibitoria* auf Rückgängigmachung des Kaufs ist anscheinend ursprünglich auf zwei Monate, später auf sechs Monate befristet, während die *actio quanti minoris* auf Kaufpreisermäßigung ursprünglich auf sechs, später auf zwölf Monate befristet ist. Mit dieser gegenüber der Minderung kürzeren Befristung der Wandelungsklage wurden bis zu einem gewissen Grade jene Zwecke erreicht, die angeblich die Rügepflicht von OR 201 verwirklichen soll. Die Preisgabe der Differenzierung des römischen Rechts durch Statuierung einer einheitlichen Frist von sechs (BGB § 477) bzw. zwölf (OR 210) Monaten für die Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen ist eine bedauerliche Verarmung.

³¹ "Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse ... im Auftrag der Commission herausgegeben" von Francke (Dresden 1866); Gewährleistungsregeln finden sich etwa hinsichtlich der Maßhaltigkeit von Grundstücken (Art. 437), der "Richtigkeit des Erbrechtes" beim Erbschafts Kauf (Art. 443).

³² Andere kantonale Kodifikationen als das zürcherische PGB und die diesem folgenden Gesetze kommen hier nicht in Betracht, da weder die dem französischen Code civil noch dem österreichischen ABGB sich anschließenden Gesetze eine Rügepflicht erwarten lassen. Das Selbständigkeit anstrebende bündnerische Gesetzbuch v. PLANTAS kennt ebenfalls keine Rügepflicht. Das solothurnische Gesetz, auf das sich MUNZINGER bezieht (vgl. Anm. 39), kennt in § 1073 nicht eine eigentliche Rügepflicht, sondern eine Befristung des Wandelungsanspruchs auf 14 Tage nach Ablieferung. Diese Regelung bezieht sich zudem nur auf den Kauf "nach Muster, oder unter Vorbehalt gewisser Eigenschaften", wobei allerdings der Sinn dieser Einschränkung unklar ist.

³³ Als interessante Parallele zum französischen Code civil Art. 1642 und ABGB § 928 könnte hier noch PGB § 1417 genannt werden: "Waren die Fehler offenbar und bei dem Handel leicht zu ersehen, so haftet der Verkäufer nur, wenn ihm unredliches Verfahren zur Last fällt."

³⁴ Der Einfluß, des PGB (§ 1418) auf die Entstehung von OR 201 wird sodann erwiesen durch WALTER MUNZINGER, *Motive zu einem Entwurfe eines schweizerischen Handelsrechts*, Bern 1865, S. 250, sowie § 252 des *Entwurfs schweizerisches Handelsrecht* (Bern 1864), dessen § 252, Vorläufer von OR 201, teilweise wörtlich mit dem PGB übereinstimmt.

³⁵ Über das Verhältnis SAVIGNYS zum ALR, das er den Berliner Studenten zu vermitteln hatte, vgl. F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl., Göttingen 1967, S. 334/5 und die dort in Anm. 44 genannten Zeugnisse.

Gewährleistungsansprüche durch vorbehaltlose Annahme. Wegleitend sind offenkundig Überlegungen in der Richtung eines *Treueverhältnisses zwischen den Parteien*; es soll der Käufer gehindert werden, Wandelungs- oder Minderungsansprüche zu erheben, wenn die Mängel infolge ihrer Offenkundigkeit ihm nicht verborgen bleiben durften und er mit der Erhebung von Gewährleistungsansprüchen sich in Widerspruch zu seinem Verhalten beim Empfang der Ware setzt, denn *vorbehaltlose Annahme wird als Genehmigung der offenkundigen Mängel gedeutet*.

Die Vermutung liegt auf der Hand, daß die im ALR verwirklichten Gedanken auch späteren gesetzlichen Regelungen des Gewährleistungsrechts zugrundeliegen und diese vom "*Treueprinzip*" her, wie in ALR I/5 § 330 niedergelegt, zu verstehen sind. Wird ALR I/5 § 330 als Vergleichspunkt genommen, erscheint das heutige BGB mit § 464 (vorbehaltlose Entgegennahme des Kaufgegenstandes schließt Sachgewährleistungsansprüche aus) als gleichgerichtete Vorschrift, die insofern *abgeschwächt* ist, als bloß *tatsächliche* Kenntnis des Mangels, nicht kennen *müssen*, die Verwirkungsfolge auslöst. OR 201 bzw. HGB § 377 erscheint als eine *ausweitende Verschärfung* des ALR-Prinzips, da hier der Käufer nicht bloß offenkundige, ein die Augen springende" Mängel rügen muß, sondern die Ware etwas eingehender inspizieren soll, wobei dann diese Inspektion nicht im Moment der Übernahme zu erfolgen hat, sondern dem Käufer etwas mehr Zeit eingeräumt wird. – Die Auffassung, daß sich die Prüfungs- und Rügepflicht von OR und HGB aus einer erweiterten und verschärften *Obliegenheit der Besichtigung der Ware bei Übernahme* herausentwickelt hat, wie sie im ALR statuiert wird, erfährt m. E. ihre Bestätigung durch Betrachtung des Verbindungsgliedes zwischen ALR und diesen heute geltenden Kodifikationen. Die Regel des zürcherischen PGB § 1418 steht seltsam verschwommen zwischen BGB § 464 einerseits und OR 201/HGB § 377 andererseits zwischendrin. Zwar wird die Rügepflicht auch hier noch, wie im ALR, auf den Moment der Entgegennahme der Ware bezogen, doch erscheint der zeitliche Zusammenhang bereits gelockert. Eine eigentliche Prüfungspflicht wird nicht einmal ausdrücklich statuiert, ergibt sich aber in einem gewissen Umfang aus der Rechtsfolge: die Verwirkungsfolgen treten nur dann nicht ein, wenn "der Mangel erst später entdeckt werden konnte", was bedingt, daß die "entdeckbaren" Mängel durch eine mehr oder weniger gründliche Prüfung ermittelt werden müssen. Aus dem Wortlaut von PGB § 1418, der ausdrücklich als Verwirkungsgrund auch noch die Billigung der Mängel nennt, vor allem aber aus den Erläuterungen BLUNTSCHLI zu PGB § 1418, ergibt sich, daß der wegleitende legislatorische Gedanke dieser Bestimmungen der gleiche ist, wie er auch dem ALR zugrundeliegt: Es soll derjenige Käufer mit Gewährleistungsansprüchen ausgeschlossen sein, dessen Stillschweigen gegenüber mehr oder weniger leicht erkennbaren Mängeln der Ware als deren *Billigung* zu deuten ist und dessen nachträglich erhobene Gewährleistungsansprüche damit gegen das Verbot des *venire contra factum proprium* verstoßen würden³⁶.

Die Fortbildung der Regel von PGB § 1418 zu OR 201 bzw. HGB § 377 beruht darin, daß die im zürcherischen Recht noch nicht ausdrücklich formulierte und gewissermaßen durch die Hintertür in nicht genau bestimmbar Umfang eingeführte Prüfungspflicht fest verankert wird, was dann aus praktischen Überlegungen heraus zwangsläufig dazu führt, daß der ursprüngliche Zusammenhang der "Besichtigungspflicht" mit der Übernahme der Ware zu einer Pflicht der Prüfung "sobald nach dem üblichen Geschäftsgang tunlich" wird. Welches sind die Gründe der stärkeren Betonung dieser Prüfungspflicht im aOR? Vom ursprünglichen Gedanken her, daß Stillschweigen gegenüber bekannten Mängeln als deren Billigung zu gelten habe und diese Billigung nach dem Treueprinzip Gewährleistungsansprüche ausschließe, ist diese Prüfungspflicht nicht zu motivieren. Deren Gründe sind wohl im *Prozeßtaktischen* und *Beweisrechtlichen* zu sehen. Denn solange den Käufer nicht die Obliegenheit der Prüfung trifft, hilft es dem Verkäufer wenig, Billigung der Ware durch Stillschweigen seitens des Käufers zu behaupten, da gegenüber der Behauptung des Käufers,

³⁶ Vgl. J. C. BLUNTSCHLI, Das zürcherische Obligationenrecht mit Erläuterungen (Zürich 1855), Anm. 1 zu PGB § 1418: "Man war darüber einig, daß es zweckmäßig sei, die Währschaftsklage, wie das im kaufmännischen Verkehr längst anerkannt sei, auszuschließen, sobald das Benehmen des Käufers als Billigung interpretiert werden könne, und in der Regel die stillschweigende Aufnahme der Waare in den eigenen Gewahrsam als solche anzusehen."

er habe die Mängel nicht gekannt, den Verkäufer die Beweislast für das Gegenteil treffen würde^{37, 38}.

Das Ergebnis dieser knappen rechtsvergleichenden Übersicht läßt sich dahin zusammenfassen, daß das schweizerische OR mit seiner Rügepflicht im Verhältnis unter *Nichtkaufleuten* innerhalb der kontinentalen Kodifikation allein steht. Für den *Handelskauf* findet sich eine Entsprechung im deutschen HGB, die der Regelung des OR nachgebildet ist. Die vom Bundesgericht für OR 201 angeführten legislatorischen Motive lassen sich rechtsvergleichend nicht erhärten; ihre Realisierung { 20/21 } würde über OR 201 hinausführen und eine Lösung in Richtung einer kurzen Befristung des Wandelungsanspruches nach dem Vorbild des Common Law erfordern. Immerhin hat das ADHGB (Art. 347) sichtbar gemacht, daß beim Distanzkauf der Verkäufer ein Interesse eigener Art an einer Prüfungs- und Rügepflicht des Käufers haben kann, was im kaufmännischen Verkehr die Regel von OR 201 rechtfertigen mag. – Die rechtsvergleichende Betrachtung bestätigt im übrigen, was sich bereits aus der Art der Formulierung von OR 201 und aus der Entstehungsgeschichte dieser Bestimmung entnehmen läßt, nämlich daß sie ganz aus *handelsrechtlichem Denken* heraus entstanden und für kaufmännische Verhältnisse gedacht ist. Dies zeigt bereits der Wortlaut von PGB § 1418 und die von BLUNTSCHLI gegebenen Erläuterungen. Für MUNZINGER war die Ausrichtung nach kaufmännischen Bedürfnissen gegeben, da er ja einen *Entwurf einer Kodifizierung des Handelsrechts* ausarbeitete. Die unkritische Herübernahme einer Bestimmung, die in einem Handelsgesetzbuch ihren guten Platz gehabt hätte, in das allgemeine Schuldrecht des OR, kann nach allem nur bedauert werden.

4. Folgerungen für die Praxis

Die angestellten Überlegungen möchten dazu anregen, die *Praxis der Gerichte* in der hier behandelten Frage kritisch zu überdenken. Vor allem untere Gerichte neigen dazu, die in OR 201 an den Käufer gestellten Anforderungen nach strengen Maßstäben auszulegen; dabei kann sich der Anwalt gelegentlich nicht des Eindrucks erwehren, daß diese Tendenz, durch bewußte und vor allem unbewußte "arbeitsökonomische" Rücksichten mitbestimmt ist. Die Untersuchung der Interessenlage der Parteien, die Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte und erst recht die Vergleichung anderer Privatrechtsordnungen sollten die Gerichte dazu führen, ganz entgegen der traditionellen Neigung, die *Anforderungen* an den "bürgerlichen" Käufer *abzuschwächen, soweit dies innerhalb des gegebenen gesetzlichen Rahmens überhaupt möglich ist*. Das wurde praktisch vor allem dreierlei bedeuten: Die vom Käufer verlangte Warenprüfung soll nicht weitergehen müssen, als sie unter Nichtkaufleuten üblich ist, und es soll Berücksichtigung finden, daß dem Nichtkaufmann nicht bloß Fachkenntnisse, sondern auch ganz allgemein Beobachtungsgabe, kritischer Sinn und Mißtrauen gegenüber dem Geschäftspartner abgehen, was alles ihn auch an sich leicht erkennbare Mängel übersehen läßt. Sodann soll die dem Käufer zuzubilligende Frist zur *Prüfung* bzw. *Mängelrüge* nicht zu kleinlich bemessen werden. Hier besteht die Möglichkeit und aufgrund der Materialien geradezu die Pflicht, dem Nichtkaufmann großzügigere Fristen zuzugestehen. MUNZINGER, in gewissem Sinne geistiger Urheber von OR 201, dem die Prüfungs- und Rügepflicht ein rechtes Herzensanliegen gewesen zu sein scheint, rechtfertigt den Verzicht auf eine feste Fixierung der Rügefrist wie folgt: "... jedenfalls sind 14 Tage für den Handelsverkehr sehr oft zu lang, für den nicht-kaufmännischen Verkehr unter Umständen zu kurz³⁹". Weiterhin soll die *Spezifikation der beanstandeten Sachmängel*, die vom Gesetz nicht ausdrücklich vorgeschrieben, von der Praxis aber trotzdem verlangt wird, nicht über

³⁷ Vgl. auch oben bei Anm. 20 zum italienische Codice civile Art. 1495

³⁸ Nach MUNZINGER, Motive zu einem Entwurfe ... S. 250 sollen sich weiterhin entsprechende Vorschriften im spanischen (Art. 37) und portugiesischen (Art. 500) Handelsgesetz finden.

³⁹ MUNZINGER, a.a.O., S. 251, unter Bezugnahme auf § 1073 ZGB/SO (oben Anm. 32). – Gerichtsentscheide, die eine vierzehn oder mehr Tage nach Empfang angebrachte Mängelrüge noch als rechtzeitig gelten lassen, dürften nach heutiger Praxis demgegenüber seltene Ausnahme sein.

ungefähre Andeutung, in welcher Richtung die Aussetzungen weisen, hinausgehen müssen. Endlich sollte man dem Käufer auch insofern entgegenkommen, als man die Mängelrüge nicht auf dessen Gefahr reisen, sondern, entsprechend HGB § 377/IV, die *Absendung der Mängelrüge* genügen läßt⁴⁰.

Angemessen wäre m. E. eine Praxis, die innerhalb des vom Wortlaut von OR 201 gezogenen Rahmens nach Möglichkeit versucht, den gesunden legislatorischen Kern zur Geltung zu bringen und Sachgewährleistung jenem Käufer versagt, dessen Klage gegen das *Treugebot* verstößt, d. h. der Mängel, die ihm als einigermaßen aufmerksamem Bürger nicht verborgen bleiben konnten, nicht seinem Vertragspartner zur Kenntnis bringt und dadurch den Anschein aufkommen läßt, er *genehmige* die gelieferte Ware trotz der Mängel.

II. Prozessuale Folgen der Ermessensbefugnis des Richters nach OR 205/II

Wie alle in pandektistischer Tradition stehenden Kodifikationen und wie der französische Code civil gewährt auch das OR dem Käufer die Möglichkeit, zwischen Wandelung und Minderung zu wählen (OR 205/I). Im OR kommt nun die Vorschrift von Abs. II hinzu, wonach der Richter, auch wenn der Käufer auf { 21/22 } Wandelung des Kaufs geklagt hat, auf Minderung erkennen kann. Diese Bestimmung ist einzig in ihrer Art; der Code civil kennt nichts Entsprechendes, sondern beläßt es beim freien Wahlrecht des Käufers gemäß Art. 1644; dem BGB und erst recht dem HGB ist eine analoge Vorschrift ebenfalls fremd. Das zürcherische PGB kannte diese Abschwächung des Wahlrechts nicht; sie findet sich in der Schweiz wohl erstmals im aOR 250, der inhaltlich völlig OR 205/II entspricht.

Ideologische Vorläufer der fraglichen Bestimmung lassen sich in gewissen naturrechtlichen Kodifikationen finden. Der Entwurf gebliebene österreichische *Codex Theresianus Iuris Civilis* und der als erste naturrechtliche Kodifikation Gesetzesgeltung erlangende, ebenfalls aus den fünfziger Jahren des 18. Jahrhunderts stammende *Codex Maximilianus Bavaricus Civilis* hatten beide die Wandelungsklage an die Voraussetzung qualifizierter Sachmängel geknüpft und nicht in jedem Fall der Sachmängelgewährleistung zugelassen. Diese Gesetze stehen damit in einer bis auf die Postglossatoren zurückzuverfolgenden gemeinrechtlichen Tradition, die den Wandlungsanspruch auf "Hauptmängel" beschränkt, eine Tradition, die auch im vernunftrechtlichen Schrifttum etwa eines CHRISTIAN WOLFF ihren Niederschlag findet⁴¹. Diese Regelung, die das Los des Verkäufers erleichtern sollte, ist nicht in die preußische Kodifikation übergegangen⁴², wohl aber ins ABGB. Dort wird der Wandlungsanspruch an die Voraussetzung geknüpft, daß der Mangel "*nicht mehr behoben werden kann und daß er den ordentlichen Gebrauch der Sache verhindert*"⁴³. Die legislatorischen Motive dieser Regelung sind dieselben, wie sie OR 205/II

⁴⁰ Als empfangsbedürftige Erklärung reist die Mängelrüge grundsätzlich auf Gefahr des Erklärenden, weshalb die Auffassung BECKERS, Komm. OR 201, N. 6, an sich zutreffend ist. Es scheint mir indessen ein unerträglicher Gedanke, daß danach die Gewährleistungsansprüche des Käufers verwirkt sein sollen, bloß weil etwa dessen rechtzeitig abgesandter Brief auf der Post verloren ging. Denn schließlich ist es der mangelhafte Ware liefernde Käufer, der überhaupt die Notwendigkeit schafft, daß der Käufer schreiben muß. Die Annahme einer Gesetzeslücke und Analogieschluß zu HGB § 377/IV scheint mir deshalb unausweichlich.

⁴¹ Vgl. zu diesen Zusammenhängen und dem folgenden die grundlegende Abhandlung von J. LAUTNER, Grundsätze des Gewährleistungsrechtes; Rechtsvergleichende Untersuchungen zu den deutschen Territorialkodifikationen, dem Code civil, den kantonalen Zivilgesetzbüchern und dem OR, Zürich 1937, hier besonders S. 35 ff., 39 ff., sowie die dort genannte Literatur.

⁴² ALR I/5 § 326; dazu die bei LAUTNER, a.a.O., S. 36, Anm. 74, genannte Literatur.

⁴³ ABGB § 932 in der Fassung der Teilnovelle des Jahres 1916, die gegenüber dem ursprünglichen Text Verdeutlichung, jedoch keine Veränderung anstrebt. Als weitere Besonderheit der österreichischen Regelung kann erwähnt werden, daß der Käufer, wenn ihm Wandelung nicht zu Gebote steht, statt Preisminderung auch *Mangelbehebung* verlangen kann, eine Möglichkeit, die sonst allgemein nicht zuerkannt wird (oben Anm. 3).

zugrundeliegen. Unsere Lösung unterscheidet sich indessen von Grund auf durch die angewendete *Rechtstechnik*, denn es wird die Beschränkung des Wandelungsanspruchs nicht auf der Ebene des materiellen Privatrechts vorgenommen und damit das Wahlrecht beschränkt, sondern dieses bleibt, gemeinrechtlicher und französischer Tradition folgend, prinzipiell gewahrt, und es kann bloß im Prozeß der Richter zugunsten des Verkäufers mildernd eingreifen.

Aus dem Gesagten möchte ich keineswegs folgern, daß die Regel von OR 205/II verfehlt sei. Es lassen sich in der Tat für diesen Einbruch des Billigkeitsprinzips in einen von den übrigen Rechtsordnungen dem *ius strictum* überlassenen Bereich sehr einleuchtende Gründe finden: Die Wandelung stellt für den Verkäufer oft einen sehr schweren Eingriff dar, der bei Geringfügigkeit des Mangels nicht durch entsprechende Interessen des Käufers gerechtfertigt wird. LAUTNER bezeichnet OR 205/II zurecht als "eine originelle und schöne Schöpfung des schweizerischen Rechts"⁴⁴. Allerdings glaube ich, daß es nicht schaden kann, die *Singularität der Bestimmung* in Erinnerung zu rufen, damit diese singuläre Vorschrift auch mit entsprechender Zurückhaltung angewendet wird. Diese Zurückhaltung vermißt man gelegentlich vor allem bei unteren Gerichten, die aus Mitleid mit dem Verkäufer eine Gutheißung der Wandelungsklage zur Ausnahme, den Übergang zur Preisminderung zur Regel werden lassen.

Die hier besprochene Billigkeitsnorm hat nun darüber hinaus Auswirkungen, die vom Gesetzgeber nicht vorausgesehen und schon gar nicht beabsichtigt waren. Eine Auswirkung, die allerdings zuungunsten des *Verkäufers* wirkt, haben wir bereits kennen gelernt: Die dem Käufer in der Schweiz länger als im Ausland verbleibende Freiheit, von Wandelung auf Minderung zu wechseln, ist eine Folge von OR 205/II, denn solange es dem Richter bei erhobener Wandelungsklage offensteht, auf Minderung zu erkennen, muß man wohl auch dem Käufer die Möglichkeit zugestehen, seine Klage in gleichem Sinne zu reduzieren (vgl. dazu oben bei Anm. 9-11).

Die *Nebenerscheinung* unserer Bestimmung, die ich hier im Auge habe, benachteiligt in ganz schwerer Weise den *Käufer*, wenn auch nicht auf der Ebene des materiellen Privatrechts, so doch in der *prozessualen Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen*. Die vorgetragene Kritik richtet sich vorerst gegen die Praxis der *Zürcher Gerichte*, die, soviel mir bekannt, nicht in veröffentlichten Entscheidungen niedergelegt ist, jedoch nach Auskunft von hohen Magistraten durchaus gefestigt sei. Es ist anzunehmen, daß die zu untersuchende Erscheinung keineswegs auf Zürich beschränkt bleibt.

Die Praxis, gegen die ich hier angehe, beruht darin, daß der Wandelung begehrende Käufer, der gemäß OR 205/II bloß eine Preisminderung zugestanden erhält, entsprechend als unterliegender Teil gilt. Danach wird er, der auf Rückerstattung des Kaufpreises klagt, nun jedoch nur den Betrag der Preisminderung zurückerhält, bei der Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen bloß in diesem Umfang als obsiegender, im übrigen dagegen als unterliegender Teil betrachtet. Genau umgekehrt, wenn der Verkäufer auf Leistung des noch { 22/23 } nicht bezahlten Kaufpreises klagt und der Käufer einredeweise Wandelung geltend machte.

Man wolle sich anhand eines einfachen Beispiels vergegenwärtigen, was das praktisch heißt, wenigstens wenn wir Kaufverträge in einem wertmäßigen Mittelbereich des bürgerlichen Verkehrs (Autos, Sofas, antike Kasten und Truhen) ins Auge fassen. Der Käufer hat die Geistesgegenwart gehabt, sofort Mängelrüge zu erheben, weiterhin das Glück, dies auch beweisen zu können. Im Prozeß standen die Sterne günstig, und der Experte hat tatsächlich schwere Mängel festgestellt. Das Gericht erkennt nur deshalb nicht auf Wandelung, weil mit einer massiven Preisminderung, sagen wir von 15 000 auf 10 000 Franken, den Mängeln Rechnung getragen wird, d. h. diese für den Betrag der Preisminderung behoben werden können. Wie sieht nun die Kosten- und Entschädigungsregelung aus? Der klagende Käufer, der mit seiner Wandelungsklage 15 000 zurück haben wollte und nun als Preisminderung bloß 5000 erhält, ist zu zwei Dritteln unterlegen und hat deshalb zwei Drittel der Gerichtskosten einschließlich der Kosten für Expertise, eventuell Oberexpertise zu tragen. Er muß sodann der Gegenpartei eine auf einen

⁴⁴ LAUTNER, a.a.O., S. 62.

Drittel reduzierte Prozeßentschädigung ausrichten und selbstredend die Kosten des eigenen Anwaltes voll tragen. Wenn das Verfahren mehrere Instanzen durchlief, ist es leicht möglich, daß der Käufer selbst eine hier beispielshalber sehr reichlich bemessene Preisminderung, die er erstritten hat, restlos für die Verfahrenskosten hinlegen muß.

Ich glaube, daß diese im Ergebnis stoßende Praxis auf einer in zweifacher Hinsicht falschen Überlegung beruht. Diese prozessuale Praxis verkennt zuerst den Sinn des dem Käufer im Falle von Sachmängeln grundsätzlich zustehenden Wahlrechts nach OR 205 Abs. I. Sobald eine Ware im Sinne des Gesetzes mangelhaft ist, hat der Käufer die Möglichkeit, zwischen Wandelung und Minderung zu wählen, und dieses vom materiellen Bundesprivatrecht gewährleistete Wahlrecht darf nicht auf der Ebene des Prozeßrechts über die Kostenregelung illusorisch gemacht werden, wie das der Fall ist, wenn man mit den Zürcher Gerichten argumentiert, der Käufer müsse sich eben vor dem Prozeß überlegen, ob der Richter auf Wandelung oder bloß Minderung erkennen werde. Diese Zumutung an den Kläger ist nicht nur mit dem Wahlrecht des Käufers gemäß Abs. I, sondern auch mit dem Wesen von Abs. II als einer Billigkeitsnorm, die dem Richter einen erheblichen Bereich nicht im voraus kalkulierbaren Ermessens einräumen will, nicht vereinbar. Die hier vertretene Auffassung kann rechtsvergleichend, durch Betrachtung der *Gegenposition* des *österreichischen* ABGB, verdeutlicht werden: Dort hat der Käufer kein Wahlrecht, sondern der Wandlungsanspruch ist an gewisse vom materiellen Recht umschriebene Voraussetzungen geknüpft. Nach ABGB § 932 wäre es folgerichtig, den Käufer, dessen Wandlungsklage abgewiesen wird, als unterliegend zu betrachten. Anders nach OR 205, wonach der Käufer einen an keine Bedingungen geknüpften Anspruch auf Wandelung hat und der deshalb auch dann als obsiegend betrachtet werden muß, wenn der Richter gemäß Abs. II die vom Käufer getroffene Wahl nicht schützt, sondern aus Billigkeitsgründen auf Preisminderung erkennt⁴⁵.

Die genannte Praxis unterliegt noch einem anderen Denkfehler, der sofort einsichtig wird, wenn man nicht schematisch die streitigen und schließlich im Urteil zuerkannten Geldbeträge, sondern das *wirtschaftliche Ganze* betrachtet. Wenn der Käufer mit der Wandlungsklage seinen *Kaufpreis* zurückfordert, ist dies nicht alles, sondern er offeriert ja stillschweigend auch *Rückgabe des Kaufgegenstandes*. Und wenn der Richter, gestützt auf Abs. II von OR 205, statt auf Wandelung auf Minderung erkennt, wird ja nicht einfach statuiert, daß der Käufer den Kaufpreis nun nicht zurückerhalte, sondern gleichzeitig auch, daß er dafür den Kaufgegenstand behalten dürfe. Der *Wert des Kaufobjekts*, über dessen Schicksal im Urteil unausgesprochen mitentschieden wird, muß auf jeden Fall in der einen oder anderen Art in die Rechnung eingesetzt werden, was die angefochtene Praxis nicht tut.

Man muß sich vergegenwärtigen, daß die Regel von OR 205/II auch unter prozeßrechtlichen Gesichtspunkten völlig aus dem Rahmen fällt. Die singuläre Lösung, daß der Richter etwas anderes zusprechen kann, als was eingeklagt wurde⁴⁶, darf nicht mit dem herkömmlichen Schema der Kosten- und Entschädigungsregelung behandelt werden, sondern erfordert eine differenzierte { 23/24 } Betrachtung. Und es darf nicht der exzeptionelle Fall, daß der Richter mit der Ersetzung der Wandelung durch die Minderung dem Verkäufer entgegenkommt, in eine Niederlage des Käufers umgedeutet werden. Ich glaube, daß grundsätzlich immer dann, wenn im Prozeß Sachmängel festgestellt werden, der Käufer als

⁴⁵ In gleichem Sinn wie ABGB § 932 stellt auch die Umschreibung der Voraussetzungen der Wandelung beim *Werkvertrag* in OR 368/I einen Gegenposition zu OR 205/I und II dar, denn im Werkvertragsrecht ist die Befugnis des Bestellers, die Annahme des Werks zu verlangen, an *materielle rechtliche Voraussetzungen* geknüpft: *Unbrauchbarkeit* des Werks oder *Unzumutbarkeit der Annahme* infolge Mangelhaftigkeit oder Abweichung vom vertraglichen Sollzustand. Hier ist es grundsätzlich am Platze, den zu Unrecht die Annahme verweigernden Besteller als unterliegenden Teil zu betrachten, obwohl die im folgenden geltend gemachten zusätzlichen Bedenken (Nichtberücksichtigung des Werts der Sache) dagegen sprechen, ihn im vollem Umfang des streitigen Werklohnes kosten- und entschädigungspflichtig zu machen.

⁴⁶ Eine Entsprechung kann etwa im Scheidungsrecht gesehen werden, wo der Richter bei einer *Scheidungsklage auf Trennung erkennen kann* (ZGB 146/III). Auch hier wird es wohl nicht angehen, den mit seinem Scheidungsbegehren abgewiesenen Kläger im Falle der Aussprechung der Trennung als unterliegende Partei zu bezeichnen.

obsiegend betrachtet werden muß, und dies auch dann, wenn die Art, wie er sein Wahlrecht ausgeübt hat, nicht richterlichen Schutz findet. Dabei mag die Frage offenbleiben, ob diese Regel in Grenzfällen abzuschwächen ist. Es mag hart scheinen, daß der Verkäufer, der vielleicht bereit war, die Preisminderung hinzunehmen, die im Urteil statuiert wird, trotzdem als unterlegen gelten soll. Der Verkäufer muß sich indessen Rechenschaft geben, daß nur er es war, der durch Mangelhaftigkeit der von ihm verkauften Ware das Verfahren veranlaßt hat. Er kann sich mit dem Gedanken trösten, daß er etwa im Geltungsbereich des BGB und im Rechtskreis des Code civil nicht bloß die Kosten eines verlorenen Prozesses zu tragen hätte, sondern daß er auch die verkaufte Ware zurücknehmen müßte, weil dort der Wandlungsanspruch des Käufers unentziehbar ist.