

§ 3 KAUFVERTRAG IM ALLGEMEINEN (OR 184 ff.)

Literatur

schweizerische:

P. Cavin, SPR VII/1 p. 1-69; G./M./K., p. 299-301, 331-337; H. Giger, OR 184-215; M. Keller/Th. Lörtscher, Kaufrecht - eine systematische Darstellung, 2. A., Zürich 1986; A. Meili, Die Entstehung des schweizerischen Kaufrechts, Diss. Zürich 1976 (zur Kodifikationsgeschichte); P. Tercier, n. 106-225, 407-497.

ausländische und rechtsvergleichende:

A. Allessandri Rod., De la compra-venta i de la promesa de venta, 2 Bde. Santiago/ Chile 1971/78 (mit über 2500 Seiten wohl umfangreichste Darstellung des Kaufrechts aller Zeiter, Dissertation zur Erlangung des Lizentiats in Santiago!); T. Almén, Das Skandinavische Kaufrecht (deutsche Ausgabe von Neubecker), 3 Bde., Heidelberg 1922; A. Bechmann, Geschichte des Kaufs im römischen Recht (1876), System des Kaufs nach Gemeinem Recht (1884, 1905), auch in Nachdruck; E. Rabel, Warenkauf, 2 Bde., Tübingen 1936/58; G. Walter, Kaufrecht (Hdb. des Schuldrechts, hg. von Gernhuber, Bd. 6), Tübingen 1987.

BGB §§ 433-515; HGB 373-382 und Literatur hiezu.

I. Das Kaufrecht im allgemeinen

1. Kaufvertrag nach OR

a) Begriff

Wie auch bei den übrigen im besonderen Teil geregelten Vertragstypen gibt der Gesetzgeber keine Definition des Kaufs, sondern umschreibt die hauptsächlichlichen durch den Vertrag begründeten Pflichten der Parteien (OR 184/I): Pflicht des Verkäufers zu faktischer Uebergabe des Kaufgegenstandes (Sachverschaffungspflicht) und zur Verschaffung des Eigentums daran (Rechtsverschaffungspflicht), andererseits Pflicht des Käufers zur Bezahlung des Kaufpreises. Entgeltlichkeit begriffsnotwendig (sonst Schenkung).

Neben diesen Hauptpflichten (auf deren Regelung sich das Gesetz zur Hauptsache beschränkt), können auch "Nebenpflichten" bestehen, sei es aus Vertrag, sei es aufgrund des Gesetzes (vgl. dazu unten Zif. III/3, IV/4).

Kauf ist vielleicht der statistisch häufigste Vertrag; grosse wirtschaftliche Bedeutung und komplexe Rechtsstruktur mit wichtigen, vom allgemeinen Vertragsrecht abweichenden Sonderregeln.

b) Abgrenzung

Abgrenzungsprobleme ergeben sich insbesondere gegenüber dem Werkvertrag; vgl. dazu unten § 10/I/2. Das "Wiener Kaufrecht" (dazu unten Zif. 5/d) unterstellt in Art. 3/I auch "herzustellende" oder "zu erzeugende Waren" seiner Geltung womit auch Kaufverträge mit Werkvertrags-Elementen einbezogen sind.

Die als "Leasingverträge" bezeichneten Geschäfte stellen teilweise eine Mischung dar zwischen dem wirtschaftlich gewollten Uebereignungsgeschäft (Abzahlungskauf) und dem rechtlich vereinbarten Gebrauchsüberlassungsgeschäft. Vgl. dazu oben §2/IV).

2. Aufbau des Gesetzes

Der "Kauf und Tausch" regelnde 6. Titel zerfällt in fünf Abschnitte: Allgemeine Bestimmungen (OR 184-186), Fahrniskauf (OR 187-215), Grundstückskauf (OR 216-221), Besondere Arten des Kaufes (OR 222-236), Tauschvertrag (OR 237/238). Diese Einteilung erweckt insofern ein falsches Bild, als nicht Fahrnis- und Grundstückskauf als gleichberechtigte Kaufstypen nebeneinander stehen, sondern vielmehr das Fahrniskaufrecht zusammen mit den Allgemeinen Bestimmungen (dh. OR 184-215) das Kaufrecht schlechthin repräsentieren, während die Grundstückskaufs-Regeln nur das Grundsätzliche wenig berührende Abweichungen in Sonderfragen bringen und daher auch nur auf gleicher Stufe wie die übrigen Sondererscheinungsformen behandelt werden (unten § 5/III).

In diesem § 3 wird das Kaufrecht im allgemeinen dargestellt, in § 4 jedoch die besonders wichtige Frage der Wirkungen von Mängeln der Kaufsache oder des dem Käufer verschafften Rechts isoliert. In § 5 folgen die Sonderformen der Kaufverträge (unter Einschluss des Tauschs), wobei der Gattungskauf, vom Gesetz und von der meisten Literatur im allgemeinen Kaufrecht behandelt, als gesonderter Typus aufgefasst und dort an erster Stelle dargestellt wird (§ 5/I).

3. Rechtsnatur des Vertrages

- a) Zweiseitiges Rechtsgeschäft (Vertrag). Gegenseitiger ("synallagmatischer") Vertrag: Leistung und Gegenleistung stehen in einem Austauschverhältnis; es sind die Regeln von OR 82/83, OR 107-109, OR 119/II usw. anwendbar.
- b) Hinsichtlich des Zustandekommens des Vertrages gelten die allgemeinen Regeln; gefordert sind zur Hauptsache: Konsens über die Hauptelemente ("essentialia", unten Zif. 4), Verpflichtungswille, Aeusserung des Vertragswillens. Während beim Kauf im allgemeinen keinerlei Formvorschriften bestehen, sind solche im Falle des Grundstückskaufs (OR 216-221; unten § 5/III) und der Teilzahlungskäufe (OR 226a-228; unten § 5/V) statuiert.
- c) Beim Kauf muss (wie bei anderen Uebereignungs-Verträgen oder der Zession) unterschieden werden zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft (vgl. OR/AT §4/VIII). Der Kaufvertrag ist Verpflichtungsgeschäft und begründet als schuldrechtlicher Vertrag zwar die Pflicht der Parteien zur Sachübereignung bezüglich Kaufgegenstand und Kaufpreis, überträgt jedoch das Eigentum am Kaufgegenstand nicht (vgl. zur gegenteiligen Regelung im französischen und teilweise angloamerikanischen Rechtskreis die Hinweise unten Zif. 5/b). Eigentumsübertragung wird erst durch den nicht schuldrechtlich, sondern sachenrechtlich geregelten Vorgang der Uebereignung (Verfügungsgeschäft) bewirkt; dazu unten Zif. V/3.

Beim beidseitig sofort abgewickelten Handkauf fallen Kaufvertrag und dingliche Perfektion, Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft zusammen, können aber auch hier unterschieden werden.

4. essentialia negotii

Notwendige Bestandteile des Vertrages, ohne die der Vertragsinhalt nicht genügend bestimmt und der Vertrag daher nicht gültig geschlossen ist (sog. essentialia negotii, vgl. dazu OR/AT § 10/II/2), sind:

a) Bestimmung des Kaufgegenstandes

Bei nicht hinreichender Bestimmtheit, in casu des verkauften Grundstückes, ist der Vertrag ungültig (BGE 90 II 21 und 95 II 42/3). Vgl. im übrigen unten Zif. II.

b) Bestimmung des Preises

aa) Dieser muss in Geld bestehen und bei Vertragsschluss bestimmt oder bei Fälligkeit wenigstens nach Gesichtspunkten, die ausserhalb des Willens der Parteien liegen, bestimmbar sein (OR 184/III). Dies ist vorab dann der Fall, wenn ein Börsenpreis oder doch ein einigermaßen eingespielter Markt besteht; für diesen Sonderfall OR 212: Als verabredet gilt der mittlere Marktpreis zur Erfüllungszeit am Erfüllungsort (ebenso BGB § 453). Fehlt es an hinreichender Bestimmtheit des Preises, ist grundsätzlich Konsensmangel (Dissens) und damit Vertragsungültigkeit anzunehmen, was eine Besonderheit des Kaufvertrages (z.B. gegenüber Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, Miete/Pacht; vgl. dort) darstellt. -- Vgl. im übrigen zur Abgrenzung von Kauf und Tausch unten § 5/VI; zum Verkauf unter Verkehrswert mit Begünstigungsabsicht ("gemischte Schenkung", *negotium mixtum cum donatione*) unten § 6/IV/3.

EXKURS: Preisgerechtigkeit ("pretium iustum") ist nicht Erfordernis, materiale Anforderungen werden (wie auch in Deutschland) nicht gestellt (das französische Recht fordert im Hinblick auf das Erfordernis der "cause" - dazu OR/AT § 5/II/1/b-, dass der Preis "réel, sérieux, non fictif" sei; vgl. dazu M. Ferid, Franz. Zivilrecht, Bd. I p. 617).

Immerhin spielt die Schutzregel von OR 21 (Uebervorteilung; dazu OR/AT § 14) und sodann auch StGB 157 ("Wucher"; problematisch).

bb) Folgen fehlenden Preiskonsenses: Das Requisite des Konsenses über den Preis (wie überhaupt hinsichtlich der "essentialia"; vgl. auch OR/AT § 10/II/2) sollte streitlagebezogen gewürdigt werden (zum Grundsätzlichen vgl. Bucher in AcP 186 passim, bes. p. 49) und im wesentlichen auf den Streit um Gültigkeit des Vertrages vor dessen Erfüllung (dh. den Streit, ob Vertragserfüllung geschuldet sei), beschränkt bleiben; nach Vertragsabwicklung (dh. ganzer oder wenigstens teilweiser Leistungserbringung seitens des einen Partners, Entgegennahme der Leistung seitens des anderen), wenn um die Höhe der Gegenleistung gestritten wird, kann nicht, unter Berufung auf Fehlen notwendigen Konsenses bzw. Vertragsnichtigkeit, eine Vertragsleistung verweigert werden: Haben sich die Parteien geeinigt, dass eine Gans verkauft (nicht geschenkt, geliehen) werde, ohne den Preis zu bestimmen, kann zwar die Lieferung verweigert werden, nicht jedoch, nach Lieferung (ev. Schlachtung) der Gans, die Zahlung. Der Käufer schuldet einen (notfalls vom Richter zu bestimmenden) Preis (dh. eine Vertragsleistung) und haftet nicht etwa nach Bereicherungsgrundsätzen. Vgl. auch für Werkvertrag unten § 10/IV/2/d, für Miete unten § 7/I/3/b und BGE 108 II 113, wo das Bundesgericht im Ergebnis ganz auf der Linie der hier vertretenen These, einen vertraglichen Mietzinsanspruch für zurückliegende Mietzeit auch ohne Preisvereinbarung angenommen hat.

c) Einigung über den Umsatzcharakter

Verpflichtung zur Eigentumsübertragung am Kaufgegenstand, als Abgrenzung gegen Miete.

5. Komparatistische Hinweise und internationalrechtliche Fragen

a) Die römischen wurzeln

Das schweizerische Kaufrecht ist (zusammen mit dem Auftrag) besonders deutlich vom römischen Recht her bestimmt. Dieser Tradition sind z.B. die dem allgemeinen Vertragsrecht nicht bekannten, jedoch heute weltweit rezipierten (vgl. unten lit. b) Rechtsbehelfe der Wandelung und Minderung zu verdanken; auf sie geht etwa auch die (unter den gegenwärtigen Eigentumserwerbsregeln nicht mehr gerechtfertigte) Akzentuierung der Rechtsmängelhaftung zurück (während die Gefahrtragungsregel von OR 185 andere Ursachen hat; vgl. unten Zif. VI); viele zweckmässige Einzelanordnungen sind römisches Erbgut, so die Sachgewährleistungsansprüche auf Wandelung oder Minderung, die Trennung von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft (oben Zif. 3/c) und das Verständnis des Kaufrechts als eines weitgehend verselbständigten Sonderrechts (im alten Rom vorab entwickelt von der Marktpolizei-Gerichtsbarkeit der Aedile).

Das römische Kaufrecht war anscheinend nicht nur am Modell des Barkaufs, sondern des Marktkaufs orientiert, was z.B. eine Erklärung des sonst befremdlichen römischen Grundsatzes "periculum est emptoris" liefert. (dazu Bucher in ZSR 89/1970 p. 281-294). Das Marktkauf-Modell ist noch heute lebendig in Bestimmungen wie OR 211/II oder OR 214/I und III (unten Zif. III/2/a) sowie OR 210 (unten § 4/V/7).

b) Ausland

Die romanistischen Einflüsse (lit. a) wirken sich in allen kontinentalen Rechtsordnungen aus (neben Europa auch in Lateinamerika), was zu Uebereinstimmung in den Grundstrukturen führt. Eine Ausnahme macht die Frage der Trennung von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft (oben Zif. 3/c); hier führt der franz. Code Civil einen Schritt zurück, insofern er dem Kaufvertrag (wie den anderen auf Sachübereignung gerichteten Geschäften) nicht bloss obligatorische, sondern gleichzeitig auch sachenrechtliche Wirkung beilegt, dh. mit Abschluss des Kaufvertrags auch Eigentum übergehen lässt (frCC. art. 711, 1583). Diesem Beispiel sind keineswegs alle vom CC beeinflussten Kodifikationen gefolgt, jedoch immerhin z.B. Italien und Portugal (vgl. dazu auch die Hinweise OR/AT § 1/III und Anm. 4; A. Röthlisberger, Traditionsprinzip und Konsensprinzip bei der Mobiliarübereignung; Diss. Bern, Zürich 1982). - Eine die Eigentumsübertragung ausschliessende Parteivereinbarung wird von neueren Auffassungen zugelassen, ohne die Bedeutung des schweizerischen oder deutschen Eigentumsvorbehalts oder des agreement to sell (vgl. unten) zu erlangen (dazu Ferid, Bd. I p. 657).

Im angloamerikanischen Rechtskreis kein römischer Einfluss. Der Kauf wird (wie andere Verträge, die in unserem "Besonderen Teil" geregelt sind), mangels spezifischer Sondertradition weitgehend nach allgemeinen Vertragsprinzipien behandelt (was auch dann noch gilt, wenn Sondergesetze erlassen werden, wie die englische Sale of Goods Act, 1893 bzw. 1979 oder die Uniform Sales Act der USA). - In der Frage der dinglichen Wirkung des Kaufvertrages wird eine interessante Zwischenstellung eingenommen; es ist den Parteien anheimgegeben, ob mit Vertragsschluss Eigentum übergehen soll oder nicht. Dies ist zwar, ähnlich wie nach franz. CC, die Folge des normalen Kaufes (sale), indessen können die Parteien auch einen Kauf mit bloss obligatorischer Wirkung, gewissermassen als Vorvertrag zum dinglich wirkenden sale, schliessen (agreement to sell). - Die in romanistischer Tradition wurzelnde Gewährleistungspflicht des Verkäufers fehlt ursprünglich

(das "caveat emptor" des germanischen Rechts), später wird jedoch eine vertragliche Gewährleistungszusicherung/Garantie in den Kaufvertrag hineinprojiziert (warranty), welche mit Hinsicht auf Sachmängel und auch Sachmängel-Folgeschäden eine (über das auf dem Kontinent Gewohnte hinausgehende) vertragliche Schadenersatzpflicht aus Vertragsbruch (breach of warranty) auslösen kann. Die entsprechenden Ansprüche stehen grundsätzlich nur dem Käufer gegen den Verkäufer zu, jedoch wird im Rahmen der Produkthaftung (dazu auch unten § 4/IX) eine Ausweitung nach beiden Seiten angestrebt.

c) Bisherige Bestrebungen der internationalen Kaufrechts-Vereinheitlichung

Versuche, im überstaatlichen Bereich ein einheitliches Kaufrecht zu schaffen, reichen weit zurück; sie führten z.B. auch zur Gründung des "Römer Instituts" (Internat. Institut für die Vereinheitlichung des Privatrechts; "UNIDROIT", Institut international pour l'unification du droit privée) im Jahre 1928 und zu verschiedenen Entwürfen eines "Einheitlichen Kaufgesetzes". Vgl. dazu vorab zahlreiche Abhandlungen von E. Rabel, in Gesammelte Aufsätze Bd. III (Tübingen 1967), bes. Nr. 20 ff. p. 381 ff.

Am 1.7.1964 wurde das Haager Uebereinkommen zur Einführung eines Einheitlichen Gesetzes über den internationalen Kauf beweglicher Sachen (EKG; Uniform Law on the International Sale of Goods, "ULIS") geschlossen; die Schweiz gehört zwar zu den Signatarstaaten, hat indessen nie ratifiziert (so jedoch vorab Belgien, Deutschland, Israel, Italien, Luxemburg, die Niederlande und, unter Vorbehalt, Grossbritannien). Dieses Gesetz findet heute (noch) Anwendung bei internationalen Kaufverträgen (auch von Nicht-Kaufleuten), bei denen beide Parteien ihren Sitz in ratifizierenden Staaten haben (bei binnenstaatlichen Geschäften bleibt weiterhin das nationale Kaufrecht in Geltung). Vgl. aus der Literatur: E. v. Caemmerer u.a., Komm. zum EKG, hg. von H. Dölle, München 1976; Mertens/Rehbinder, Int. Kaufrecht, Komm. zu den EKG, Frankfurt/M. 1975; V. Stötter, Int. Einheits-Kaufrecht, München 1975. Der Erfolg des 1972 in Kraft getretenen EKG (sein Anwendungsbereich) war bescheiden.

d) Das Uebereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf ("Wiener Uebereinkommen" oder auch "Wiener Kaufrecht"; hier "WKR")

Für die künftige Kaufrechtspraxis in der Schweiz (wie weltweit im internationalen Verhältnis überhaupt) wird von grösster Bedeutung sein das am 11.4.1980 abgeschlossene Wiener Kaufrechts-Uebereinkommen (hier zit. "WKR"; IIUN Convention on Contracts for the international sale of goods" - "CISG"; franz. "Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandise"), das für die Vertragsstaaten seit 1.1.1988 in Kraft steht. Bereits sind die Nachbarländer Frankreich, Italien und Oesterreich Vertragsstaaten, während in Deutschland der Beitritt vorbereitet wird und in der EG allgemein Beitritt empfohlen ist; USA und zahlreiche Drittwelt-Länder sind ebenfalls beigetreten, in Europa noch Ungarn, Jugoslawien, Schweden und Finnland (während der Beitritt von Norwegen und Dänemark zu erwarten steht). In der Schweiz wird der Beitritt von Handel und Industrie befürwortet; die bundesrätliche Botschaft in Hinblick auf Genehmigung des Abkommens soll den Räten noch vor Ende 1988 unterbreitet werden. Zum kollisionsrechtlichen Anwendungsbereich unten lit. e.

In vorliegendem Zusammenhang soll im Hinblick auf die zu erwartende Bedeutung folgendermassen auf das WKR Bezug genommen werden:

- dessen Einordnung in die grossen (zwei Jahrtausende umspannenden) Entwicklungslinien des Kaufrechts im allgemeinen, gleich unten Zif. 6/c;
- kasuelle Bezugnahme auf das WKR innerhalb der Darstellung des Kaufrechts der §§ 3 und 4;
- ein kurzer Gesamtüberblick über das WKR unten § 5/VIII;
- ein Abdruck des Textes des WKR als Anhang.

e) Kollisionsrecht

Beim internationalen Kauf stellt sich die Frage, ob das Recht des Käufers oder Verkäufers anzuwenden sei. Die Schweiz hat mit Wirkung auf 27.10.1972 das Haager "Uebereinkommen betreffend das auf internationale Kaufverträge über bewegliche körperliche Sachen anzuwendende Recht" ratifiziert (SR 0.221.211.4); nach dessen Art. 3/I "untersteht der Kaufvertrag dem innerstaatlichen Recht des Landes, in dem der Verkäufer zu dem Zeitpunkt, an dem er die Bestellung empfängt, seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat." Es wird damit auf das Recht des Verkäufers als der die "charakteristische Leistung" erbringenden Partei abgestellt (als "nicht charakteristisch" gilt die Geldleistung der preiszahlenden Partei). Den Parteien steht es frei, das anwendbare Recht vertraglich abweichend zu bestimmen (Art. 2 des Uebereinkommens).

Im Falle einer vorbehaltlosen Uebernahme des "Wiener Kaufrechts" durch die Schweiz findet dieses nicht bloss Anwendung, wenn die Domizilstaaten von Käufer und Verkäufer dem Uebereinkommen beigetreten sind, sondern ebenfalls, wenn die massgeblichen IPR-Regeln auf das Recht eines Vertragsstaates verweisen (WKR Art. 1 lit. a und b). Im praktischen Ergebnis würde das bedeuten, dass alle schweizerischen Exportgeschäfte dem WKR unterstellt wären, die Importe hingegen, so weit, als sie von einem Verkäufer mit Domizil in einem Vertragsstaat stammen.

6. Entwicklungsgeschichtlicher Hinweis auf das kaufrechtliche Kernproblem: Inhalt der Pflicht des Verkäufers

a) Ausgangspunkt: Gegensatz zwischen Pflicht der Sachübertragung und Pflicht der Eigenschaftsgewähr

Sachübertragung ist der Kern jeglichen Kaufrechts (in vorliegendem Zusammenhang ist ohne Belang die Unterscheidung von faktischer Sach- bzw. Besitzübertragung und Eigentumsverschaffung, daher die untechnische Sammelbezeichnung "Uebertragung"). Dazu tritt als weiteres Element die (in verschiedenem Sinn rechtlich zu schützende) Erwartung des Käufers, dass die zu übertragende Sache bestimmte Eigenschaften aufweise, dh. eine Sachgewährleistung seitens des Verkäufers.

Diese beiden Elemente lassen sich problemlos vereinbaren, wenn die verkaufte Sache in ihrer Qualität beeinflussbar ist. Falls hingegen die Sachqualität vorgegeben und nicht beherrschbar ist, stehen die beiden Elemente in unvereinbarem Widerspruch: Die nicht qualitätskonforme Sache kann nur so geliefert werden, wie sie nun einmal ist; die Erfüllung der Sachübertragungspflicht ist nicht möglich ohne Verletzung der Erwartung, dass diese bestimmte Eigenschaften aufweise. Der Kauf technisch nicht beeinflussbarer Objekte muss deshalb anderen Regeln folgen als jener "technisch machbarer" Objekte.

Im Lauf der Geschichte (und zumal in unserem Jahrhundert). hat sich das Schwergewicht der Kaufverträge von den nicht beeinflussbaren zu den "machbaren" Kaufobjekten verlagert, was eine grundlegende Veränderung im Verständnis der primären Vertrags- (Verkäufer-)pflicht wie auch des Kaufrechts überhaupt bewirkt.

NOTA: Der hier herausgestellte Gegensatz bezieht sich nur auf den Stückkauf: beim Gattungskauf ist die zu liefernde Sache durch Vertrag noch nicht individualisiert, vielmehr der Verkäufer gehalten, diese in vertragskonformer Qualität zu beschaffen, was, Existenz oder "Machbarkeit" der fraglichen Gattung vorausgesetzt, immer möglich ist (vgl. dazu auch unten Zif. II/3, § 5/I), sodass der Gattungskauf hier dem Kauf in der Qualität beeinflussbarer Objekte zur Seite steht.

b) Romanistische und bisherige kontinentaleuropäische Tradition: ausgerichtet auf nicht "machbare" Kaufobjekte

Das Kaufmodell der römischen Antike ist ausgerichtet auf Objekte wie Sklaven, Tiere, Edelsteine oder Perlen, die insgesamt nicht verbessert werden können, weshalb Sachqualität auch nicht Bestandteil einer Verkäuferpflicht sein, ein "Sachmangel" keine Vertragspflichtverletzung bilden kann. In allen "ursprünglichen" Kaufrechten und zumal in der germanischen Ueberlieferung wird denn auch von der Sachqualität abstrahiert: "Augen auf - Kauf ist Kauf" usw.: Der Käufer soll sich vor Vertragsschluss überlegen, ob er die - wie auch immer beschaffene - Sache erwerben will oder nicht. - Es ist eine grosse Leistung des antiken römischen Rechts, nicht dabei stehen geblieben zu sein: Vom Aedilen als dem Oberhaupt der Marktpolizei (Kauf allgemein verstanden als Marktkauf; vgl. dazu unten Zif. VI/2 und dort zit.) werden die Sonderbehelfe der actio redhibitoria (Wandelung, dh. Rückgängigmachung des ganzen Geschäfts) und die actio quanti minoris (Klage "auf was die Sache weniger wert ist", unsere "Minderung", Preisreduktion) geschaffen (dazu unten § 4/VI); diese beiden Möglichkeiten werden aber nicht als Folge einer Pflichtverletzung des Verkäufers verstanden (daher dort grundsätzlich auch kein Schadenersatz wegen Nichterfüllung), sondern aufgrund des Umstandes gewährt, dass vertraglich eine andere Qualität vorausgesetzt war. Auch Schadenersatzansprüche des Käufers sind bereits vorgezeichnet, allerdings nicht infolge "Erfüllungsver schulden" als wohl vielmehr wegen Verwerflichkeit des Vertragsschlusses.

Unter den in der Antike, aber auch bis weit in die Neuzeit hinein gegebenen technologischen Voraussetzungen eines vorindustriellen Zeitalters bestand kein Anlass, über die römische Sachgewährleistung hinauszugehen; angesichts des Fehlens industriell gefertigter Massengüter war auch der Bereich des Gattungskaufs eng beschränkt.

c) Englischsprachiger Rechtskreis und WKR: Ausgerichtet auf "machbare" Kaufobjekte bzw. auf Gattungskauf

Im heutigen englischsprachigen Rechtskreis sind die Eigenschaften einer Kaufsache (bei "technisch beherrschbaren" Kaufobjekten, zumal bei "Gattungskauf") Bestandteil der Verkäuferpflichten; Lieferung einer Sache mit Mängeln stellt daher eine Vertragsverletzung dar und löst primär Schadenersatzfolgen aus. Falls die Abweichung der Qualität von der vertraglich vorausgesetzten gross genug ist, kann man auch die Schlechtlieferung (im Ergebnis ähnlich wie unsere Wandelung) als "fundamental breach" qualifizieren, dh. als einen schweren Vertragsbruch, der zur Auflösung berechtigt; Preisminderung wäre über Schadenersatz zu erreichen. Bei technisch nicht beeinflussbaren Kaufobjekten, dh. wo Eigenschaftsgewähr sachlogisch ausgeschlossen ist, wird eine solche nicht angenommen: Die ganze Verkäufergewährleistung ist auf beeinflussbare Objekte bzw. den Gattungskauf ausgerichtet.

Das WKR übernimmt grundsätzlich diese Tradition (wenn auch durch Wandelung/Minderung ergänzt); neben der technologischen Entwicklung ist hier zusätzlich massgebend, dass im internationalen Verkehr Gattungskäufe bei weitem im Vordergrund stehen (diese bestimmen auch weitgehend das englische Recht).

Hinweis: Die genannte Rechtslage des englisch-amerikanischen Rechts ist jungen Datums. "Sale" ist nicht, wie Kauf, schuldrechtlicher Vertrag, sondern primär dinglicher Uebereignungsakt (dazu oben Zif. 5/b), dem jede Sachgewährleistung fremd ist. Die Verkäuferpflicht der Gewährleistung bestimmter Eigenschaften ist eine zusätzlich hinzutretende schuldrechtliche "warranty" (Garantiezusage) hinsichtlich Eigenschaften der Sache; erst auf diesem Umweg der allgemeinen Vertragshaftung wird eine Sachmängelgewährleistung erreicht.

d) Gegenwärtiger Zustand des schweizerischen Kaufrechts

Die geschilderten Entwicklungslinien verdeutlichen das Zusammenspiel widerstrebender Elemente im gegenwärtigen schweizerischen Kaufrecht: Im Gesetz spiegelt sich romanistische Tradition: Wandelung und Minderung, die letzte ergänzt durch einen beschränkten sonderrechtlichen Schadenersatzanspruch (OR 208), jedoch unter Ausschluss der allgemeinen Vertragshaftung (OR 97 ff.). Die Praxis wollte dabei nicht stehen bleiben, sondern hat eine Nichterfüllungshaftung bis zu einem gewissen Grade zugelassen. Dabei wird allerdings zu wenig differenziert; insbesondere wird weder herausgestellt, worin die Vertragsverletzung, noch worin das Verschulden liegen soll:

- Bei Gattungskäufen (die immer mehr im Vordergrund stehen), ist eine Vertragshaftung i.S. schlichter Nichterfüllung problemlos gegeben, da Sachqualität zur Leistungspflicht gehört;
- bei Stückkäufen ist im Falle technischer Beeinflussbarkeit nicht auszuschliessen, dass die Parteien (durch explizite oder stillschweigende Zusatzabsprache) die Qualität zur Vertragspflicht erhoben haben (Verkauf einer Autooccasion "geprüft, erstklassiger Zustand"); sogar wenn die zugesicherte Qualität bei Vertragsschluss noch nicht gegeben gewesen wäre, hätte sie hergestellt werden können, daher Nichterfüllungstatbestand. Wenn indessen die Sachqualität nicht zu beeinflussen ist (Antiquität, Kunstwerk usw. ist nicht echt, der Wein von anderer Provenienz, das Pferd fünf Jahre älter als angegeben), kann dem Verkäufer nicht eine Verletzung vertraglicher Pflichten angelastet, sondern höchstens der Abschluss des Vertrages als solcher vorgeworfen werden. Vgl. dazu unten § 4/I/1 und VII/2/c).

e) Einfluss des "Wiener Kaufrechts"

Infolge seiner teilweisen Verwurzelung im englischsprachigen Rechtsbereich wie auch angesichts seiner primären Ausrichtung auf den Handel industriell gefertigter Güter ist das Kaufrecht ausgerichtet auf die Vertragspflichten des Verkäufers, welche (wenigstens im Regelfall) neben der Rechtzeitigkeit der Lieferung insbesondere auch das Vorhandensein der vertraglich vorausgesetzten Sachqualität umfassen, die nach den Regeln der Vertragsverletzung zu behandeln sind: Das in der bisherigen schweizerischen Praxis nur unter besonderen Voraussetzungen zulässige Konzept (dh. der Annahme einer zur Verkäuferpflicht i.e.S. hinzutretenden "Garantiezusage"; vgl. unten § 4/II/5) wird damit zum Regelfall, dem gegenüber (im Fall des Verkaufs eines vorgegebenen, technologisch nicht beeinflussbaren Kaufobjekts) der Fall der vom Verkäufer nicht zu gewährleistenden Sachqualität die Ausnahme bildet.

Das WKR wird aller Voraussicht nach Rückwirkungen auf das Verständnis des schweizerischen Kaufrechts (wie anderer nationaler Rechte) haben; dessen konsequentes Verständnis der Verkäufergewährleistung als Haftung für Nichterfüllung wird vielleicht ins Bewusstsein bringen, dass z.B. der traditionelle Gegensatz zwischen Gattungs- und Stückkauf überholt ist, die Struktur der Verkäuferpflicht, wie sie traditionell beim "Gattungskauf" verstanden wird, auf die Lieferung sämtlicher "technologisch beherrschbarer" Kaufobjekte (die einerseits "Unikate" umfassen; vgl. unten Zif. II/3/d), andererseits auch sachgewährleistungsrechtlich einen guten Teil der Stückkäufe ebenfalls einschliessen) übertragbar ist.

II. Kaufgegenstand und kaufobjektbezogene Sonderregelungen

1. Bereich möglicher Kaufobjekte

a) Körperliche Sachen

Der Kaufvertrag (und Wortlaut von OR 184/I) bezieht sich in erster Linie auf Gegenstände, an denen sachenrechtliches Eigentum besteht und übertragen werden kann, alle beweglichen und unbeweglichen Sachen des Sachenrechts. Dazu gehören auch Sachgesamtheiten, wie ein Geschäft mit Inventar oder ein Vermögen (wie in OR 181 rudimentär geregelt), worunter in der Tradition (Dig. 18,4) insbesondere auch der Kauf einer angefallenen Erbschaft (sc. der Gegenstände des Nachlasses, nicht der Erbenstellung als solcher) verstanden wird (der Verkauf einer noch nicht angefallenen Erbschaft ist gem. ZGB 636, wenn ohne Zustimmung des präsumptiven Erblassers geschlossen, "unverbindlich"; Vorbild ist der noch weitergehende franz. CC art. 1600: "On ne peut vendre la succession d'une personne vivante, même de son consentement").

NOTA: Die Trennung von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft (oben Zif. I/3/c führt dazu, dass Vertragsgültigkeit nicht voraussetzt, dass der Kaufgegenstand bei Vertragsschluss im Eigentum oder Besitz des Verkäufers steht (anders zwangsläufig franz. CC art. 1599); die Sache mag auch überhaupt noch nicht bestehen oder der Verkäufer subjektiv keine Möglichkeit haben, diese zu schaffen oder zu erwerben. -- Der Kaufvertrag über eine bei Vertragsschluss bereits dem Käufer gehörende Sache ist nach traditioneller Auffassung wegen Unmöglichkeit (OR 20/I) nichtig.

b) Rechte

aa) Es können absolute Rechte, Immaterialgüterrechte (Patente, Urheberrechte, Ansprüche aus Muster- und Modellschutz, Firmenschutz usw.) Gegenstand eines Kaufvertrages sein (vgl. dazu auch Lizenzvertrag oben § 2/VI, hinsichtlich Urheberrechte vgl. unten Verlagsvertrag § 11/II).

bb) Auch bei der Veräußerung von relativen Rechten spricht man von Forderungs"kauf"; indessen ist zu beachten, dass sich den kaufrechtlichen Vorschriften die Sonderbestimmungen des Zessionsrechts insbesondere betr. Gewährleistung (OR 171-173) überlagern (dazu OR/AT § 31/VI/3).

c) Sonstige geschützte Rechtsgüter

Die Vertragstypenfreiheit (oben § 2) führt dazu, dass in Ausweitung des traditionellen Begriffs des Kaufs heute nach kaum bestrittener Auffassung auch immaterialgüterrechtlich nicht geschützte Güter wie Verfahrensgeheimnisse, Rezepturen, sog. Goodwill und Kundschaft, ev. Informationen über den Kreis potentieller Kunden, sog. Know-how usw. Gegenstand eines Kaufvertrages sein können. Es darf indessen nur im übertragenen Sinn von Kauf gesprochen werden, dh. es können nicht sämtliche kaufrechtlichen Vorschriften ungeprüft angewendet werden (während die Zulässigkeit entsprechender Verträge aufgrund der Vertragsfreiheit ausser Zweifel steht).

Vertrag über Lieferung elektrischer Energie gilt nach BGE 76 II 107 als Kaufvertrag, wenn das EW "lediglich den Strom zur Verfügung zu stellen hat", während Werkvertrag angenommen wird, wenn die "vertragliche Leistung ... in der Herbeiführung eines bestimmten Erfolges" besteht.

d) Aktien

Werden Aktien verkauft, so bilden Kaufsobjekt die Wertpapiere bzw. die in ihnen verkörperten Rechte, nicht das beherrschte Unternehmen, mit der Wirkung, dass Verkäufer nur für "Mängel der Urkunde", nicht des Unternehmens, Gewähr leistet (so BGE 79 II 158; 107 II 422). Dies überzeugt nicht, wenn ein Paket mit beherrschender Wirkung oder gar die Gesamtheit der Aktien veräussert wird, in welchem Fall (i.S. des sog. "Durchgriffs") das beherrschte Unternehmen, nicht die Wertpapiere als Kaufgegenstand gelten sollten (in diesem Sinn, für GmbH-Anteile, BGHZ 65 p. 246, bes. 251 E. 2b). In der Praxis übernimmt der Verkäufer eines bedeutenden Aktienpaketes häufig durch Zusicherung bzw. Sonderabrede eine kaufrechtliche Gewährleistung bezogen auf das Unternehmen. Sodann kann gestützt auf die Unrichtigkeit von Annahmen betr. die kommerzielle Lage des Unternehmens allenfalls Willensmängel-Anfechtung in Betracht fallen (vgl. unten § 4/VIII; BGE 97 II 45, 107 II 422).

2. Kauf nicht bestehender Sachena) Untergegangene Sachen

Sachen, die im Moment des Vertragsabschlusses nicht mehr bestehen und nicht ersetzbar sind (d.h. beim Stückkauf), können nicht Kaufgegenstand sein: Ungültigkeit wegen Unmöglichkeit (OR 20/I und dazu OR/AT § 15/III). Abweichend die Praxis bei Nichtigerklärung verkaufter Patente, wo Vertragsgültigkeit und Rechtsmängelhaftung des Verkäufers angenommen wird (BGE 75 II 173, 57 II 404). - Keine Unmöglichkeit liegt vor, wenn im Rahmen von "Chancenverträgen" als Kaufgegenstand nicht eine bestimmte Sache selbst, sondern die Erwartung, eine solche zu erlangen, erscheint; vgl. dazu im folgenden lit b/bb zum "Hoffnungskauf" und OR/AT §23/III/4.

b) Erst künftig entstehende Sachen

aa) emptio rei speratae: Kauf einer erhofften Sache. Der Kauf geht auf den Kaufgegenstand selber, auch wenn dieser z.Zt. des Vertragsabschlusses noch nicht besteht. Der Kauf wird perfekt durch Erfüllung einer Suspensivbedingung bei Entstehung der Sache. Das Risiko der Qualität geht zulasten des Käufers (z.B. Füllen hat Geburtsfehler, Ernte/Fischzug fällt schlecht aus). Kauf wird aber hinfällig, wenn das Fohlen tot geboren wird.

- bb) *emptio spei*: Kauf der "Hoffnung", der Gewinnaussicht selber. Käufer trägt nicht nur die Gefahr der Qualität der Kaufsache, sondern auch deren Zustandekommens. Bei Fehlschlagen keine Unmöglichkeit der Erfüllung; die Hoffnung hat der Käufer ja gehabt.

Beide Lösungen sind möglich. Ob aa) oder bb) vorliegt, lässt sich nur dem ausdrücklichen oder aus den Umständen zu schliessenden Parteiwillen entnehmen. Gegenüber derartigen Geschäften, und bes. gegenüber Variante bb), bestehen traditionelle Vorbehalte, da aleatorisch; vgl. unten § 18.

3. Gattungskauf im Gegensatz zum Stückkauf

a) Unterscheidungskriterium: Art der Leistungsbestimmung im Vertrag

Der Gesetzgeber richtet das Kaufrecht auf den Normalfall des Stückkaufs aus, demgegenüber der Gattungskauf als Ausnahme erscheint (dazu unten § 5/I). Der Unterschied liegt in der Verschiedenheit der Bestimmung des Kaufgegenstandes (wie auch der Umschreibung der Leistungspflicht des Verkäufers; dazu oben Zif. I/6: Stückkauf (Spezieskauf) ist anzunehmen, wenn die Parteien ihren Vertrag auf einen konkreten Leistungsgegenstand ausrichten: eine bestimmte Liegenschaft, ein vor den Parteien stehendes Auto, ein Anzug wie vom Käufer probiert, die Kaufobjekte im Korb des an die Ladenkasse tretenden Kunden. Gattungskauf (Genuskauf) liegt dagegen vor, wenn der Leistungsgegenstand nicht durch Bezugnahme auf einen konkreten Kaufgegenstand, sondern durch Bezugnahme auf eine Sach-Gattung, dh. durch qualitative und quantitative Umschreibung des Kaufgegenstandes bestimmt wird (3000 mt Heizöl extraleicht, ein Kleid, wie im Katalog beschrieben in Nr. 42, 1 Stück des Fernsehers X, eine Förderpumpe bestimmter technischer Spezifikation nach Bestellnummer Y, 1 Automobil Typ Z in Farbe gelb usw.).

Die Gattung kann ihrerseits weiter oder enger umschrieben werden (z.B.: Wein - Rotwein - Bordeaux - Medoc - Château XY - Château XY Jahrgang 1985). Bei enger Umschreibung (insbes. wenn noch von Château XY 100 Liter aus einem ganz bestimmten Fass verkauft werden) spricht man von "begrenzter Gattungsschuld"; bei "Vorratsschuld" muss man darüber hinaus nur aus eigenen Beständen liefern; in welchen Fällen eine Annäherung an Stückschuld erfolgt. Vgl. dazu auch unten § 5/I/8.

b) Nicht massgebend: Sachqualität ("vertretbare Sachen")

Nach der Sachqualität kann man vertretbare und nicht vertretbare Sachen unterscheiden. Nicht vertretbare Sachen (Grundstücke, Autooccasionen, Oelgemälde, meist Grosstiere usw.) können nur Gegenstand eines Stückkaufes sein, da es sich um Unikate handelt, eine Gattung gar nicht vorhanden ist; umgekehrt sind vertretbare Sachen (Erdöl und all seine Derivate, landwirtschaftliche Erzeugnisse, Produkte industrieller Massenfertigung usw.) zwar meist Gegenstand eines Gattungskaufs (und nur sie können es sein), indessen ist es auch ohne weiteres möglich, dass darüber ein Stückkauf geschlossen wird (Kauf des Inhalts eines bestimmten Heizöltanks, Kauf der Konservenbüchsen wie im Einkaufskorb liegend usw.). Die Kategorien "Gattung"/"Stück" ("genus"/"species") haben nur im normativen Bereich, dh. bezogen auf die Art der Umschreibung des geschuldeten Leistungsinhalts ("Gattungsschuld" oder "Stückschuld" und davon abgeleitet "Gattungskauf" und "Stückkauf") Sinn; aus der faktischen Sachqualität kann nicht der geschuldete Leistungsinhalt bzw. der Vertragstypus bestimmt werden (verfehlt

daher die Vorstellungen von "Gattungssache" und "Stücksache", wenn damit ein Sachtypus und nicht die in einem konkreten Vertrag gattungs- bzw. stückweise bestimmte Sache gemeint ist).

c) Auswirkungen

Die Ausführungen in §§ 3 und 4 beziehen sich auf den Regelfall des Stückkaufs, während die Besonderheiten des Gattungskaufes (hinsichtlich Gefahrtragung, OR 185/II, Problem der Abgrenzung von Nichterfüllung und Schlechterfüllung, Nachlieferung, OR 206 usw.) unten § 5/I dargestellt werden. Der wichtigste Unterschied liegt darin, dass beim Gattungskauf die Qualität der gelieferten Sache Bestandteil der Leistungspflicht des Verkäufers bildet, was beim Stückkauf grundsätzlich nicht der Fall ist.

d) Gattungskauf von "Unikaten"?

Der Vollständigkeit halber ist anzumerken, dass sich die für Gattungskäufe charakteristische "Struktur" der Verkäuferpflicht im Rahmen von industriell gefertigten Kaufobjekten auch ausserhalb einer eigentlichen "Gattung" finden lässt: Falls ein bestimmtes Produkt anhand technischen Beschriebs verkauft wird, ist der Verkäufer zu vertragskonformer Lieferung gleichermassen verpflichtet, ob er ein Massenprodukt oder aber ein nur einmal herzustellendes Unikat leisten soll; selbst in letzterem Falle, obwohl von "Gattung" i.e.S. nicht gesprochen werden kann, schuldet er wie im Rahmen einer Gattungsschuld (vgl. auch OR/AT §9/VI/2 und Anm. 45). Immerhin wäre diesfalls Gefahrübergang nach den Regeln des Stückkaufs nicht zum vornherein auszuschliessen.

III. Pflichten des Käufers

1. Preiszahlungspflicht im allgemeinen

Hauptpflicht, ev. einzige Pflicht des Käufers. Erfüllungsort ist Domizil des Verkäufers zur Zeit der Erfüllung (Geldschulden als Bringschulden, OR 74/II Zif. 2). Zur Frage der Bestimmbarkeit des Preises, zur Preisgerechtigkeit vgl. oben Zif. I/4/b.

Gemäss der (praktisch kaum bedeutsamen) Sondernorm von OR 213/II wird die Kaufpreisschuld nicht nur aufgrund der allgemeinen Verzugsregeln (OR 102, 104), sondern auch dann verzinslich, "wenn die Uebung es mit sich bringt, oder wenn der Käufer Früchte oder sonstige Erträgnisse des Kaufgegenstandes beziehen kann." Im übrigen gelten die Regeln von OR 68-90. - Der Sinn von OR 213/II ist etwas schleierhaft (vgl. dazu Cavin p. 17/18). Man mag hier einfach die Bestätigung von OR 75 erblicken und im Falle der Lieferung auf Kredit folgern, dass mangels Vereinbarung eines bestimmten Zahlungsziels der Verkäufer sofort den Preis zu fordern berechtigt ist.

Zur Sonderregelung der Preisgefahr (Gefahrtragung des Käufers), dh. der Frage, von welchem Zeitpunkt an (ev. trotz Untergang der Sache) die Preiszahlungspflicht besteht, vgl. unten Zif. VI.

2. Rücktrittsrecht des Verkäufers bei Ausbleiben rechtzeitiger Preiszahlung

a) Voraussetzungen des Rücktrittsrechts (OR 214)

Bleibt der Kaufpreis aus, hat der Verkäufer nicht nach OR 102 ff., insbes. 107 vorzugehen; wahrscheinlich unter Einfluss der Ausrichtung des Kaufrechts auf den

Marktkauf werden dem Verkäufer in OR 214 schneidigere Behelfe zuerkannt (während für den Käufer bei Verzug unverändert OR 107 gilt): Rücktrittsmöglichkeit ohne Nachfristansetzung beim Praenumerandokauf und beim Barkauf (lit. aa und bb). Andererseits ist ihm beim Kreditkauf ein Vorgehen nach OR 107 (Nachfristansetzung, Rücktritt vom Vertrag und dgl.; vgl. OR/AT § 20/VI) überhaupt abgeschnitten (lit. cc).

Im Folgenden ist zu unterscheiden je danach, ob der Preis im voraus bzw. Zug um Zug oder aber im nachhinein zu bezahlen ist. Dabei gelten die jeweiligen Regeln auch dann, wenn bloss eine Teil-Rate (und nicht Gesamt-Preis) des Kaufpreises bei Verfall nicht geleistet wird (die vertragswidrige Nichteröffnung eines Akkreditivs - dazu auch unten § 15/VII - steht dem Ausbleiben einer Zahlung gleich).

aa) Vorauszahlung

Beim sog. Pränumerando-Kauf (prae-numerare: im voraus zählen/zahlen) kann der Verkäufer, sobald der Käufer sich mit der Preiszahlung in Verzug befindet, den Rücktritt erklären. Verzug zu verstehen i.S. von OR 102 (dazu OR/AT § 20/IV).

In Abweichung von allgemeinen Regeln (OR 107/8) hat der Verkäufer, "wenn er von seinem Rücktrittsrecht Gebrauch machen will, sofort Anzeige zu machen", dh. dem Käufer mitzuteilen, dass er infolge der Verzögerung von Lieferung absehe. Wird diese Mitteilung im Moment des Verzugseintritts gem. OR 102 versäumt, muss der Verkäufer nach OR 107 vorgehen und dem Käufer vor dem Rücktritt erst eine Nachfrist ansetzen (BGE 86 II 234).

Unterlässt der Verkäufer die Mitteilung des Rücktritts, ist das Geschäft wie ein Barkauf (folgend lit. bb) zu behandeln: Keine Lieferungspflicht ohne gleichzeitige Bezahlung aufgrund von OR 82, jedoch richtigerweise wohl auch Möglichkeit sofortigen Rücktritt im Moment des Anbietens der Kaufsache ohne Fristansetzung, wenn Käufer nicht zahlungsbereit ist.

bb) Zug-um-Zug-Zahlung

Barkauf ist das Geschäft, bei dem Käufer und Verkäufer gleichzeitig (Zug um Zug) leisten sollen.

Der Barkauf kann gleichzeitig Handgeschäft sein, bei dem der Leistungsaustausch unmittelbar auf den Vertragsschluss folgen soll. Ist der Käufer nicht in der Lage, die gekaufte (und vom Verkäufer angebotene) Ware sofort zu bezahlen, kann der Verkäufer diesfalls ohne weiteres durch Rücktrittserklärung den soeben geschlossenen Vertrag wieder aufheben (Marktkaufmodell!).

Ist beim Barkauf der Leistungsaustausch erst für einen künftigen Zeitpunkt vereinbart, kann der von OR 214/I vorausgesetzte Verzug nicht vor dem vertraglich für die beidseitige Erfüllung vorgesehenen Termin eintreten; sollte der Verkäufer die Ware früher anbieten, würde die fehlende Zahlungsbereitschaft des Käufers noch keine Rücktrittsbefugnis auslösen.

cc) Zahlung im Nachhinein

Beim Kreditkauf (Postnumerando-Kauf) hat der Verkäufer, der die Ware auf Kredit geliefert hat, beim Ausbleiben der Zahlung kein Rücktrittsrecht; die Sondervorschrift von OR 214/III schliesst diese in den allgemeinen Vertragsprinzipien gegebene Möglichkeit (OR 107) für den Kauf aus. - OR 214/III ist durch die Vorstellung veranlasst, dass der Käufer, der die Ware erhalten hat

und mangels eines Eigentumsvorbehalts auch ihr Eigentümer geworden ist, über die Sache soll verfügen können. Die Parteien können in Abweichung hiervon die Rückforderungsmöglichkeit vertraglich vorbehalten; geschieht dies, wird regelmässig auch ein Eigentumsvorbehalt (vgl. dazu unten Zif. V/5) verabredet (unterbleibt dies, so ergibt sich gemäss SchKG 212 Ungültigkeit des Rücktrittsvorbehalts i.S. von OR 214/III überhaupt). In der Verabredung eines Eigentumsvorbehalts kann die stillschweigende Vereinbarung der Rückforderung i.S. von OR 214/III erblickt werden (BGE 90 II 292), da dieser andernfalls sinnlos wäre. - Im Falle eines Vorbehalts i.S. von OR 214/III wird diese Regel ausgeschlossen; Verkäufer muss nach OR 107 vorgehen (Nachfrist!) und kann Rücktritt wählen (OR 109); kontrovers ist, ob auch Schadenersatz auf positives Interesse gefordert werden kann.

Der Ausschluss des Rückforderungsrechts muss dem Grundsatz nach auch dann gelten, wenn vertraglich zwar Voraus- oder Barzahlung vereinbart war, tatsächlich aber die Sachleistung dann doch wie bei einem Kreditkauf vor der Zahlung erfolgt; der Gesetzgeber stellt in OR 214/III nicht auf das vertraglich Vereinbarte, sondern auf die tatsächliche Sachübergabe ab. Einzelne Autoren (Oser/Schönenberger OR 214 N. 12; Keller/Lörtscher p. 40) postulieren entgegen dem Text die gegenteilige Lösung. Diese Auffassung übersieht, dass eine entgegen dem Vertrag auf Kredit erfolgende Lieferung grundsätzlich nicht einseitig durch den Käufer bewirkt, dh. durch den Verkäufer verhindert werden kann (OR 82!), damit aber, wenn der Verkäufer der Lieferung auf Kredit zustimmt, eine Vertragsänderung anzunehmen ist. Dem Gedanken der Kritiker ist in dem Sinne Rechnung zu tragen, dass man immer dann, wenn aufgrund der Umstände eine (bei Lieferung der Kaufsache stattfindende) Vertragsänderung von Barkauf (bzw. Pränumerandokauf) in Kreditkauf nicht angenommen werden kann, das Rückforderungsrecht als weiterbestehend betrachtet. Zu denken ist an den Fall, dass der Käufer die Ware abholt und diese ihm von (nicht vertretungsberechtigtem) Lagerpersonal herausgegeben wird. Ebenso wäre der Verkäufer an der Rückforderung nicht gehindert, wenn er sich bei der Sachherausgabe in der irrigen Annahme befand, Zahlung sei bereits erfolgt, so dass gerade deshalb kein vertragsändernder Wille angenommen werden kann. Jedenfalls bleibt die Rückforderungsmöglichkeit gewahrt, wenn der Verkäufer bei der vorzeitigen Sachübergabe einen entsprechenden Vorbehalt anbringt (so auch Becker, OR 214 N. 7).

b) Schadenersatzansprüche des auf die Vertragsabwicklung verzichtenden Verkäufers

aa) Allgemeiner Grundsatz des Anspruchs auf negatives Interesse bei Rücktritt

Tritt der Verkäufer gemäss oben lit. a (aa und bb) von der Vertragsabwicklung zurück, braucht er zwar die verkaufte Sache nicht zu liefern, erhält aber auch keinen Kaufpreis. In der Sicht des historischen Gesetzgebers ist er für den ihm aus dem Dahinfallen des Geschäfts entstehenden Verlust i.S. des negativen Interesses zu entschädigen (dh. so zu stellen, wie wenn er nie den Vertrag geschlossen hätte), dh. er kann die Kosten und Umtriebe des Vertragsschlusses und die Aufwendungen im Hinblick auf die Vertragserfüllung (ev. unter Einschluss der Nachteile anderweitig versäumter Verkaufsgelegenheiten) verlangen, nicht aber den entgangenen Gewinn; er kann nicht verlangen, so gestellt zu werden, wie wenn der Vertrag richtig abgewickelt worden

wäre (dh. kein Ersatz des sog. positiven Interesses). Dies ist die ursprüngliche Auffassung des Rücktritts vom Vertrag i.S. von OR 107 mit den Wirkungen gem. OR 109, die auch für den Rücktritt gem. OR 214 gelten.

bb) Anspruch auf Ersatz positiven Interesses ? - "Differenztheorie"

Eine im Rahmen von OR 107 entwickelte neuere Auffassung entbindet den wegen Verzugs auf die Vertragsabwicklung verzichtenden Gläubiger vom Zwang, den Rücktritt (mit den Folgen des Verlusts des Erfüllungsanspruchs bzw. des Anspruchs auf das positive Interesse) zu wählen und eröffnet die Möglichkeit, auch bei Festhalten am Vertrag (unter Verzicht auf die verspätete gegnerische Leistung) das positive (Erfüllungs-) Interesse zu fordern; diese sog. Differenztheorie besagt im Ergebnis, dass man im Falle der Wahl (OR 107) des Verzichts auf die nachträgliche Leistung und Fordern des wegen Nichterfüllung entstandenen Schadens (positives Interesse) seine eigene Leistung verweigern bzw. diese gewissermassen als Verrechnungsposten vom eigenen Schadenersatzanspruch abziehen und sich auf das Fordern der Differenz beschränken könne. Vgl. dazu OR/AT § 20/VI/7/a und Cavin p. 57 f. - Uebernimmt man diese Auffassung und hält sie auch auf den Sondertypus des Kaufs anwendbar, ist immerhin vorauszusetzen, dass der sich nicht auf das negative Interesse beschränkende Verkäufer nicht nach OR 214, sondern OR 107 vorgeht (dh. dem Käufer Nachfrist ansetzt, wenn nicht OR 108 davon entbindet) und auch, dass er bei der Erklärung des "Rücktritts" zum Ausdruck bringt, dass dies nicht i.S. einer Vertragsauflösung geschieht, und er nicht bloss Ersatz negativen, sondern positiven Interesses beansprucht (vgl. dazu OR/AT § 20/VI/6 und Anm. 181/2). Praktische Bedeutung beschränkt auf Schaden, der über den gesetzlichen Verzugszins (5%) hinausgeht!

c) Schadenersatzanspruch des Verkäufers im kaufmännischen Verkehr (OR 215)

Für den "kaufmännischen Verkehr" (heisst wohl: Vertrag beidseits von Kaufleuten geschlossen und ihren Geschäftsbereich betreffend) statuiert OR 215 ausdrücklich die Lösung der Differenztheorie (oben lit. b/bb): Der auf die verspätete Zahlung des Käufers und damit Vertragsabwicklung verzichtende Verkäufer kann die Differenz zwischen dem Erlös anderweitigen Verkaufs des Kaufobjektes (bzw. dessen Markt- oder Börsenpreis, Abs. II) und dem vereinbarten Kaufpreis fordern, womit dem Verkäufer das Erfüllungsinteresse gesichert wird. Im übrigen genügt hier eine blosser Verzichtserklärung des Verkäufers; Ansetzung einer Nachfrist (oben lit. b/bb) ist nicht gefordert.

3. Nebenpflichten des Käufers

a) Pflicht des Käufers zur Abnahme des Kaufgegenstandes?

Geteilte Meinungen darüber, ob der Käufer bloss zur Preiszahlung oder aber auch zur Abnahme der Ware verpflichtet sei (aus der Literatur: Cornelia Bommer, Annahmepflicht des Käufers, Diss. Bern 1970). OR 211 spricht von einer Pflicht, die Ware "anzunehmen", umgekehrt wird diese Pflicht in OR 184/I nicht erwähnt. Richtigerweise ist die Frage nicht aufgrund des Gesetzes und "abstrakt", sondern durch Vertragsauslegung von Fall zu Fall zu beantworten; die Parteien können verabreden, wozu immer sie Lust haben. Im häufigsten Fall hat der Verkäufer keinerlei Interesse an der Abnahme der Ware, sondern -abgesehen vom Preis--lediglich Interesse an seiner Befreiung; diesbezüglich gelten die Regeln über

den Gläubigerverzug (OR 91-95; dazu OR/AT § 19). Selbst wenn eine "Abnahmepflicht" angenommen wird, ist immer noch die Frage nach deren Natur, heisst aber: nach den bei Verletzung platzgreifenden Sanktionen, offen: Bei Annahme einer vertraglichen Nebenpflicht kann nur Schadenersatz verlangt werden; bei Annahme einer vertraglichen Hauptpflicht hingegen kommt zusätzlich ein Vorgehen nach OR 107 (Rücktritt vom Vertrag) in betracht. Dies schliesst m.E. nicht auch bereits einen Anspruch auf Realexekution ein, der vielmehr auf den Ausnahmefall expliziter Statuierung einer Abnahmepflicht zu beschränken ist. Im statistisch häufigsten Fall wird man eine Abnahmepflicht überhaupt verneinen müssen, im übrigen aber im Zweifel zugunsten einer Nebenpflicht entscheiden.

b) Sonstige Nebenpflichten

Solche können vertraglich verabredet sein oder sich aus den Umständen ergeben. Pflicht der Verwahrung oder gar des Verkaufs der mangelhaften Ware (OR 204). Ev. müssen "Gebinde" u.dgl. zurückgesandt werden. - Vgl. auch BGE 96 II 115 ff.: "Komplett neutrale Verpackung" als eigenständige Nebenabrede.

IV. Pflichten des Verkäufers

1. Ueberblick über die Verkäuferpflichten; Rechtsfolgen der Nichterfüllung

a) Sach- und Rechtsverschaffungspflicht

aa) Grundsatz: Die Sachübertragungsfunktion des Kaufs bedingt die Pflicht zur Uebertragung der faktischen Sachherrschaft (Besitz- oder Sachverschaffungspflicht); sodann muss das Eigentum übertragen werden (Eigentums- oder Rechtsverschaffungspflicht). Zu Einzelheiten unten Zif. 2 und 3. Bei atypischen Kaufverträgen kann das faktische oder rechtliche Element fehlen (weder Rechts- noch Sachübertragung beim Kauf eines rechtlich nicht geschützten Rezeptes, keine Sachübertragung beim Kauf eines Patentes).

bb) Nichterfüllungsfolgen: Erfüllt der Verkäufer nicht freiwillig, kann der Käufer grundsätzlich nach den Regeln des AT vorgehen, dh. auf Realerfüllung klagen, Schadenersatz geltend machen und nach OR 107 vorgehen (vgl. dazu OR/AT § 20). Der Anspruch auf Gegenleistung (Preis) setzt bei Fahrnis allerdings nicht Eigentumsübergang voraus, sondern wird allein durch faktische Sachübertragung ausgelöst. Ist beim Stückkauf die Sache übergeben worden (oder ist sie nach Vertragsschluss untergegangen), oder beim Gattungskauf ausgeschieden bzw. versendet, ist der Preis geschuldet, auch wenn ein Eigentumsübergang nicht erfolgt. Vom Zeitpunkt der faktischen Sachübertragung an, ist mangelnder Eigentumserwerb nach den Regeln der Rechtsgewährleistung (OR 192-196; unten § 4/III) zu beurteilen, Sanktionen sind auf den Fall der Gefahr der Eviktion/Entwehrung beschränkt.

b) EXKURS: Eigenschaften der Kaufsache (beim Stückkauf) sind grundsätzlich nicht Bestandteil der Verkäuferpflichten.

Im Normaltypus des Kaufs (Stückkauf) werden zwar bei Vertragsschluss gewisse Eigenschaften der Kaufsache vorausgesetzt oder deren Vorhandensein gar vertraglich zugesichert; das bedeutet jedoch nicht, dass diese Sacheigenschaften Bestandteil der Verkäuferpflichten würden, dieser verpflichtet würde, die Sache mit den zugesicherten Eigenschaften zu liefern; vgl. dazu oben Zif. 1/6.

Es ist deshalb gedanklich unscharf und Quelle von Missverständnissen, das Vorliegen von Mängeln bei der gelieferten Sache als Pflichtverletzung des Verkäufers, als Leistungsstörung o.dgl. darzustellen. Geschuldet wird die Sache als solche, nicht ein Bündel von Eigenschaften, welche diese Sache ausmachen (umgekehrt jedoch beim Gattungskauf, unten § 5/I).

In romanistischer (wenn auch vielleicht nicht klassischer) Diktion: Die Pflicht des Verkäufers ist "dare" (Uebergabe/Uebereignung der Kaufsache), nicht "praestare" (prästieren i.S. von Garantieübernahme als Gewährleisten eines bestimmten Erfolges, sc. des Vorhandenseins/Fehlens bestimmter Eigenschaften. Ursprung von "praestare" ev. nicht "prae-stare", sondern "praes-stare", "als Bürge hintreten").

Das Spannungsverhältnis zwischen der klassischen Konzeption des Kaufs als eines auf "dare" gerichteten Geschäfts und eine der modernen "Konsumentenmentalität" näherliegenden Konzeption des "praestare" macht eine der Hauptschwierigkeiten der Erfassung dieses Vertragstypus aus. - Im folgenden wird die traditionelle Konzeption, die jene des historischen Gesetzgebers ist, zum Ausgangspunkt der Darstellung genommen und die entgegengesetzte Tendenz als Ausnahme verstanden. - Allen Abschwächungen in Randbereichen zum Trotz sind die nachstehend genannten Folgerungen aus der traditionellen Konzeption (Sachqualität nicht Verkäuferpflicht) unbestritten und bereits hier herauszustellen:

- Mängel der Kaufsache begründen keinen Nichterfüllungstatbestand i.S. des allgemeinen Teils, jedenfalls kein Vorgehen nach OR 102, 107 usw. Das Fehlen zugesicherter Eigenschaften kann auch keine weder anfängliche noch nachträgliche Unmöglichkeit (OR 20/I, 119) begründen (im Fall fehlender Echtheit eines Bildes beides einlässlich begründet in BGE 82 II 415 ff., 419). Es ist daher gedanklich unscharf, im Falle von Lieferung mangelbehafteter Ware von Schlechterfüllung zu sprechen (oder "unrichtige Erfüllung", so neuestens BGE 107 II 421).
- Weil Sachmängel grundsätzlich keine Leistungspflichtverletzung darstellen, braucht es kaufrechtliche Sonderregeln; die Gewährleistungsprinzipien von OR 192-210 statuieren eine verschuldensunabhängige Haftung ("Gewährleistung") des Verkäufers (dazu unten § 4). Offen ist dabei die Frage, in welchem Umfang die Haftung von OR 97 ff. als ergänzendes Recht neben die kaufrechtliche Haftung hinzutreten soll (dazu unten § 4/VII).
- Die Auffassung, dass Sachqualität weder zur Leistungspflicht gehört noch beeinflussbar ist, erklärt auch, dass bei Sachmängeln weder der Käufer Anspruch auf faktische Mangelbehebung (Reparatur) seitens des Verkäufers hat, noch dieser sich durch Anbieten der Mangelbehebung seiner Verkäuferhaftung entschlagen kann (unten § 4/VI/1).

c) Rechtsfolgen bei Nichterfüllung der Verschaffungspflichten des Verkäufers

Der Fall des Ausbleibens der Erfüllung seitens des Verkäufers ist nicht, wie das Ausbleiben der Preiszahlung seitens des Käufers (vgl. OR 214 und oben Zif. III/2), einer Sondernormierung unterstellt, vielmehr gelten die allgemeinen Regeln, insbesondere OR 97 ff. (Sonderregelung jedoch für den kaufmännischen Kauf: OR 190/91, unten Zif. 5). Dem Käufer steht neben dem Anspruch auf Erfüllung (mit der Möglichkeit der Realexekution) verbunden mit Schadenersatz wegen Verspätung auch die Möglichkeit des Verzichts auf die Abwicklung nach OR 107 offen (vgl. OR/AT § 20/VI/5).

2. Sachverschaffungspflicht

a) Rechtsnatur

Der Verkäufer muss dem Käufer die faktische Möglichkeit der Beherrschung und Nutzung der gekauften Sache verschaffen. Kein Rechtsgeschäft, sondern Realakt (Einräumung faktischer Sachherrschaft und Preisgabe des eigenen Besitzerwillens). Daher keine Willensmängel, Handlungsfähigkeit nicht erforderlich usw.

Bei körperlichen Sachen ist die Uebergabe der Sache notwendig, die zu deren Besitz führt, und bei Grundstücken muss dem Erwerber das freie Betreten der Liegenschaft ermöglicht werden; prinzipiell dürften ohne Gegenabrede auch keine Mietverträge, die vom Erwerber in gewissem Umfang respektiert werden müssen (OR 259/II), bestehen.

Die Uebergabe der Sache kann ersetzt werden durch die Uebertragung von Warenpapieren, dh. Wertpapieren, die das Recht auf den Besitz der Ware repräsentieren (z.B. Konnossemente, Ladescheine, Lagerscheine). OR 1152-1155, Wertpapierrecht. Das Warenpapier verkörpert den Anspruch auf Besitz (nicht Eigentum) an der Ware.

b) Ort der Uebergabe/Erfüllungsort (OR 74)

- primär Parteiwille massgebend;
- dispositive gesetzliche Regelung von OR 74/II: Bei Stückkauf Ort der Sache bei Vertragsschluss, bei Gattungskauf Domizil des Verkäufers. Die Verkäuferschuld ist demnach Holschuld, sofern nicht andere Abrede eine Bringschuld begründet, dh. das Käuferdomizil zum Erfüllungsort macht.

c) Sonderfall des Versendungskaufs

Statt der vermutungsweise bestehenden Holschuld (OR 74) wird hier eine "Schickschuld" begründet. Erfüllungsort ist auch hier das Domizil des Verkäufers; dh. die Schickschuld ist keine Bringschuld (vgl. auch OR/AT § 18/VII/5). Dieser hat jedoch die Nebenpflicht, die Ware zu versenden (Beauftragung eines Frachtführers). Kostentragung nach Verabredung, vermutungsweise seitens des Käufers (bei Kostentragung des Verkäufers sog. Franco-Klausel).

Durch die Regel von OR 185/II, die auf Versendungskauf Bezug nimmt, wird nur der Gattungs-, nicht der Stückkauf betroffen; bei diesem bleibt die Regel der Gefahrtragung des Käufers (OR 185/I) erhalten (dazu unten Zif. VI).

3. Rechtsverschaffungspflicht

Bei allen körperlichen Sachen muss neben die faktische Sachbeherrschung auch das volle dingliche Recht auf die Sache, das Eigentum hinzutreten. Die Verschaffung des Eigentums allein genügt nicht: es muss das unbeschwerte Eigentum sein, dh. die Sache darf nicht mit beschränkten dinglichen Rechten Dritter (z.B. Pfandrechte, Dienstbarkeiten) belastet sein. Vgl. zur Eigentumsübertragung unten Zif. V. Die Erfüllung der Rechtsverschaffungspflicht ist Voraussetzung der Vermeidung der Rechtsgewährleistung i.S. von OR 192 ff. (unten § 4/III), nicht jedoch Bedingung der Erlangung des Preisanspruchs durch den Verkäufer oder dessen Befreiung; dazu vgl. Uebergang der Preis- und Leistungsgefahr, unten Zif. VI/1f./8.

4. Nebenpflichten

Vorab Pflicht, die verkaufte, aber noch nicht gelieferte Sache sorgfältig zu verwahren (Grund: Gefahrtragung des Käufers; vgl. unten Zif. VI) und den Käufer allenfalls zu orientieren, wenn die Sache untergeht oder sich verschlechtert. Sodann, falls stipuliert, Pflicht der Verpackung des Kaufgegenstandes, der Veranlassung des Transports (Versendungskauf; vgl. oben Zif. 2/c), der Beschaffung von Dokumenten oder von Ein- oder Ausfuhrbewilligungen, der Verzollung der Ware usw. Besonders wichtig sind Nebenpflichten bei den Lieferklauseln (unten § 5/VII). Weist die verkaufte Sache dem Käufer nicht bekannte Eigentümlichkeiten auf, ist der Verkäufer allenfalls verpflichtet, bei der Ablieferung den Käufer zu orientieren, um diesem einen sinnvollen und insbesondere risikofreien Sachgebrauch zu ermöglichen.

5. Sondervorschriften betr. Verzugsfolgen im kaufmännischen Verkehr (OR 190, 191)

a) Vermutung des Verzichts auf nachträgliche Leistung (OR 190)

Beim sog. Fixhandelskauf, dh. dem unter Kaufleuten geschlossenen Kauf, bei welchem "die Leistung ... genau zu einer festbestimmten Zeit oder innerhalb einer festbestimmten Frist bewirkt werden soll" (deutsches HGB § 376/I), ist bereits aufgrund der Regel von OR 108 Zif. 3 der Käufer, der die Ware am fixbestimmten Termin nicht erhalten hat, von der Ansetzung einer Nachfrist dispensiert.

b) Verkäuferverzug im kaufmännischen Verkehr (OR 190)

In Abweichung von der allgemeinen Regel von OR 107 statuiert OR 190/I eine Vermutung, dass der Käufer das ihm zustehende Wahlrecht im Sinne eines Verzichts auf die nachträgliche Leistung ausübe (und zwar nicht i.S. des Rücktritts, sondern unter Wahrung des Schadenersatzanspruchs auf das Erfüllungsinteresse); will der Käufer seinen Erfüllungsanspruch behalten, kann er diese praesumptio iuris nur durch "unverzügliche Anzeige" an den Verkäufer ausschliessen (OR 190/II). Diese (unter dem Einfluss des deutschen HGB in der Revision von 1911 eingeführte) Regel ist problematisch, da sie in manchen Fällen der Interessenlage des Käufers nicht entsprechen wird.

Zurückhaltende Anwendung von OR 190 ist daher geboten und die allgemeine Regel von OR 107 immer dann anzuwenden, wenn nicht eine hohen Anforderungen genügende "fixe" Bestimmung des Liefertermins (vgl. den diesbezüglich deutlicheren Text von HGB § 376/II) vorliegt und die verabredete Leistungszeit für beide Parteien erkennbar so wesentlich ist, dass mit deren Einhaltung der ganze Vertrag "stehen und fallen" soll. Insbesondere muss die Anwendung von OR 190 entfallen, wenn dem Verkäufer erkennbar ist, dass der Käufer an einer, wenn auch verspäteten, Lieferung immer noch Interesse haben kann oder wenn der Vertrag kauf-fremde (z.B. werkvertragsrechtliche) Elemente aufweist. Die (durchwegs über fünfzig Jahre zurückdatierende) Bundesgerichtspraxis (BGE 41 II 677 E. 6; 42 II 243; 43 II 172 E. 2 und 229 E. 3; 44 II 174 Abs. 2; 45 II 439; 46 II 165/7; 49 II 228 Abs. 2) stellt wohl an die imperative vertragliche Bestimmtheit des Liefertermins nicht durchwegs hinreichend hohe Anforderungen.

c) Schadenersatzberechnung (OR 191)

Die auch für Nichtkaufleute geltende Vorschrift von Abs. I bringt gegenüber OR 97 f. nichts Neues. In Abs. II wird dem Kaufmann als Schadenersatzanspruch die Differenz zwischen Vertragspreis und Preis der Ersatzanschaffung zuerkannt (kon-

krete Schadensberechnung); nach Abs. III kann beim Vorhandensein eines Marktpreises ohne Ersatzanschaffung die Differenz zwischen diesem und dem Vertragspreis gefordert werden (abstrakte Schadensberechnung).

V. EXKURS: Eigentumsübergang beim Kauf

Zu den Lösungen des Auslandes vgl. oben Zif. I/5/b und OR/AT § 1/III.

1. Praktische Bedeutung der Fragestellung

Die Frage, in welchem Zeitpunkt (aufgrund welcher Elemente) Eigentum am Kaufgegenstand übergeht bzw. wem in einem bestimmten Zeitpunkt das Eigentum zusteht, spielt eine Rolle vorab hinsichtlich der sachenrechtlichen Eigentumsherrschaft über die Ware und der Frage, ob diese im Falle des Konkurses des Käufers in die Konkursmasse fällt (vgl. hier aber die autonome konkursrechtliche Regel von SchKG 203, "right of stoppage in transitu" sowie die frachtrechtliche Regel von OR 443; dazu unten § 13/IV/4, 5). Nicht massgebend ist dagegen die Eigentumsfrage für die Gefahrtragung (dazu unten Zif. VI) bzw. Preiszahlungspflicht im allgemeinen.

Zur Rechtsstellung des Dritterwerbers im Falle der Veräusserung der Sache durch einen Nichtberechtigten (Nichteigentümer) vgl. unten Zif. 6.

Lösungsmöglichkeiten:

Eigentumsübergang bei: - Vertragsabschluss? - Sachübergabe? - Zahlung des Kaufpreises?

2. Negative Feststellung: kein Eigentumsübergang:

a) Bei Vertragsabschluss

Der Kaufvertrag bewirkt nach der Konzeption des OR lediglich eine Pflicht zur Eigentumsübertragung, nicht aber diese selbst: Verpflichtungsgeschäft.

b) Bei Bezahlung des Kaufpreises

Grundsätzlich ist die Frage, ob Kaufpreis bezahlt sei oder nicht, für Eigentumsübergang unerheblich. Anders bei Eigentumsvorbehalt (vgl. unten Zif. 5); anders auch im älteren römischen Recht, wo gültiger Eigentumserwerb Zahlung der Kaufpreisschuld (ev. Tilgung der Kaufpreisschuld durch Stipulation, dh. Novation) voraussetzt (Modell des Kaufs als Barkauf).

3. Positive Feststellung: die Bewirkung des Eigentumsüberganges

a) Vorbemerkung: Ausgangspunkt ist der Gegensatz Verpflichtungsgeschäft - Verfügungsgeschäft

Kaufvertrag verschafft nicht Eigentum, sondern begründet die Pflicht zur Eigentumsverschaffung (Verpflichtungsgeschäft); die Erfüllung der Pflicht, die Eigentumsübertragung, ist nicht eine schuldrechtliche, sondern eine sachenrechtliche Erscheinung (Verfügungsgeschäft), die im Sachenrecht geregelt ist (vgl. OR/AT § 4/VIII).

Rechtsvergleichung: Anders die Verhältnisse im Bereich des franz. CC sowie im englischen Sprachbereich ("sale" als Vertrag mit Uebereignungswirkung); vgl. dazu oben Zif. I/5/b; Deutschland und Oesterreich stimmen mit der Schweiz überein (BGB § 929; ABGB §§ 426 und 1053).

b) Eigentumsübertragung bei Grundstücken

Verpflichtungsgeschäft: Kaufvertrag der öffentlich beurkundet sein muss (vgl. § 5/III/2)
 Verfügungsgeschäft: Veranlassung der Eintragung in Grundbuch ZGB 656/I, 963/I; BGB §§ 873, 925 f. ("Auflassung")

c) Eigentumsübertragung bei Fahrnis

Verpflichtungsgeschäft: Kaufvertrag
 Verfügungsgeschäft: Eigentumsübertragungsakt: 1. Uebergang der faktischen Sachherrschaft unter 2. beidseitigem Willen, dass damit auch Eigentum übergehen solle. ZGB 714/I; BGB § 929.

NOTA: Zum bloss faktischen Element (Tradition) tritt auch ein rechtsgeschäftliches hinzu; sog. "dinglicher Vertrag", da Konsens hinsichtlich Eigentumsübergangs notwendig (Uebergang der Sache durch Zufall oder Eigenmacht des Erwerbers würde nicht Eigentumsübergang bewirken). Vgl. weiterhin Liver, SPR V/1 p. 318 ff; OR/AT § 9/IV/3 mit Anm. 34 und § 18/III.

d) Sonderfälle von Traditionssurrogaten bei Fahrnisübereignungaa) brevi manu traditio ("kurzer-Hand-Uebergabe")

Die Sache befindet sich bereits beim Käufer. Für den Eigentumsübergang entfällt also die Besitzübertragung, doch muss der Wille, dass Eigentum übergehen soll, ausgedrückt werden, damit dieser Erfolg eintritt. Dieser Wille kann auch im voraus gebildet und unter eine Suspensivbedingung gestellt werden (Eigentumsvorbehalt = Eigentumsübergang, jedoch erst bei voller Bezahlung; vgl. unten Zif. 5.

bb) Besitzanweisung; ZGB 924

Die Sache befindet sich bei einem Dritten, der vom Veräusserer angewiesen wird, sie dem Erwerber herauszugeben. Besonders wichtig als Sonderfall der Besitzanweisung ist Uebertragung des Besitzes durch Uebertragung eines Warenpapiers (Konnossement, bill of lading; Ladeschein, Lagerschein), das Anspruch auf Besitz repräsentiert. Vgl. ZGB 925 und oben Zif. IV/2. Traditio per chartam für Besitzübertragung bereits im fränkischen Recht. "Longa manu traditio" für verwandte Tatbestände im römischen Recht.

cc) constitutum possessorium (Besitzeskonstitut); ZGB 924

Es soll zwar das Eigentum auf den Käufer übergehen, die Sache jedoch noch beim Veräusserer bleiben. Gefahr der Umgehung des Verbots des besitzlosen Pfandes: Besitzeskonstitut nur zugelassen, wenn bei Eigentumsübertragung ein Rechtsverhältnis besteht, das dem Veräusserer Anspruch auf Besitz einräumt (z.B. Mietvertrag, Reparaturauftrag o.dgl.), und wenn überdies nicht eine Benachteiligung Dritter (= Gläubiger) oder eine Umgehung des Verbots des besitzlosen Pfandes beabsichtigt ist (ZGB 717). Mit dieser Schutzvorschrift nimmt es die Praxis zu wenig ernst; Gläubigerbenachteiligungen mittels Besitzeskonstituts ist vielerorts Tür und Tor geöffnet.

4. Die Eigentumsverhältnisse bei Hinfälligkeit des zugrunde liegenden Kaufvertrages

Sind Abschluss des Kaufvertrages und Uebereignungsakt zu unterscheiden, stellt sich die Frage, ob beim Dahinfallen des Kaufvertrages (Verpflichtungsgeschäft) die Eigentumsübertragung (Verfügungsgeschäft) trotzdem gültig bleibt. Es werden zwei Systeme unterschieden:

- "abstrakt": Eigentumsübergang bleibt auch bei Ungültigkeit eines Rechtsgrundes aufrecht und besteht losgelöst von diesem.
- "kausal": (würde besser heissen "causa-bedüftig" oder "rechtsgrund-abhängig") Eigentumsübergang ist nur wirksam, wenn ein gültiger Rechtsgrund ("causa") vorliegt.

Praktische Folgen: Wenn ein Vertrag (Verpflichtungsgeschäft) nicht zustande gekommen ist oder nachträglich dahinfällt (z.B. Irrtumsanfechtung), ist die Uebereignung bei "kausaler" Natur nichtig (dingliche Wirkung der Vertragsungültigkeit; Veräusserer ist Eigentümer geblieben, er kann die Sache vindizieren). Bei "abstrakter" Konzeption bleibt das Eigentum des Erwerbers vorerst bestehen und ist nach Bereicherungsgrundsätzen (OR 62 - 67) rückzuerstatten (lediglich obligatorische Wirkung der Vertragsungültigkeit). Der Unterschied zeigt sich im Konkurs des Empfängers.

Schweiz: Die Eigentumsübertragung ist kausal (gesagt in ZGB 974 für Grundeigentum). Gleicher Grundsatz gilt in der Praxis seit BGE 55 II 306 auch für Fahrniseigentumsübertragung.

Ausland: Nach deutschem BGB ist Eigentumsübergang abstrakt, dagegen nach oesterreichischem ABGB §§ 380, 424), wie in der Schweiz, kausal.

NOTA: Die bei der schweizerischen "kausalen" Konzeption aus dem Fehlen des Rechtsgrundes folgende Nichtigkeit der Eigentumsübertragung ist auf die Fälle echter Vertragsnichtigkeit i.S. originärer Nichtexistenz des geschlossenen Vertrages zu beschränken, was bei Nichtigkeit infolge Verstosses gegen OR 20 sowie fehlenden Konsenses ("Dissens") zutrifft. Die einzige Ausweitung, die sachgerecht ist, betrifft die Willensmängelanfechtung i.S. von OR 23 ff. (da sich diese als ein Sonderfall des Konsensmangels/Dissenses entwickelt hat). Verfehlt ist es dagegen, die Nichtigkeitsfolge auch auf den Rücktritt i.S. von OR 107/9 oder die Wandelung (unten § 4/VI/2) ausdehnen zu wollen, da in beiden Fällen der Vertrag lediglich in nachträgliche Rückabwicklung überführt wird, nicht jedoch inexistent ist, was schon aus den diesfalls möglicherweise gegebenen vertraglichen Schadenersatzansprüchen zu ersehen ist (vgl. dazu auch OR/AT § 20/VI/7/a). Vgl. zu abweichenden Meinungen unten § 4/VI/2/c.

5. Sonderfall des Verkaufs unter Eigentumsvorbehalt

a) Allgemeines

Ohne gesetzliche Sonderregelung würde Vereinbarung des Eigentumsvorbehalts den Eigentumsübergang hindern, da kein auf Uebertragung gerichteter Wille gegeben ist (so die Rechtslage nach BGB). Richtigerweise sind im Verhältnis zwischen den Parteien auch in der Schweiz die Dinge so zu betrachten (dazu unten). Gegenüber Dritten wirkt der Eigentumsvorbehalt jedoch nur, sofern er am Wohnort des Erwerbers in das vom Betreibungsbeamten zu führende öffentliche Register eingetragen wird; ZGB.715/716. Mit dem Eigentumsvorbehaltsregister wird bezweckt, das Bild der Kreditwürdigkeit aufgrund der Publizitätswirkung des Besitzes an Fahrnis zu korrigieren.

b) Wirkung der Eintragung im Eigentumsvorbehalts-Register

Das Register hat nur negative Wirkung, dh. ohne Eintragung hat der Eigentumsvorbehalt keine Wirkung gegenüber Dritten. Eintragung bewirkt dagegen nicht positiv, dass Eigentumsvorbehalt tatsächlich besteht. Keine Vermutung der Richtig-

keit der Eintragung oder der Kenntnis der Eintragung (nicht Zerstörung des guten Glaubens eines Dritten, der vom Eigentumsvorbelthskäufer erwirbt). BGE 107 II 42 durchbricht neustens diesen Grundsatz in einer Ausnahmesituation (Kauf einer fast neuen Auto-Occasion unter Marktwert durch Autohändler), womit die Möglichkeit einer gefährlichen Entwicklung eröffnet wird.

Eigentumsvorbehalt begründet ein Aussonderungsrecht des Veräusserers im Konkurs des Erwerbers, nicht nur ein Forderungsrecht. Eintragung kann bis zur Konkursöffnung erfolgen (SJZ 61 p. 338/39; ev. auch noch nach Bewilligung einer Nachlassstundung, so SJZ 71/1975 p. 166 Nr. 166). Das Eigentumsvorbelthregister verfehlt so seinen Zweck, das Publikum über die Kreditwürdigkeit aufzuklären.

c) Unterscheidung Innenverhältnis - Aussenverhältnis

Die Institution "Eigentumsvorbehalt" i.S. von ZGB 715, der keine durchdachte oder allgemein akzeptierte Grundkonzeption zugrundeliegt, kann nur einigermaßen widerspruchsfrei erfasst werden, wenn man zwischen Innenverhältnis der Parteien und dem Dritte (Gläubiger des Erwerbers) betreffenden Aussenverhältnis unterscheidet (und damit in diesem Bereich die Vorstellung eines einheitlichen Eigentums preisgibt):

Im Innenverhältnis wird durch Eigentumsvorbehalt der Eigentumsübergang ohne weiteres bis zur Erfüllung der im Vertrag genannten Bedingung (i.d.R.: volle Bezahlung des Kaufpreises) gehindert, da es bis dahin am Eigentums-Uebertragungswillen des Veräusserers fehlt, der Voraussetzung des Eigentumsübergangs ist (oben Zif. 3/c). Damit wäre hinreichende Basis der strafrechtlichen Verfolgung des die Sache vertragswidrig weiterveräussernden Vorbelthskäufers wegen Veruntreuung gegeben (was in BGE 82 IV 185, BGE 90 IV 182 und 192 verkannt wird, wo die nach StGB 140 vorausgesetzte "Fremdheit" der Sache zu Unrecht von der Eintragung des Eigentumsvorbelth im Register abhängig gemacht wird).

Nur im Aussenverhältnis kann das in ZGB 715 statuierte Erfordernis der Eintragung im Eigentumsvorbelthregister eine Rolle spielen. Da der Eigentumsvorbehalt etwas Negatives (die Tatsache des Nicht-Ueberganges des Eigentums) ist, der Nichteintritt von Rechtsfolgen (Nicht-Eigentumsübergang) jedoch im Normalfall nicht von rechtlichen Voraussetzungen abhängig gemacht werden kann, muss ZGB 715 zuerst einmal als Anordnung eines von Gesetzes wegen eintretenden Sonder-Eigentumsübertragungstatbestandes aufgefasst werden, demzufolge schuldrechtliche Eigentumsübertragungs-Verträge (Kauf, Tausch, Schenkung), wenn von faktischer Sachübergabe gefolgt, Eigentumsübertragungswirkungen (gegenüber Dritten) auch dann entfalten, wenn die üblichen rechtlichen Voraussetzungen der Eigentumsübertragung (Sachübergabe verbunden mit beidseitigem Willen der Parteien auf - vorbelthlose! - Eigentumsübertragung) nicht gegeben sind. Erst vor diesem Hintergrund wird die Vorstellung von "Gültigkeitsvoraussetzungen des Eigentumsvorbelth" logisch möglich. Vgl. dazu weiterhin Bucher in "Probleme der Kreditsicherung", Berner Tage für die juristische Praxis, Bern 1982, p. 150-155. - Die Wirkungen der Eintragung im Register, entsprechende vertragliche Basis im Innenverhältnis vorausgesetzt, liegen darin, dem Verkäufer die Rücknahme der Sache auch in einem Zeitpunkt zu ermöglichen, in dem dies sonst wegen Ansprüchen Dritter nicht mehr möglich wäre, dh. Beschlag der Sache infolge Pfändung oder Konkurs abzuwenden. Von einer Rückwirkung des Registereintrags zu sprechen, ist nicht notwendig.

Die Regel von ZGB 715 wurde bisher nur auf Tatbestände angewendet, die formell

auf Eigentumsübertragung gerichtet, dh. als Kauf deklariert sind, während Leasing (dazu oben § 2/IV) ausgenommen bleibt, auch wenn nicht bloss Sachüberlassung auf Zeit, sondern letztlich Eigentumsübertragung beabsichtigt ist.

d) Erlöschen des Eigentumsvorbehalts:

aa) Dahinfallen der vertraglichen Grundlage (= Erfüllung des Tatbestandes vorbehaltlosen Eigentumsübergangs) wie Bezahlung des Kaufpreises, Entlassung durch den Verkäufer usw., und zwar unabhängig von der vielleicht weiterbestehenden Registereintragung, der keine konstitutive Wirkung zukommt. Analogie zu *brevi manu traditio* (oben Zif. 3/d).

bb) Rechtserwerb an der Sache durch gutgläubigen Dritten (vgl. unten Zif. 6). Der (vor allem in Deutschland verbreitete) "verlängerte Eigentumsvorbehalt" wirkt im Falle der Weiterveräußerung gegenüber dem Dritterwerber nur, wenn dieser vom Eigentumsvorbehalt Kenntnis hat, dh. nicht gutgläubig ist.

cc) Erlöschen des Eigentums an der Sache, z.B. infolge deren Untergangs.

6. EXKURS: Eigentumsverhältnisse bei Veräußerung durch den Nichtberechtigten

Vgl. ZGB 714/II mit Verweis auf die Besitzesregeln ZGB 933-936 (früher aOR 205/06).

Die wichtigsten Grundsätze:

a) Frage, ob Erwerber (Käufer) Eigentümer wird, hängt vorerst nicht von ihm ab, sondern davon, aus welchem Grund sich die Ware beim (nicht verfügungsberechtigten) Veräußerer befindet:

aa) Ist die Ware dem Eigentümer abhanden gekommen (Diebstahl, Verlust), so erwirbt der Käufer gem. ZGB 934/I kein Eigentum und muss die Sache dem ursprünglichen Eigentümer herausgeben. Dieser Grundsatz gilt nicht bei Geld und Inhaberpapieren (ZGB 935).

Die Wirkungen dieses Grundsatzes werden praktisch in ihr Gegenteil verkehrt, wenn die Ware bei einem Kaufmann, der mit der fraglichen Warengattung handelt, oder auf Markt oder öffentlicher Versteigerung erworben wurde: Der Eigentümer kann die Ware zwar vindizieren, jedoch nur gegen Erstattung des Preises, den der Käufer bezahlt hat (gilt auch für einen Rechtsnachfolger, der die Ware von einem Käufer, der auf dem Markt erworben hatte, erhielt; das "Lösungsrecht", dh. die Einrede aus ZGB 934/II, wandert mit der Sache und besteht auch dann, wenn der gutgläubige Erwerber oder dessen Rechtsnachfolger nachträglich "bösgläubig" wurden, dh. Kenntnis erlangten; vgl. BGE 107 II 454 E. 5. - Anders bei einem Verkauf ins Ausland, das ein Lösungsrecht nicht kennt (vgl. BGHZ 100 p. 326 ff.).

EXKURS: Der Eigentümer, der nach ZGB 934/II seine eigene Sache "zurückkauft", sollte in die Rechtsgewährleistungsansprüche des herausgebenden Käufers subrogieren, andernfalls Kaufleute gegenüber privaten Verkäufern privilegiert wären, insofern sie den Rechtsgewährleistungsansprüchen zur Hauptsache entrinnen, ist doch der von ihnen erwerbende Käufer nicht geschädigt (a.M. Stark, ZGB 934 N. 45).

bb) Ist die Ware dem Veräußerer anvertraut worden (Miete, Leihe, Hingabe als Pfand, Verkauf unter Eigentumsvorbehalt usw.), so wird Erwerber Eigentümer und kann sie behalten (ZGB 933). Er kann sie auch weiter veräußern und zwar selbst dann, wenn er nachträglich Kenntnis vom Fehlverhalten des Veräußerers erhält (BGE 105 IV 304).

EXKURS: Schwierig ist zu entscheiden, ob eine durch Täuschung oder gar Drohung entlockte Sache als "anvertraut" zu gelten habe oder nicht (entgegen der herrschenden Meinung verneinend Stark, ZGB 933 N. 29 f. mit Hinweisen). Das Anvertrautsein ist zu bejahen, wenn der Wille bestand, sie dem Empfänger und niemand anderem zu überlassen; auf die Motive kann nichts ankommen (anders wäre ev. bei Drohung zu entscheiden, oder wenn der Eigentümer die Sache einer bestimmten Persönlichkeit zukommen lassen will, als die sich ein Fremder betrügerisch ausgeben kann). So wie hier und zugunsten der Verkehrssicherheit auch der englische Entscheid Lewis v. Averay (1971; All E.R. 907), der eine lange schwankende Praxis wohl für die Zukunft festlegt.

b) Lit. a gilt nur, wenn der Erwerber gutgläubig ist, dh. die Nicht-Berechtigung des Veräußerers im Zeitpunkt der Sachübergabe (traditio) nicht kannte und nicht kennen musste. Sonst Herausgabepflicht (entgegen a/bb) und kein Anspruch auf Erstattung des Kaufpreises (im Falle a/aa). So ZGB 933, 936 und dazu BGE 103 II 188. An die Sorgfaltspflichten des Erwerbers werden hohe Anforderungen gestellt (BGE 113 II 398 für den Kauf eines gestohlenen "Ferrari").

VI. Problem der "Gefahrtragung"; Preiszahlungspflicht des Käufers bei Untergang oder Verschlechterung des Kaufgegenstandes ("Preisgefahr") - "Leistungsgefahr"

Literatur:

G. Hager, Die Gefahrtragung beim Kauf. Eine rechtsvergleichende Untersuchung, Frankfurt 1980

1. Fragestellung

Wer trägt den Schaden, wenn der Kaufgegenstand in der Zeitspanne zwischen Vertragsabschluss und Uebereignung untergeht oder sich verschlechtert; m.a.W. muss der Käufer trotzdem bezahlen, wer trägt die Preisgefahr? Bestimmung des Zeitpunktes des Gefahrüberganges ist auch für Sach-Gewährleistung entscheidend (Ware muss in diesem Moment mangelfrei sein; später eintretende Mängel gehen zulasten des Käufers). - Zum Begriff der "Leistungsgefahr" vgl. unten Zif. 8 sowie § 5/VII/3.

2. Lösungsmöglichkeiten

Die Gefahr könnte auf den Käufer übergehen:

- im Moment des Vertragsabschlusses; dh. der Käufer müsste nach geschlossenem Kaufvertrag auch dann bezahlen, wenn die Sache noch zugrunde geht oder sich verschlechtert, bevor er sie erhalten hat;
- im Moment des Rechtsüberganges, besonders des Ueberganges des Eigentums auf den Käufer;
- im Moment des Besitzesüberganges, der Tradition, dh. der faktischen Uebergabe der Sache auf den Käufer;
- im Moment der Bezahlung.

Römisches Recht:

Gefahrübergang mit Vertragsabschluss ("periculum est emptoris"). Diese auch heute mit Bezug auf das antike römische Recht oft kritisierte Gefahrtragungsregel hängt vielleicht damit zusammen, dass Verkäuferpflicht "dare", nicht "praestare" ist,

und, da Eigenschaften der Sache nicht zur Leistungspflicht gehören, im Falle einer Verschlechterung nicht ohne weiteres ein Grund zur Preisreduktion zu ersehen ist. Vor allem aber ist die Käufer-Gefahrtragung in einem Marktkauf-Modell sachlich naheliegend (vgl. Bucher in ZSR 89/1970 p. 281 ff.). Sodann ist zu beachten, dass der Verkäufer immerhin (wie ein detentor) risikobelastet war, dh. bei (auch unverschuldetem) Diebstahl haftete, während der Käufer nur das Risiko höherer Gewalt trug (vgl. Kaser § 41/IV).

Französisches Recht:

Gefahrübergang mit Eigentumsübertragung ("res perit domino"), dh. wiederum im Moment des Vertragsabschlusses (vgl. oben I/5/b).

Englisch-amerikanisches Recht:

Gefahrübergang mit Eigentumsübertragung, dh. z.T. mit Vertragsabschluss (beim Contract of Sale; nicht beim Agreement to sell; oben I/5/b).

Deutsches BGB:

Gefahrübergang mit Besitzübertragung (BGB § 446).

Nirgends:

Im Moment der Bezahlung (Ausnahme: französisches System, wenn Eigentumsvorbehalt bis zur vollständigen Bezahlung verabredet).

3. Lösung des OR

a) Gefahrübergang mit Vertragsschluss

Nutzen und Gefahr gehen grundsätzlich mit Abschluss des Kaufvertrages auf den Käufer über, dh. dieser muss die Sache selbst dann voll bezahlen, wenn sie in der Zeit zwischen Vertragsschluss und Ablieferung untergegangen ist oder sich verschlechtert hat (OR 185/I). Der Abschluss eines Vorvertrages bewirkt noch keinen Gefahrübergang.

Ist der Kauf unter eine aufschiebende Bedingung (Suspensivbedingung) gestellt, geht die Gefahr erst mit Eintritt der Bedingung (dh. dem Wirksamwerden des Geschäfts) über (OR 185/III in Weiterführung von OR 151/II); wichtigstes Beispiel ist der Kauf auf Probe, der erst nach Eintritt der Potestativbedingung der Genehmigung seitens des Käufers wirksam wird (unten § 5/IV/2). Zur Gefahrtragung bei verabredeter auflösender Bedingung (Resolutivbedingung) sagt der Gesetzgeber nichts. Daraus muss e contrario (und in Anwendung von OR 154/II) geschlossen werden, dass es bei der allgemeinen Regel der Gefahrtragung des Käufers ab Vertragsschluss bleibt (so v. Tuhr OR II § 85 Anm. 54 und die Kommentatoren). Da indessen oft schwierig zu entscheiden ist, ob das eine oder andere vorliegt (positive Resolutivbedingung oder negative Suspensivbedingung? Negative Resolutivbedingung oder positive Suspensivbedingung?) und bei der Vertragsauslegung eher zugunsten einer Suspensivbedingung zu entscheiden ist, muss in allen Zweifelsfällen gegen die Gefahrtragung des Käufers entschieden werden (die Anwendung dieser fragwürdigen Regel ist ohnehin so weit als möglich einzuschränken; zu den Gründen unten Zif. 4).

NOTA: Die Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts stellt den Eigentumsübergang, nicht jedoch den Kaufvertrag unter eine Bedingung, so dass der Gefahrübergang mit dem Vertragsschluss auf den Käufer nicht ausgeschlossen wird.

Die Preiszahlungspflicht des Käufers besteht grundsätzlich auch dann, wenn

Verschlechterung oder Untergang vom Verkäufer verschuldet wurde, in diesem Fall allerdings ergänzt durch eine (verrechenbare) Gegenforderung des Käufers auf Schadenersatz (unten Zif. 7).

b) Wirkungen des Verzugs

Bei Verzug des Verkäufers mit der Sachlieferung (zum Begriff Verzug vgl. OR/AT § 20/IV) kann man aus OR 103 einen Gefahrübergang zurück zum Verkäufer annehmen. Genau besehen stellt aber OR 103 eine Haftungs-, keine Gefahrtragsregel dar: Der Käufer bleibt trotz Verzugs des Verkäufers gefahrbelastet und bei zufälligem Untergang/Verschlechterung preiszahlungspflichtig, erhält aber einen verrechenbaren Schadenersatzanspruch, falls sich der Verkäufer nicht nach den Regeln von OR 103/II exkulpieren kann (Nachweis, "dass der Verzug ohne jedes Verschulden von seiner Seite eingetreten ist, oder dass der Zufall auch bei rechtzeitiger Erfüllung den Gegenstand der Leistung zum Nachteile des Gläubigers betroffen hätte.").

4. Würdigung der Gefahrtragsregel von OR 185/I

OR 185/I stellt sich äusserlich als reinste romanistische Tradition des "periculum est emptoris" dar, hat aber kodifikationsgeschichtlich andere Wurzeln: Die deutschschweizerischen Juristen wollten sowohl bei der Schaffung des aOR wie in der Revision von der pandektistischen Tradition abgehen (so wie BGB!); jedoch die Westschweizer setzten infolge ihrer Verbundenheit mit der Tradition des franz. CC (wonach Eigentum und damit Gefahr mit Vertragsschluss übergeht), die heutige Lösung als einen Kompromiss durch. Vgl. Meili, Diss., bes. p. 42 ff; Bucher, Notizen zu OR 185, in ZSR 89/1970 p. 281-294.

Nachteile von OR 185/I:

- Käufer kann Schaden nicht verhindern, aber vielleicht hätte dies der Verkäufer tun können, so dass oft Streit darüber entstehen wird, ob der Verkäufer genügend Sorgfalt walten liess (unten Zif. 7);
- oft besteht Ungewissheit über den Zeitpunkt des Vertragsschlusses, insbes. im Verkehr unter Abwesenden (bei Untergang vor Vertragsschluss trägt natürlich der nachmalige Verkäufer die Gefahr);
- die Regelung ist dem Publikum nicht vertraut;
- die Regelung kann nicht konsequent durchgeführt werden (vgl. Zif. 5);
- beim Werkvertrag geht die Gefahr erst mit Ablieferung über (vgl. unten 10/II/4); die umgekehrte kaufrechtliche Regel vermehrt die Abgrenzungsprobleme;
- Ungewissheit beim bedingten Kaufvertrag (vgl. oben Zif. 3/a).

5. Einschränkung und Präzisierung des Grundsatzes von OR 185/I

Angesichts der Fragwürdigkeit der Gefahrtragsregel von OR 185 ist der Grundsatz eng, sind die Ausnahmen ausweitend zu interpretieren (so ausdrücklich BGE 84 II 161!).

a) Der Grundsatz gilt nur, sofern nicht "besondere Verhältnisse" eine Ausnahme begründen. Angesichts der Tendenz der Einengung der Gefahrtragsregel darf bei der Annahme "besonderer Verhältnisse" keine Zurückhaltung empfohlen werden. Insbesondere in folgenden Fällen sollte die Käufer-Gefahrtragung ausgeschaltet werden:

- Der Verkäufer verfügt im Zeitpunkt des Vertragsschlusses selber noch nicht über die Ware, sei es, dass er sie erst herstellen, sei es, dass er sie erst von Dritten beschaffen muss.

- Von dieser Regel ist m.E. sogar dann nicht abzuweichen, wenn (nur beim Stückkauf praktisch) der Verkäufer bei Vertragsschluss seinerseits bereits den Deckungskauf getätigt hat und infolge Untergangs der Sache seinem Verkäufer zahlungspflichtig wird (Begründung: Es vermag nicht zu überzeugen, dass die Gefahrtragung des Käufers von Umständen abhängen soll, die allein im Bereich des Verkäufers spielen, etwa der Frage, ob der Einkauf des Verkäufers vor oder nach dem Weiterverkauf erfolgte, schweizerischem oder deutschem Recht - das den Käufer nicht zahlungspflichtig werden liesse- unterliegt usw.).
- Bei Wahlschuld mit Wahlrecht des Verkäufers: Untergang der einen Sache darf ihm nicht das Recht geben, unter Wahl derselben trotzdem den Preis zu fordern.

Wird die Gefahr infolge besonderer Umstände nicht mit Abschluss des Kaufs übertragen, so findet Gefahrübergang nach der allgemeinen Regel im Zeitpunkt der Sachübergabe statt; es besteht kein Anlass, eine Zwischenlösung zu suchen, etwa in dem Sinn, dass beim Verkauf noch nicht hergestellter bzw. erworbener Objekte der Gefahrübergang im Zeitpunkt der Herstellung bzw. des Erwerbs durch den Verkäufer stattfindet.

- b) Besondere Regelungen sind notwendig beim Gattungskauf (OR 185/II; dazu unten 5/I/7), bei aufschiebend bedingten Kaufverträgen (OR 185/III) und bei Grundstückkäufen (OR 220). Bei jedem Zweifel, ob aufschiebende oder auflösende Bedingung vereinbart sei, ist zugunsten der Ersteren zu entscheiden und Käufergefahrtragung zu verneinen.
- c) Mehrfachverkauf: Bei einem Verkauf derselben Sache an mehrere kann der ganze Kaufpreis richtigerweise nicht mehrfach verlangt werden. Windscheids Pandekten II § 390 A. 17 und ihm folgend Becker, OR 185 N. 17: der letzte Käufer soll bezahlen. Besser: gar keiner ("besondere Verhältnisse", OR 185/D); man ist nicht sicher, dass Verkäufer an den letzten Käufer geleistet hätte.
- d) Gefahrübergang setzt gültigen Vertrag voraus. Nicht nur bei Dissens, sondern auch im Falle von Irrtumsanfechtung fehlt eine Grundlage für Gefahrübergang; dabei ist in Anwendung von OR 25 allerdings die Irrtumsanfechtung nicht zuzulassen, wenn sie erkennbar durch die Tatsache des zwischenzeitlichen Untergangs des Kaufobjekts veranlasst ist.

6. Vorbehalt abweichender Parteivereinbarung

Der Grundsatz gilt als dispositives Recht nur unter Vorbehalt anderer vertraglicher Vereinbarung. Die Vereinbarung eines Erfüllungsortes (loco-Klausel) enthält als eine Erfüllungsklausel die Abrede, dass die Gefahr so lange beim Verkäufer bleibt, bis die Sache am Erfüllungsort ist (BGE 84 II 162). Gleiches kann u.U. vielleicht auch bei der Vereinbarung einer Erfüllungszeit angenommen werden (vorher kann Käufer nicht Leistung fordern, will also auch nicht gefahrbelastet sein). Die Franko-Klausel ist vorerst Regelung der Tragung der Transportkosten, ohne deshalb den Erfüllungsort zu verlegen (vgl. oben Zif. IV/2/c); sie wird gelegentlich auch auf Gefahrtragung ausgedehnt; SJZ 44 p. 179 f. Nr. 52; BGE 52 II 365. Zur Bedeutung der Lieferklauseln (fob, cif etc.) vgl. unten § 5/VII. Aus der Literatur: Giger, OR 185 N. 74 f., 81 f.

Ist Lieferung im Rahmen eines Akkreditivs (dazu unten § 15/VII) vertraglich vorgesehen, dh. Bezahlung gegen Übergabe bestimmter Dokumente (die den richtigen Versand

belegen sollen), ist vorher kein Preis geschuldet, dh. implizite der Verkäufer bis zu diesem Zeitpunkt gefahrbelastet.

7. Beweislast; Haftung des Verkäufers für richtige Obhut etc.

Der Verkäufer ist zwischen Vertragsschluss und Ablieferung der Kaufsache mit einer Pflicht der Verwahrung der Sache nach strengen Sorgfaltsprinzipien (vgl. die custodia-Haftung des römischen Verkäufers!) belastet. Liefert er die Sache in einem gegenüber dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses verschlechterten Zustand oder behauptet er, die Sache sei untergegangen, wird er schadenersatzpflichtig (Vergütung der Wertdifferenz zwischen Zustand bei Vertragsschluss und Lieferung im Falle der Verschlechterung, Wert der Sache für den Käufer im Falle des Untergangs, immer nach allgemeinen Grundsätzen von OR 97 ff. und nicht nach kaufrechtlichen Prinzipien berechnet), wenn er nicht den Entlastungsbeweis i.S. von OR 97 ("... dass ihm keinerlei Verschulden zur Last falle.") führt. Verhalten von Hilfspersonen hat der Verkäufer wie eigenes zu vertreten (OR 101).

Ev. könnte man annehmen, dass in bestimmten Fällen zur vorausgesetzten Sorgfalt auch die Versicherung der Sache gehört, so dass entweder der Käufer die Versicherungsleistung als "stellvertretendes commodum" (dazu OR/AT § 23/VI) beanspruchen könnte oder aber einen kompensierbaren Schadenersatzanspruch wegen Unterlassung der Versicherung hätte.

8. Gegensatz von "Preisgefahr" und "Leistungsgefahr"

Von der Frage nach dem Zeitpunkt, in welchem der Verkäufer unerachtet des weiteren Schicksals der Ware seinen Preisanspruch erlangt (Frage nach dem Uebergang der "Preisgefahr") ist zu unterscheiden die andere, in welchem Zeitpunkt der Verkäufer seine Leistungspflicht erfüllt hat, dh. infolge Uebergangs der sog. "Leistungsgefahr" befreit wird.

Während im Normalfall, dh. bei Fehlen von Parteiabsprachen, wenigstens beim Gattungskauf die Leistungsgefahr zusammen mit der Preisgefahr übergeht (OR 185/II; der Verkäufer erhält im gleichen Zeitpunkt seinen Preisanspruch, wie er von seiner Lieferpflicht befreit wird, der Käufer muss dann zahlen, wenn er keinen weiteren Erfüllungsanspruch mehr besitzt); fallen die beiden Punkte beim Stückkauf auseinander infolge der Sondernorm von OR 185/I, sodann im Fall der Gattungskäufe bei Vertragsabsprachen, insbesondere bei Verabredung von Lieferklauseln (dazu unten § 5/VII): der Verkäufer erlangt z.B. (bei cif- und fob-Klauseln) seinen Preisanspruch erst, wenn die Ware die Reling überschritten hat, während er bereits im Moment der Uebergabe an den Frachtführer von seiner Leistungspflicht befreit wird. Wenn die Ware zwischen Erfüllungsort und Reling untergeht, bekommt der Verkäufer zwar keinen Preis, er ist andererseits nicht mehr leistungspflichtig (und damit von Nichterfüllungsfolgen, Ersatzpflicht für Verzugsschaden) befreit; die "Leistungsgefahr ist übergegangen".

