

# Ein wenig zu Begriff und Geschichte der Gewährleistung in Österreich und anderswo

*Eugen Bucher, Bern*

## Übersicht:

- I. Gewährleistung *quid*?
- II. Ein Blick zurück
- III. Gewährleistung als unter Bedingung gestellte Pflicht?
- IV. Sachlogischer Gegensatz zwischen Kauf von *genus* oder aber *species*
- V. Dazu ein Rückblick in die Vergangenheit
- VI. Der neue Trend: Wiener Kaufrecht und reformiertes BGB
- VII. Das zukunftsweisende Kaufrecht des ABGB von 1811
- VIII. Zum Schluss

## I. Gewährleistung *quid*?

„Gewährleistungsrecht“ ist einer der Schwerpunkte der Forschungen des Empfängers vorliegender Festschrift und deren Kontribuenten als möglicher Untersuchungsgegenstand empfohlen. Die Bezeichnung ist thematisch auf den Kauf und dessen Verwandte ausgerichtet und in Österreich selbsterklärend. Nicht so anderswo: Im deutschen BGB war „Gewähr leisten“ nicht in gleichem Maß wie im ABGB als technischer Begriff herausgestellt und ist in der Reform marginalisiert worden<sup>1)</sup>; in der Schweiz ist die Formel zwar seit je geläufig im Zusammenhang der Rechts- und Sachmängel bei Kauf oder Tausch wie auch bezüglich abgetretener Forderungen und dergleichen, dies aber allein als deskriptiver Hinweis auf mögliche Sanktionsfolgen<sup>2)</sup>. Die genannten Unterschiede liegen wohl mehr in der Ausdrucksweise der jeweiligen Gesetzgeber und im Denkstil der sie leitenden Wissenschaft als im Inhalt der in Frage stehenden Rechtsregeln. Damit ist auch gesagt, dass wir nicht einen traditionellen, festgefühten und allgemein

---

1) Im alten BGB erschien „Gewährleistung“ vorab im Titel vor den §§ 459–493. Im neuen BGB figuriert der Terminus im Kaufrecht überhaupt nicht mehr, sondern taucht allein noch im Titel der Verweisungsnorm von § 365 auf. Die früher bei § 434 übliche (damals private) Überschrift „Gewährleistung wegen Rechtsmängel“ war der zur Verschaffung des Kaufgegenstandes „frei von Rechten“ Dritter verpflichtenden Norm nicht angemessen und zeigt die Unsicherheit bei der Handhabung des Terminus.

2) Heute schweizerisches OR (1912) Art 192ff, 197ff und 219 (Kauf); Art 171 ff (Zession).

gültigen dogmatischen Begriff vor uns haben. Wenn man bezogen auf eine Sache von obligatorischen oder aber dinglichen Rechten spricht, so ist dies eine präzise Aussage, die im gesamten Bereich der kontinentaleuropäischen Rechtstradition überall ziemlich das Gleiche bedeutet. Nicht so bei „Gewährleistung“, mag diese auch sachbezogen sein. Jedenfalls bezeichnet dieser Term in der Regel nicht eine unmittelbare Rechtswirkung mit normativem Gehalt, das heißt aktuell durchsetzbaren Ansprüchen. Die Frage etwa eines Studenten „Was meint eigentlich genau Gewährleistung?“ würde nähere Überlegung fordern. Nicht ohne Sinn ist daher die hier aufgeworfene Grundsatzfrage: Gewährleistung *quid?*

Dem in den Gefilden des ABGB bloß dilettierenden Schreibenden würde es nicht wohl anstehen, zu Inhaltsfragen des Gewährleistungsrechts im Sinne der österreichischen Gesetzgebung einen Beitrag leisten zu wollen. Er darf sich aber vielleicht gestatten, nach den normativen Mechanismen zu fragen, welche hinter dem „Gewähr leisten“ liegen oder doch liegen können, und historische und komparative Betrachtungen mögen ihm ebenfalls anstehen. Wie sich dabei zeigen wird, hat diese Formel im ABGB eine eigentümliche Bedeutung, die in ihrer Tragweite nicht mit jener in Österreichs Nachbarschaft verglichen werden kann, sondern weit darüber hinausgeht. Diese Besonderheit des ABGB ist nicht etwa neu, sondern war bereits bei dessen Entstehung ein Charakteristikum, das es von allen anderen Kodifikationen abhob und bereits vor fast zwei Jahrhunderten eine heute erstehende *nouvelle vague* vorwegnahm.

## II. Ein Blick zurück

Der Terminus *Gewährleistung* hat keinen unmittelbaren lateinischen Vorgänger und ist eine Schöpfung neuer Art, entstanden zur Zeit des Übergangs von Latein zu Deutsch als Sprache der Gesetzgebung und Wissenschaft<sup>3</sup>). Erste dem Schreibenden bekannte Erwähnung von „Gewehrschaft“ findet sich im *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis*, Teil IV, drittes Capitulum §§ 15 und 16, sowie dazu in den „Anmerkungen über den *Codicem Maximilianeum Bavaricum Civilem*“ von W. X. A. Kreittmayr, §§ XV und XVI<sup>4</sup>); dort wird im Zusammenhang mit der kaufrechtlichen Entwehrung von der „Evictions- oder Gewehrschafts-Leistung“ gesprochen.

Im *Allgemeinen Preussischen Landrecht* (ALR) erscheint Gewährleistung auf breiter Basis: ALR I, 5 handelt im Allgemeinen von Verträgen, und der dortige § 317 lautet: „Auch die Leistung der Gewähr gehört zur Erfüllung eines Vertrages“ (dies bloß bei „lästigen“, sc entgeltlichen Verträgen; § 318); die folgenden §§ 319–322 und §§ 325–332 beziehen sich auf Sachmängel, die §§ 323–324 und §§ 333–338 auf Rechtsmängel. Zum Kauf werden in

3) Ähnliches gilt im französischen Sprachbereich für den dort verwendeten sinnverwandten Terminus *garantie*.

4) Hier zitiert der *Codex* in der Ausgabe München 1759, dessen „Vierter Theil des Neuen Chur-Bayrischen Land-Rechts“ (42–45); die *Anmerkungen*, Vierter Theil in Ausgabe München 1765 (192ff).

ALR I, 11 §§ 135 ff nur ergänzungshalber (allerdings weitläufig) Sonderprobleme behandelt. Aber darüber hinaus wird von Gewährleistung auch bei Schenkung, Zession, Erbschafts Kauf und noch andernorts gesprochen. Mit der Verlegung des Schwerpunkts der Regelung der Gewährleistung weg vom Kauf und hin zu den Verträgen im Allgemeinen nimmt das ALR die Lösung des ABGB vorweg, das die Gewährleistungsregeln (§§ 922–933) abschließend im 17. Hauptstück („Von Verträgen und Rechtsgeschäften überhaupt“; §§ 859–937) unterbringt und im 24. Hauptstück „Von dem Kaufvertrage“ (§§ 1053–1089) nicht darauf zurückkommt, obwohl der Schwerpunkt der Anwendung dort liegt.

Das *Privatrechtliche Gesetzbuch für den Kanton Zürich* (PGB, 1855) verwendet die Termini „Gewähr“ und „Nachwährschaft“ im Rahmen des Kaufrechts bei Rechtsgewähr (§§ 1404–1413), Sachmängelhaftung (§§ 1414–1426) und schließlich bei der Zession (§§ 1038–1040). Dem *Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch* (ADHGB) ist demgegenüber der Terminus „Gewähr“ überhaupt fremd (§ 249, der Sachgewährleistung gewidmet, spricht in Abs 5 von der *Haftbarkeit* des Verkäufers).

Dem Beispiel des ABGB, das die Gewährleistung nicht beim Kauf, sondern auf höherer Abstraktionsstufe einordnet, folgen das *BGB für das Königreich Sachsen* (1863), das die die „Gewähr der Fehler“ betreffenden §§ 899–929 im dritten Abschnitt „Entstehung der Forderungen“ (§§ 770–952) einstellt. Nicht anders der *Dresdener Entwurf*, der „Gewährleistung des veräußerten Rechtes“ (Art 156–171) und „Gewährleistung wegen Mängel der Sache“ (Art 172–202) im allgemeinen Vertragsrecht und in dem Titel „Rechte und Verpflichtungen aus Verträgen“ unterbringt. Die Fokussierung der Regelung auf den Kauf ist allerdings auch hier erkennbar.

Auch wenn direkte terminologische Vorläufer des deutschen „Gewähr leisten“ in der *romanistischen Überlieferung* nicht vorkommen, finden wir doch im dortigen *praestare* seinen ideellen Gevatter. In den Römischen Quellen kommt *praestare* häufig vor, ist aber ausgesprochen vieldeutig, was dem Schreibenden Beleg bloß untechnischen Gebrauchs des Wortes zu sein scheint<sup>5)</sup>. Die heutige romanistische Wissenschaft räumt wohl aus diesem Grund dem Terminus keine wesentliche Bedeutung ein. Aber *Windscheid* muss zitiert werden: „Sehr bestritten ist der Sinn des Ausdrucks *praestare* (die obligatorische Leistung überhaupt? Leistung aus *dare* und *facere* gemischt? Dienstleistung? Sicherheitsleistung? Einstehen für Etwas?)“<sup>6)</sup>. Dies

5) *Heumann/Seckel*, Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts<sup>9</sup> (1907) geben zu *praestare* zwei Bedeutungsgruppen (je mit abundanten Nachweisen): 1.) gewähren, leisten (mit Hinweisen ua auf geben, erteilen; sich zur Verfügung stellen, leisten, was man aus einer Obligation schuldet, abtreten und zedieren usw), und dann 2.) für etwas Gewähr leisten, haften, einstehen, etwas vertreten, für etwas Ersatz leisten usw. Weiterhin werden zum Substantiv (*praestatio*) die folgenden Sinngruppen vorgestellt: 1.) obligatorische Leistung; 2.) Gewährleistung, Haftpflicht und 3.) Stellung von Rekruten (Cod 12, 28, 2 § 1). Vor allem bei *praestatio* scheinen die Textbeispiele wenig bedeutsam, der Wortgebrauch zufällig.

6) *Windscheid*, Pandekten, Bd II, § 252 FN 4, und dort weiterhin: „Übrigens ist das r.R. weit davon entfernt, an diese Ausdrücke (sc. neben *praestare* auch *dare* und *facere*) ei-

sind insgesamt fragende Thesen und Ungewissheiten, die man ohne weiteres auch auf die hier thematisierte Gewährleistung beziehen kann.

### III. Gewährleistung als unter Bedingung gestellte Pflicht?

Die von Windscheid mit Blick auf *praestare* genannten Fragen: „obligatorische Leistung überhaupt? Leistung aus *dare* und *facere* gemischt? Dienstleistung? Sicherheitsleistung? Entstehen für Etwas?“ führen uns bei der Gewährleistungs-Betrachtung nicht weiter, denn nicht einmal die Fragen sind klar, geschweige denn die sich anbietenden Antworten. Aber: Der Ausgangspunkt jeder obligationenrechtlichen Überlegung ist die Tatsache, dass das Schuldrecht auf das Entstehen von Obligationen ausgerichtet ist. Gesetzgebung, Wissenschaft und am Ende auch die Rechtsprechung haben keine andere Aufgabe als jene der Bestimmung der Voraussetzungen, unter denen jemand zum Schuldner eines anderen wird. Die Systematik des Schuldrechts ist denn auch beherrscht von der Theorie der möglichen Entstehungsgründe von Obligationen. An erster Stelle steht daher auch hier die Frage, ob „Gewährleistungspflicht“ selber eine Obligation darstellt, und wenn nicht, ob sie wenigstens als Obligations-Entstehungsgrund betrachtet werden darf.

Nach dem normativen Gehalt von Gewährleistung fragend will uns scheinen, dass der mit Gewährleistung Belastete vorerst, wenn keine anderen Elemente hinzutreten, keine Obligation trägt: „Gewährleistung“ als solche verpflichtet *hic et nunc* zu nichts, ist keine aktuelle Pflicht, sondern bloßer Hinweis auf die Gefahr möglichen Haftungseintritts und Androhung allfälliger Pflichtentstehung (die man dann als „Eintritt des Gewährleistungsfalles“ bezeichnen würde). Andererseits kommt es auch nicht in Betracht, Gewährleistung als Entstehungsgrund von Obligationen zu qualifizieren. Denn die Obligationenentstehungsgründe sind kanonisiert und in einem sich als geschlossen präsentierenden System zusammengefasst: Sämtliche moderne Kodifikationen kennen allein die beiden Hauptposten Vertrag und Delikt, zu denen die Nebenpositionen der Kondiktion (im ABGB die §§ 1431–1437, ergänzt durch §§ 1041–1043 ua<sup>7)</sup>) und der *negotiorum gestio* (ABGB §§ 1035–1040) treten. Diese Sicht hat ihre Wurzeln in der Antike: *Gaius* (2. Jahrhundert n Chr) stellt als erster den Gegensatz *Kontrakt – Delikt* heraus: *Omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto*<sup>8)</sup>; die Institutionen *Iustinians* das Jahres 533 weiten die Entstehungsgründe auf vier aus und fügen zu den Vertrags- und Deliktobligationen noch die Obligatio-

---

gentümliche, von einander abweichende Rechtsregeln anzuknüpfen“; mit Hinweisen. Weiterhin Bezugnahme auf *praestare* bei *emptorem rem habere licere* (Kauf; § 389 FN 7; § 391 FN 2), und bei *uti frui licere* (Miete; § 400 FN 3).

7) Dazu *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht<sup>12</sup> II (2001) 256–281.

8) „Jegliche Obligation hat nämlich ihren Ursprung in Vertrag oder auch Delikt“; *Gaius* Inst III, 88.

nen *quasi ex contractu* und *quasi ex maleficio* hinzu<sup>9)</sup>; als Beispiele der beiden letztgenannten Nebenpositionen werden die *condictio* und die *negotiorum gestio* genannt.

Die Formel von *Iustinians Institutionen* wurde zur Sicht des ABGB und des französischen Code Civil<sup>10)</sup> (im Gegensatz dazu allerdings das preußische ALR, das neben den genannten zusätzlich bereits den Hauptfall der späteren *culpa in contrahendo* – die Ersatzpflicht des bei Vertragsschluss fahrlässig Irrenden – aufführt<sup>11)</sup>). Die Systematik der Entstehungsgründe der Institutionen bzw von ABGB und Code Civil wird danach ausnahmslos von allen nachfolgenden Gesetzen übernommen. Sämtliche Kodifikationen verstehen diese Aufzählung als erschöpfend, weitere Entstehungsgründe abschließend. Sie stellen sich damit, anscheinend ohne dass sich deren Väter dessen bewusst gewesen wären, in Gegensatz zu den römischen Quellen und zu der romanistischen Doktrin bis ins 19. Jahrhundert, wo die Auflistung der *causae obligationum* als exemplifikativ, dh auch weitere Entstehungsgründe zulassend betrachtet wurde<sup>12)</sup>. Diese ubiquitäre Systembildung wird von niemandem im Grundsätzlichen in Frage gestellt, vermag aber offenkundig nicht zu genügen. Wenigstens im deutschen Sprachbereich tauchen Findelkinder auf, dh Pflichten, die sich der Zuordnung zu einem der vier anerkannten kanonischen Entstehungsgründe entziehen. Es sind dies die von *Rudolf von Jhering* aus *culpa in contrahendo* abgeleiteten Ob-

9) Inst III,13,2; die beiden von *Gaius* in seinen Institutionen genannten Typen hatte er selber ergänzt durch die allgemeine Formel der Obligationen entstehend *ex variarum causarum figuris*; dazu FN 12.

10) Das ABGB (1811) gibt in seiner 2. Abteilung Regeln über Verträge (17. bis 29. Hauptstück, §§ 859–1292) und über Delikte (30. Hauptstück; §§ 1293–1341); die *negotiorum gestio* ist im 22. Hauptstück (Bevollmächtigung/Geschäftsführung; §§ 1035 ff) untergebracht, die *condictio* findet sich aufgesplittert in den §§ 1431–1437 und weiterhin „auch in den §§ 877, 921, 1174 und in § 4 KSchG“ (*Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht<sup>12</sup> II 257). Der *französische Code Civil* normiert neben den Verträgen (Art 893–1369; 1387 ff) in knappen Regeln (*des engagements qui se forment sans convention*; Art 1370–1386) die Delikte (Art 1382–1386) sowie die Geschäftsführung (Art 1372–1375) und die *répétition de l'indu* für die Kondiktion. Weitere Entstehungsgründe werden nicht anerkannt, dies im Gegensatz zum preußischen ALR (vgl folgende Fußnote).

11) ALR I, 4 § 79 (anschließend an die Regel, dass irrtumsbehaftete Verträge „ohne alle Wirkung“ seien): „Ist jedoch derselbe (sc der Irrende) durch eigenes grobes oder mäsiges Versehen in den Irrthum gerathen, und der Andere hat nicht gewusst, dass der Erklärende sich irre, so ist der Erklärende zum Ersatz des durch seine Schuld entstandenen Schadens verpflichtet“.

12) Im zitierten Textes von *Gaius* bedeutet das *vel – vel* „oder auch“, nicht „entweder – oder“ (das wäre *aut – aut*); *Gaius* versteht hier die beiden Begriffe *nicht* *kontradiktorisch*, sondern *konträr*, dh weitere Möglichkeiten zulassend. Dass dies die Meinung von *Gaius* war, ergibt ein anderes Zitat, das die Formel entscheidend ausweitet: *Obligatio nes aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quondam iure ex variis causarum figuris* (in *liber secundus aureorum*, so Dig 44, 7, 1 pr): Neben Vertrag und Delikt gibt es noch weitere Entstehungsgründe ganz verschiedener Erscheinungsform. Die Institutionen *Iustinians* sprechen zwar aaO von *quatuor species*, wobei aber die beiden als *quasi* bezeichneten als ihrerseits offene Sammelpositionen zu verstehen waren.

ligationen<sup>13</sup>), sodann jene aus sog *faktischen Vertragsverhältnissen* im Sinne von Günter Haupt<sup>14</sup>) und schließlich jene aus *Vertrauenshaftung*, die von C. W. Canaris vor drei Jahrzehnten dem wissenschaftlichen Publikum vorgestellt wurde und in der schweizerischen Gerichtspraxis sich fest zu verankern anschickte<sup>15</sup>). Aber die Erweiterung der Liste der Obligations-Entstehungsgründe verläuft stockend<sup>16</sup>). Selbst wenn man die genannten Ausweitungen des klassischen Systems anerkennt und sogar für die Zukunft auch weitere nicht ausschließt, ist die genannte Vierergruppe immer noch fast sakrosankt. Die Gewährleistung hier einzuordnen ist bisher niemandem eingefallen.

Ist Gewährleistung ieS nicht Obligation und darf sie auch nicht als Entstehungsgrund einer solchen gelten, ist man versucht, sie als eine *aufschiebend bedingte* Obligation zu deuten, die im Falle des Bedingungseintritts zu einer echten Obligation wird. Aber bei dieser Sicht könnte man nicht bloß von einer einzigen Bedingung sprechen, sondern müsste eine lange Reihe verschiedenartiger, potenziell obligationsauslösender Bedingungen herausstellen. Einige dieser Obligationsvoraussetzungen wären wohl sog notwendige Bedingungen (*condiciones sine quibus non*), die kumulativ verwirklicht sein müssten, andere würden dagegen allein stehen und bei Eintritt jede für sich als „hinreichende Bedingung“ (*conditio per quam*) Verpflichtung auslösen. Die Umschreibung der obligationsauslösenden Voraussetzungen könnte niemals bei einfachen Feststellungen stehen bleiben, sondern würde

13) Jhering, *Culpa in contrahendo* – oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen, in Gerber (Hrsg), (Jherings) Jahrbücher für Dogmatik, Bd 4 (1861) 1–112. Die sog *culpa in contrahendo* ist seit dem Jahre 1975 auch in Österreich anerkannt. Der damalige OHG-Entscheid habe wie ein „Paukenschlag“ gewirkt; so Welser, in Liechtensteinische Juristenzeitung LJZ 1984, 101 ff, Die culpa in contrahendo im österreichischen Recht, mit einem Überblick über die seitherige Gerichtspraxis nach OGH 8. 10. 1975 SZ 48/102 und JBl 1976, 205; weiterhin Koziol/Welser, Bürgerliches Recht<sup>12</sup> II 14 ff.

14) G. Haupt, Ueber faktische Vertragsverhältnisse (Antrittsvorlesung 1941 an der Universität Leipzig), in FS H. Siber (1943) 1–37. Dazu auch Bucher in ZEuP 1996, 713–722 (Besprechung von Peter Lambrecht, Die Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen [1994]; <www.eugenbucher.ch> Nr 65). In Deutschland wird heute diese Figur überwiegend abgelehnt (wenn auch oft im Ergebnis unter anderer Flagge anerkannt, zB dem Argument der *culpa in contrahendo*); in der schweizerischen Gerichtspraxis ist sie seit 1984 fest etabliert (BGE 110 II 246; Annahme einer *situation contractuel de fait*: Im Falle eines nach schweizerischem OR Art 226 a ff formnichtigen, als „contrat leasing“ bezeichneten Abzahlungskaufs forderte der Erwerber eines Autos nach viereinhalbjährigem Lauf des Vertrages mit Berufung auf dessen Nichtigkeit die geleisteten Zahlungen zurück. Das Gericht anerkennt eine verrechenbare Gegenforderung des Autoverkäufers auf Entgelt für die Nutzung).

15) Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht (1971). Im Jahr 1994 (BGE 120 II 331 ff) höchststrichterlich anerkannt; Hinweis bei Bucher, Was man aus einem Fall von „Putativ-Vertrauenshaftung“ lernen kann, in recht 2001, 65–81 (<www.eugenbucher.ch> Nr 76).

16) In der Schweiz hat sich der Entstehungsgrund der *culpa in contrahendo* sehr rasch durchgesetzt, später auch solche aus sog *faktischen Vertragsverhältnissen* und aus *Vertrauenshaftung*. Gefordert wäre eine gesamtheitliche Betrachtung aller dieser exceptionalen Obligationsentstehungsgründe.

ein anspruchsvolles Geschäft sein und ein komplexes Bild ergeben. Dazu kommt noch ein Weiteres: Das Aufzeigen der Voraussetzung der Entstehung von Obligationen genügt nicht, zur Erfassung der Rechtslage muss vielmehr der Beschrieb des Inhalts der entstehenden Obligation hinzutreten, denn die aus Sachgewährleistung dem Verkäufer erwachsenden Pflichten hängen von der Art der Mängel, oft von Entscheidungen des Käufers und vielen anderen Faktoren ab.

Wenn wir vor diesem Hintergrund die Gewährleistungsregeln der neuen §§ 922–933b des ABGB betrachten, erscheint es als hoffnungslos, dieselben auf ein einigermaßen überblickbares und einleuchtendes System von Voraussetzungen (Bedingungen) von Gewährleistungssanktionen zu reduzieren. Daher scheint der Schluss unausweichlich, dass „Gewährleistung“ normativer Deutung entzogen ist, nur deskriptive Bedeutung hat und nicht mehr darstellen kann als den Beschrieb von mit Sanktionen belasteten Sachbereichen. Er hat aber trotzdem seinen guten Sinn, auch wenn er bei der Umschreibung der in einem bestimmten Sachbereich lauernden potenziellen Sanktionen stehen bleibt und allein die möglichen Wirkungen gegebener Regeln bezeichnet, ohne solche selber zu statuieren. In diesem Sinn erscheint der Terminus denn auch in der Doktrin, als deren Repräsentant hier die von *Welser* angebotene Umschreibung angeführt werden darf: *Gewährleistung ist die bei entgeltlichen Verträgen gesetzlich angeordnete Haftung des Schuldners für Mängel (Sach- und Rechtsmängel), welche die Leistung bei ihrer Erbringung aufweist.*<sup>17)</sup>

Diese Feststellung macht Sinn, und man könnte bei ihr stehen bleiben. Aber hier soll weiter gebohrt werden. Wenn man den Obligationsbegriff auf einer höheren Abstraktionsstufe ansiedelt, kann man vielleicht nicht schlechthin, aber doch beim Kauf als dem in Österreich wichtigsten Anwendungsfall das vom Verkäufer unter gewährleistungsrechtlichen Aspekten Geschuldete als Gegenstand seiner Obligation betrachten. Es liegt im Wesen heutigen normativen Verständnisses des Privatrechts, dass man aus einer Sanktion jene Rechtsnorm rückererschließt, deren Beachtung den Sanktionseintritt verhindert. Generalisierende Umschreibung der Gewährleistungsfolgen erweitert demnach die Möglichkeit des Rückschlusses auf die zugrunde liegenden Leistungspflichten. Weitere Überlegungen, sollen sie zum Verständnis der Verhältnisse beitragen, fordern allerdings Exkurse in begrifflich-abstrakte wie auch historische Dimensionen des Kaufrechts.

#### IV. Sachlogischer Gegensatz zwischen Kauf von *genus* oder aber *species*

Verständnis des Kaufrechts fordert Bedenken der Unterschiedlichkeit der beiden möglichen Typen von Kaufverträgen. *Zweierlei Arten* vertraglicher Bestimmung der Kaufsache sind denkbar: Die Parteien können sie durch Hinweis auf eine körperlich vorliegende und abgegrenzte Sache oder

17) *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht<sup>12</sup> II 60.

Sachgesamtheit bestimmen oder aber sie mögen vereinbaren, was der Verkäufer hinsichtlich Qualität und Quantität zu liefern hat, ohne dass der Leistungsgegenstand bereits individualisiert wäre. In diesem letzteren Fall werden die Eigenschaften des Kaufgegenstandes zum Vertragsinhalt und definieren die Leistungspflicht des Verkäufers. Im ersteren Fall dagegen ist notwendiger Vertragsinhalt allein die Individualisierung des Kaufgegenstandes, nicht aber die Eigenschaften des Kaufobjekts; die Verkäuferpflicht erschöpft sich vielleicht in der Pflicht der Übergabe und Übereignung der Sache, während sacheigenschaftsbezogene Pflichten des Verkäufers ganz fehlen mögen. Soweit solche angenommen werden, sind sie die Folge einer (expliziten oder auch konkludenten) Zusatzabsprache der Parteien oder folgen *ex lege*<sup>18)</sup>.

Die außerhalb Österreichs gängigen Bezeichnungen der beiden genannten Typen als *Stückkauf* und *Gattungskauf* (Spezies- und Genuskauf) sind fragwürdige Konstrukte des 19. Jahrhunderts. Denn „Stückkauf“ liegt auch vor, wenn eine Masse beliebiger Güter *en bloc* individualisiert und gesamthaft verkauft wird, wie zB in Falle des Verkaufs bereits ausgesonderter Ware, bei der Veräußerung des Inhalts eines Containers oder bei der Auf-führung in der Vertragsurkunde der Herstellungsnummern der verkauften Stücke eines in Serie hergestellten industriellen Produkts. Umgekehrt setzt „Gattungskauf“ nicht das Bestehen einer Gattung voraus, sondern liegt auch vor, wenn wenige Stücke, ja ein Einzelstück gemäß genauem Beschrieb zu liefern ist. Nur die Engländer verfügen hier über die korrekte Bezeichnung: *sale by description*; man schuldet den Kaufgegenstand nicht infolge dessen Individualisierung, sondern *nach Beschrieb* (weshalb man diesen Typus als „Kauf/Verkauf nach Beschrieb“ bezeichnen und seinen Widerpart „Unikatskauf“ nennen sollte). Auch hier kommen gewiss Grenzfälle und Überschneidungen der Typen vor, aber die in eindeutigen Fällen grundlegende Andersartigkeit der beiden Kaufvereinbarungen ist offenkundig. Die Eigenschaft der Kaufsache macht den Kern der *sale by description* aus, während sie beim „Stückkauf“ höchstens sekundäre Funktion hat. In der Urform des eindeutigen, „reinen“ Unikatskaufs bleibt die Sacheigenschaft außerhalb des Vertragswillens: Der Verkäufer schuldet die Sache so und nicht anders, wie sie den Parteien bei Vertragsschluss vorlag, und der Verkäufer dürfte sie auch dann nicht verändern, wenn dies möglich wäre<sup>19)</sup>. Ja, die Typen Unikatskauf und Kauf nach Beschrieb sind möglicherweise kontradiktorisch, dh nur einer von beiden möglich und jeder den anderen ausschließend, immer in jenen Fällen nämlich, in denen die Eigenschaften des

18) Verkäuferpflicht bezüglich Sachqualität kann aber selbst in diesen beiden Sonderfällen nur dann und so weit angenommen werden, als die Herstellung des Sach-Sollzustandes überhaupt technisch möglich ist, denn *impossibile nulla obligatio*.

19) Wie denn auch der französische Code Civil vorschreiben kann: „La chose doit être livrée en l'état où elle se trouve au moment de la vente.“

verkauften unveränderbaren Unikats nicht deckungsgleich sind mit den vertraglich stipulierten<sup>20</sup>).

## V. Dazu ein Rückblick in die Vergangenheit

Die *emptio venditio* des römischen Rechts wie die Kaufverträge anderer Rechtstraditionen haben ihre Vorläufer im Akt der Eigentumsübertragung: Kauf (oder Tausch) ist dann noch nicht schuldrechtlicher Vertrag, sondern sachenrechtliches Verfügungsgeschäft<sup>21</sup>): Die Sache wird übereignet im gleichen Zug wie die Gegenleistung, und Pflichten bestehen in keiner Phase des Geschäftsablaufs, der auch keinen Anlass zur Statuierung einer Qualitätsgewährleistung des Verkäufers bietet. Der Unikatskauf (in heutiger Diktion der Stückkauf) ist der Urtypus des Kaufs und blieb dies bis in unsere Tage hinein. Auf dem Markt wurde in der Antike und weit darüber hinaus regelmäßig auch Gattungsware in individualisierten Stück-Einheiten gehandelt (die bestimmte Amphore Öl, ein Sack voller Oliven usw<sup>22</sup>). Es war eine großartige Leistung der römischen Juristen, beim Kauf, trotz regelmäßiger Unmöglichkeit der Sacheverbesserung und fehlender Pflicht des Verkäufers bezüglich der Sacheigenschaften, eine Gewährleistung für Sachmängel eingeführt zu haben: Die *actio redhibitoria* (Wandelung, dh Rückgängigmachung des Geschäfts) und die *actio quanti minoris* (Minderung des Preises). Diese waren nicht die Folge der Nichterfüllung vertraglicher Pflichten, denn solche bestanden nicht, vielmehr handelte sich bei diesen heute noch meistens das Kaufrecht bestimmenden Behelfen um *marktpolizeiliche Sanktionen*, welche vom *Aedilen*, dem für den Markt verantwortlichen Gebieter der Polizei, verhängt wurden (in heutiger Diktion *ex lege* folgten). Diese wurden allerdings wohl vorerst eher zugunsten der öffentlichen Ordnung und des Ansehens des Markplatzes als aus Fürsorge für den Käufer statuiert.

Es versteht sich von selbst, dass das Kaufrecht alten römischen Musters der heute gänzlich veränderten Sachlage nicht gerecht wird; die zunehmende und schon sehr weit gediehene Ablösung des Stückkaufmodells durch den zum Normalfall gewordenen Verkauf nach Beschreibung (*sale by description*) hat eine vielfältige und spannende Geschichte. Zu denken ist an

20) Was denn auch (neben dem oben FN 18 genannten) der Hauptgrund gewesen sein dürfte, dass die Römer in der *emptio venditio* die Sachgewährleistung *ex lege* anordneten, nicht aber als die Folge von Vertragspflichten des Verkäufers verstanden.

21) Dies ist im heutigen englischen Recht noch sichtbar: *Sale* war ursprünglich sachenrechtlicher Eigentumsübertragungsakt und hat daher heute noch die Wirkung, mit Vertragsschluss auch gleich Eigentum zu übertragen; bloß schuldrechtlich-verpflichtend ist demgegenüber das *agreement to sell* (dh gewissermaßen ein zu *sale* verpflichtender Vorvertrag). Die römische *periculum-est-emptoris*-Regel wird von einem Teil der Lehre damit erklärt, dass die *emptio venditio* auch der klassischen Zeit immer noch ein Element des Eigentumsübertragungsaktes bewahrt habe.

22) Vgl zu den damaligen sozio-ökonomischen Umständen des Kaufs wie auch zum Rechtlichen *Zimmermann*, *The Law of Obligations – Roman Foundations of the Civilian Tradition* (1999) Ch 9, 271 ff. Weiterhin einige Hinweise bei *Bucher*, Ueberblick über die Neuerungen des Wiener Kaufrechts etc, in *Bucher* (Hrsg), *Wiener Kaufrecht* (1991) 11–82, insb 15 ff, 21 ff (<[www.eugenbucher.ch](http://www.eugenbucher.ch)> Nr 55).

den Rückgang des Marktkaufs, das Erscheinen neuer natürlicher Gattungen (Kartoffeln, Kohle, Erdöl usw), die Fortentwicklung der Wagemöglichkeiten und der Verpackungstechnik, schließlich mehr als alles andere das Aufkommen industriell gefertigter und damit willentlich zu definierender und zu gestaltender Produkte. Im gleichen Ablauf werden auch die nach wie vor *per Stück* gehandelten Gegenstände mehr und mehr technisch beeinflussbar, und heute ist der traditionelle *technologische Fatalismus* des Kaufrechts *überholt*: Paradebeispiel der Unikatskäufe sind nicht mehr Pferde, die kaum je gebessert werden können, sondern gebrauchte Autos, denen man mit entsprechendem Aufwand jede gewünschte Eigenschaft geben kann. Kein Wunder, dass die Eigenschaft der Kaufsache ins Zentrum des Blickfeldes rückt, zum Vertragsinhalt und damit zur Verkäuferpflicht wird. Sachmängel müssen nicht mehr durch die herkömmlichen vertragspflichtunabhängigen Sachgewährleistungsbehelfe der Wandlung und Minderung sanktioniert, sondern können nun erstmals als Vertragsverletzungen erfasst werden.

Einer der heute die Pandektistik des 19. Jahrhunderts treffenden Vorwürfe geht dahin, die genannte, sich schon im 19. Jahrhundert abzeichnende Wandelung nicht als solche erkannt zu haben. Zwar wurde neben den traditionellen (jetzt neu als Stückkauf bezeichneten) Kauf die Figur des sog Gattungskaufs gestellt und die Dualität der sog *species-* und *genus-*Käufe geschaffen. Dabei war zweierlei falsch: Es wurde schematisch verfahren, die beiden zutiefst verschiedenen Typen in den gleichen Topf geworfen und in unzulässigem Umfang gleichgestellt, dh der neu auftauchende Gattungskauf weiterhin gemeinsam mit dem Stückkauf präsentiert und nur marginal mit Sonderregeln ausgestattet (Nachlieferungsbefugnis des Verkäufers in Art 206 schweizerisches OR, oder umgekehrt Nachlieferungsanspruch des Käufers in § 480 BGB aF). Sodann stellte sich die Pandektistik mit dem Einbezug des *sale by description* in das Kaufrecht in offenen Widerspruch zu den antiken Quellen wie auch zu der romanistischen Tradition: Deren *emptio venditio* meinte ausschließlich den Unikatskauf, während der heute sog Gattungskauf in der Antike kaum vorkam, jedenfalls keinerlei Sondernormierung erfuhr und nie als Kauf betrachtet wurde.

## VI. Der neue Trend: Wiener Kaufrecht und reformiertes BGB

Neu entstehende Kaufrechtskodifizierungen können der neuen Entwicklung Rechnung tragen, ein Vorgang, der hier durch Hinweis auf das Wiener Kaufrecht (hier WKR, oft auch CISG<sup>23)</sup>) und das seit dem Jahre 2002 geltende reformierte Kaufrecht des BGB illustriert sei (das für das BGB Gesagte dürfte auch für die EU-Richtlinie gelten, als deren Vollzug sich die Schuldrechtsreform versteht).

---

23) CISG für United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, vom 11. 4. 1980.

Das *Wiener Kaufrecht* nimmt die traditionelle Unterscheidung zwischen Stückkauf und Gattungskauf nicht auf. Seine Bestimmungen sind ganz auf Letzteren (den Kauf nach Beschreibung, *sale by description*) ausgerichtet, wo sie denn auch allein nennenswerte Bedeutung haben. Die geschuldete Qualität der Sache ist Verkäuferspflicht wie deren Übergabe und Übereignung. Die Nichterfüllung aller dieser Pflichten ist gleichermaßen Vertragsverletzung.

Im reformierten Schuldrecht des BGB ist die einzige bisherige Sonderbestimmung für den Gattungskauf (§ 480 BGB aF) beseitigt worden, denn der Gattungskauf ist von der Ausnahme zum Regelfall geworden, daher nicht mehr gesondert erwähnungsbedürftig<sup>24</sup>). Ausgangspunkt der Sachgewährleistungsregelung ist ein Konzept des Freiseins von Sachmängeln. Dies ist der Fall bei Vorhandensein der „vereinbarten Beschaffenheit“ im Zeitpunkt des Gefahrübergangs, bei Fehlen expliziter Vereinbarung bei Eignung der Sache „für die . . . vorausgesetzte Verwendung“ usw (§ 434). Derartige Umschreibung deckt in der Sicht des Reformgesetzgebers sowohl die bisherigen Stück- wie Gattungskäufe. Die in § 438 BGB umschriebenen Sachmängelsanktionen („Nacherfüllung“, Rücktritt vom Vertrag, Preisminderung) gelten für beide gleichermaßen, und selbst offenkundig notwendige Differenzierung werden nicht erwähnt<sup>25</sup>).

Beide genannten Kaufrechtsmodelle erreichen gegenüber dem Bisherigen eine Vereinfachung. Die Ausgestaltung und Präsentation von Einzelheiten geben in beiden Fällen Raum für kritische Bemerkungen, die hier indessen nicht interessieren dürfen. Aber manche Kritiker mögen auch von einer bedauerlichen Primitivisierung sprechen und das Verschwinden des alterprobten Musters der *emptio venditio* bedauern. Ein nicht grundloses Bedauern: Auch heute noch gibt es Unikatskäufe ohne Möglichkeit der Qualitätsbeeinflussung, bei denen auf Sacheigenschaft bezogene Verkäuferpflichten nicht möglich sind, daher auch Pflichtverletzungssanktionen keinen Platz haben: Die nicht silberne *mensa argentea* der römischen Quellen, der Maschinentepich, der handgeknüpft sein sollte, usw. Auch ein *rerum novarum cupidissimus* wird nicht zu leugnen wagen, dass der traditionelle romanistische Kauf für derartige Fälle die beste aller Welten war und auch heute noch

---

24) Beibehalten worden sind die beim Kauf Anwendung findenden, allerdings bloß marginalen Regeln der §§ 243 und 300: BGB § 243 bestimmt, dass eine „Sache von mittlerer Güte zu leisten sei“; § 300 Abs 2 gibt zum Gläubigerverzug für dessen Eintritt im Falle einer Gattungsschuld eine Zeitbestimmung.

25) In BGB § 437 Z 1 wird an erster Stelle genannt und in § 439 Abs 1 spezifiziert die sog. „Nacherfüllung“ („Der Käufer kann als Nacherfüllung nach seiner Wahl die Beseitigung des Mangels oder die Lieferung einer mangelfreien Sache verlangen.“). Dies kann beim Stückkauf im traditionellen Sinne nicht gelten: Wurde die traditionelle nicht silberne *mensa argentea* verkauft oder ein Maschinentepich als handgeknüpfter Teppich, kann die dem Käufer vom Gesetzgeber großzügig gewährte Wahlmöglichkeit keinen Bestand haben, denn Nachbesserung wie Nachlieferung sind gleichermaßen unmöglich.

dem Handel mit technologisch nicht veränderbaren Unikaten alten Stils besser als das neue Kaufrecht gerecht würde<sup>26</sup>).

Aufs Ganze gesehen darf dies alles aber letztlich nicht entscheidend sein. Ausschlaggebend ist die Tatsache, dass der ursprünglich allein verbreitete und den Kauf schlechthin ausmachende Geschäftstypus zu einer Ausnahmefigur geworden ist. Die Normierung soll aber nicht auf Ausnahmefälle ausgerichtet sein, sondern den dominierenden Erscheinungsformen gerecht werden. Eine weitere Rechtfertigung der Neuorientierung liegt darin, dass das bisherige Kaufrecht im Grundsätzlichen zwar noch römischer Tradition verhaftet ist, diese aber verfälscht hat: Der Einbezug des nicht dorthin gehörenden „Gattungskaufs“ hat Fehlentwicklungen verschiedener Art ausgelöst. Die Vereinigung der zutiefst sich unterscheidenden Unikatskäufe und Käufe nach Beschrieb hat vor allem zu einer von inneren Widersprüchen belasteten Regelung geführt, die keinem der beiden Typen voll gerecht wird.

Das Gesagte zeigt aber auch, dass das im WKR und im neuen BGB entgegnetretende Kaufrecht eine Gewährleistung neuer Art vorführt, die an das römische *praestare* erinnert. Denn das neue Kaufrechtsmodell trägt den Namen „Kauf“ schon fast zu unrecht. Ist der Verkäufer verpflichtet, dem Käufer bei Fälligkeit eine Sache mit vertragsmäßig bestimmten Eigenschaften zur Verfügung zu halten oder, anders gesagt, zu gewährleisten, dass dem Käufer eine Sache mit abgesprochenen Eigenschaften zur Verfügung steht, haben wir einen Vertrag vor uns, der auf einen bestimmten Erfolg ausgerichtet ist und in derartiger Struktur dem Werkvertrag näher steht als dem, was man bisher unter Kauf verstand.

Wenn wir oben angenommen haben, dass Gewährleistungspflichten infolge mangelnder Bestimmtheit oder übermäßiger Komplexität der Bedingungen nicht als bedingte Obligationen deuten lassen, beruhte dies auf einem auf *dare* und *facere* ausgerichteten Pflichtbegriff. Das neue Modell des Kaufvertrages fasst das Geschuldete weiter und abstrakter, denn vom Schuldner (Verkäufer) wird verlangt, den Käufer in eine bestimmte Lage zu versetzen, wie man diese auch immer beschreiben mag. Das tönt wolzig, hat aber sein Vorbild im Werkvertrag, der altbekannt und in seiner Abwicklung fassbar ist: Der die charakteristische Leistung erbringende Werkunternehmer ist weder zu einem Tun noch zu einer Sachleistung verpflichtet, sondern er schuldet *allein einen Erfolg*, mag dieser in der Verfügbarkeit eines bestimmten Gebäudes oder was auch immer bestehen<sup>27</sup>). So auch beim Kauf in seinem neuen Verständnis: Der Verkäufer muss dem Käufer eine Sache nach Beschrieb in einem bestimmten Zeitpunkt zur Verfügung halten und ihm deren ungestörten Genuss verschaffen<sup>28</sup>). So werden denn im WKR Kauf

26) Zwar mögen die gegebenen Regeln bei verständiger Handhabung vernünftige Lösungen (dh jene im bisherigen Sinn) erlauben. Nicht gefallen kann aber, dass der Gesetzestext bei Unikatskäufen zur Handhabung von Sachmängeln Sanktionsvarianten anbietet, die in keiner Weise realisierbar sind.

27) Vgl oben bei FN 5 und 6.

28) In Art 25 des WKR wird nur die Verletzung des Vertrags, nicht aber die verletzte Pflicht genannt. Diese lässt sich aber rückschließen: Der die Verletzung ausma-

und Werkvertrag nicht mehr gesondert, vielmehr die sog Werklieferungsverträge als Käufe behandelt: Art 3 unterstellt auch Verträge auf Lieferung von vom Verkäufer erst herzustellenden Waren dem Gesetz. Davon wird nur abgegangen, wenn „der Besteller [*nota*: nicht „Käufer“] einen wesentlichen Teil der für die Herstellung oder Erzeugung notwendigen Stoffe selbst zur Verfügung zu stellen hat“, nicht aber in der hier betrachteten Variante, dass die zu liefernde Sache nach den Bedürfnissen des Käufers herzustellen ist.

Ein Kaufrechtsmodell, das nicht mehr auf *dare* und *facere*, sondern auf „Erfolg“ ausgerichtet ist, ruft uns die alten Römer in Erinnerung. Denn bereits diese hielten für Pflichten, die sich nicht als *dare* oder *facere* qualifizieren ließen, einen weiteren Begriff in Reserve: Das bereits genannte und das von *Windscheid* zitierte, inhaltlich vorerst verschwommen bleibende *praestare*, das einspringen sollte, wenn die geschuldete Verhaltensweise sich nicht in Tun und Geben erschöpfte, vielmehr darüber hinausging und wie das heute „Erfolg“ genannte eine nicht präzise zu fassende Multivariable darstellte.

## VII. Das zukunftsweisende Kaufrecht des ABGB von 1811

Wir kehren von diesem Ausflug in zurückliegende Zeiten und das Ausland zurück nach Österreich und betrachten dessen Gewährleistungsrecht, um es in Beziehung zu dem zu stellen, das wir andernorts angetroffen haben. Um das Ergebnis vorweg zu nehmen: Die Gesamttendenz und die Grundzüge des ABGB decken sich weitgehend mit jenen des WKR und des erneuerten BGB (Ausrichtung auf den Kauf nach Beschrieb und Verzicht auf den traditionellen „Stückkauf“, Einbettung des Gewährleistungsrechts in das allgemeine Leistungsstörungenrecht). Eingangs haben wir ausgehend von herkömmlicher Sicht der Verkäuferpflichten des *dare* oder *facere* gefolgert, dass „Gewährleistung“ nicht normativ gedeutet werden könne, dh keine Umschreibung der Verkäuferobligationen zulasse. Demgegenüber können wir jetzt die Gewährleistung des Verkäufers, indem wir sie als *praestare* (dh als Pflicht, dem Käufer einen Erfolg zu verschaffen) deuten, zu einer *causa obligationis*, einem Obligationensentstehungsgrund machen. Die Zulässigkeit der Deutung des Kaufvertrags des ABGB als eines auf Herbeiführung eines Erfolges gerichteten Vertrages wird bestätigt durch dessen Nähe zum Werkvertrag, dessen charakteristische Leistungspflicht seit je als auf Herbeiführung eines Erfolges gerichtet verstanden wurde<sup>29</sup>). Dass in Sonderfragen und der Präsentation die drei Gesetzeswerke sich sehr deutlich

---

chende „Nachteil“ besteht darin, dass „entgeht, was sie (sc die Person des Käufers) nach dem Vertrag hätte erwarten dürfen“, eine Formel, die schon gar nicht mehr auf den Kaufgegenstand bezogen ist, sondern auf die durch das Geschäft vom Verkäufer versprochenen und vom Käufer erhofften wirtschaftlichen (wenn nicht gar auch emotionalen) Folgen insgesamt.

29) „Durch den Werkvertrag verpflichtet sich der Werkunternehmer . . . zur Herstellung eines bestimmten Erfolges (§ 1151)“; so *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht<sup>12</sup> II 242. Zur Übereinstimmung der Gewährleistung des Werkunternehmers und des Verkäufers s e-bendort 91 f, 247.

unterscheiden<sup>30</sup>), kann hier beiseite gesetzt werden (wobei der Schreibende die Bemerkung nicht zu unterdrücken vermag, dass er sich bei der Gesetzgebungstechnik und vielen Einzelentscheidungen des ABGB wohler fühlt als bei den beiden anderen genannten).

Dass Österreich mit der Zeit geht und dass das Kaufrecht des heutigen ABGB im Trend liegt, ist nicht weiter auffällig. Grosse Überraschung bereitet dagegen dem komparatistischen Betrachter die Feststellung, dass die mit denen des WKR und BGB übereinstimmende Grundstruktur des österreichischen Kaufrechts (dh die am 1. 1. 2002 in Kraft getretene Neufassung des ABGB) nicht im zeitlichen Gleichlauf mit der Schaffung des WKR oder der Reform des BGB entstand, sondern sich bereits im Originaltext des Jahres 1811 findet. Damals kannte man außerhalb Österreichs allein den traditionellen romanistischen Unikatskauf. Aber das neu entstehende ABGB nimmt das sonst allenthalben Geltende nicht auf, und das neu geschaffene Gesetz kennt nicht einmal eine für den traditionellen Kauftypus anwendbare explizite Norm. Das gesetzlich verwirklichte Modell ist bereits damals der „Kauf nach Beschrieb“, das, was man (zeitlich später) in England *sale by description* nennen wird. Der Gesetzgeber verwendet keineswegs den zu Anfang des 19. Jahrhunderts noch nicht erfundenen Terminus Gattungskauf (der in Österreich bis heute nie nennenswertes Gewicht erlangte), sondern dieser Kauftypus ist der Kauf des ABGB schlechthin, so wie in den anderen damaligen Kodifikationen der traditionelle Unikatskauf. Zwar kennt das ABGB von 1811 den Kauf in „Pausch und Bogen“ des § 930, eine Bestimmung, die bezeichnenderweise unverändert in die heutige Fassung herübergenommen werden konnte<sup>31</sup>). Aber man beachte: Der Fall des Verkaufs *en bloc*, wie man heute sagen würde, bezieht sich auf ein *genus* und beschreibt den Ausnahmefall, dass bei einem Verkauf von Massenware durch dem Vertragsschluss vorangehende Aussonderung ein Unikatskauf zustande kommt. Nur dafür wird eine Sonderregelung statuiert, die ihrerseits wiederum wohl nur unter Vorbehalt auf andere Unikatskäufe angewendet werden darf. Wir stehen

30) Am bedeutendsten ist wohl die unterschiedliche Regelung der Verschuldensabhängigkeit der Sachgewährleistungspflicht des Verkäufers: Im WKR wird die Ersatzpflicht des Verkäufers nur unter dem Gesichtspunkt der Voraussehbarkeit des dem Käufer entstehenden Schadens im Umfang eingeschränkt (WKR Art 25 und 74; dies wohl im Sinne des französischen Code Civil Art 1150 und der englischen *Hadley-Baxendale*-Regel); im ABGB und im BGB dagegen steht die Haftung schon im Grundsatz unter der Verschuldensvoraussetzung (sc wird relativiert durch eine generelle Exkulpationsmöglichkeit des Verkäufers; ABGB § 920, BGB § 280 Abs 1 Satz 2).

31) ABGB (alt und neu) § 930: „Werden Sachen in Pausch und Bogen, nämlich so, wie sie stehen und liegen, ohne Zahl und Maß und Gewicht übergeben; so ist der Übergeber, außer dem Falle, dass eine von ihm fälschlich vorgegebene, oder von dem Empfänger bedungene Beschaffenheit mangelt, für die darin entdeckten Fehler nicht verantwortlich.“ Die vertragsgegenständliche Massenware hat hier die Besonderheit, dass sie nicht nach Quantitätsbestimmung und Qualitätsbeschreibung, sondern eben gerade in jener Qualität und Quantität, wie den Parteien bei Vertragsschluss vorliegend, verkauft wurde: „Ein Stückkauf“ nach ursprünglichem römischem Muster, aber mit der Besonderheit der naturgegebenen Austauschbarkeit der verkauften Ware. – Ein Vorläufer dieser Bestimmung mag in den §§ 117–123 von ALR I, II gesehen werden.

vor dem Ergebnis, dass die Väter des ABGB rund zwei Jahrhunderte vor dem Entstehen des WKR und des neuen BGB deren Grundkonzeption vorwegnahmen und ein Kaufmodell entwickelten, das heute weit herum als Neuerung empfunden wird und einer vielleicht weltweiten Verbreitung entgegengeht.

Die Einmaligkeit dieses überraschenden Sachverhalts wird offenkundig, wenn wir die zeitgenössischen Lösungen des damaligen ALR und des französischen Code Civil betrachten. Beide folgten vorbehaltlos dem überlieferten Kaufmodell als einem primär auf Eigentumsübertragung ausgerichteten Geschäft und erwägen Gewährleistungspflichten allein im Rahmen der traditionellen Wandelung und Minderung. Die weitläufige Regelung des Kaufrechts des ALR (I, II §§ 1–362) nimmt zwar in den §§ 189–206 auf Mängel der Sachqualität, in den §§ 207 auf fehlende Quantität der gelieferten Sache Bezug, dies aber allein als Voraussetzung des Rücktritts vom Kauf im Sinne der Wandelung. Das Kaufrecht des französischen Code Civil (Art 1583–1701) sagt: „Il (sc le vendeur) a deux obligations principales, celle de délivrer et celle de garantir la chose qu’il vend.“ Dh: Der Verkäufer hat zwei Hauptpflichten: Übergabe und Gewährleistung der verkauften Sache. Die hier interessierende zweite Pflicht ist, im Gegensatz zur ersten, nur Obligation unter der Voraussetzung des Auftauchens von Rechts- und Sachmängeln im Sinne der romanistischen Tradition und allein bezogen auf individualisierte Sachen und kann in keiner Weise mit der Verkäuferpflicht im Sinne der modernen Lesart verglichen werden. Der Vergleich mit den beiden anderen großen Kodifikationen der gleichen Zeitperiode, die sich ganz im Herkömmlichen bewegen, lässt die Leistung des ABGB in besonders hellem Licht erstrahlen.

Die entgegengesetzten Lösungen der beiden zeitgenössischen anderen großen Gesetzeswerke verbieten auch die Annahme, dass das von den Vätern des ABGB entwickelte Modell von damaligem Naturrechtsdenken vorgezeichnet gewesen sei<sup>32</sup>). Das in Entstehung begriffene Gesetz von 1811 hatte gegenüber dem schweizerischen OR von 1883 und dem deutschen BGB von 1900 den Vorteil, nicht den ungunstigen kaufrechtlichen Konzepten der Pandektenwissenschaft des 19. Jahrhunderts ausgesetzt gewesen zu sein. Offenkundig haben die Schöpfer des Gesetzes mehr als andere die sich anbahnenden Veränderungen im Habitus des Warenumsatzes erkannt und die sich aufdrängende neue Lösung erahnt. Ihr Kaufrecht ist in den Grundzügen heute noch avantgardistisch, obwohl seinerzeit „in erster Linie auf den Kauf von Ross und Wagen, von Haus und Hof ausgerichtet“<sup>33</sup>). Herausfordernde, wenn auch nicht leichte Aufgabe historischer Forschung zur Entstehung des ABGB wäre es, das Heranwachsen dieser Lösung aufzuzeigen,

---

32) Dies wenigstens, wenn wir das aufklärerische Naturrechtsgedankengut in jener Ausprägung im Auge haben, wie in Frankreich entwickelt und in Preußen weiter kultiviert. Aber naturrechtliche Gedanken waren für die Väter des ABGB ebenfalls weggeleitet und mögen bei deren Erfindung der hier besprochenen neuen Lösung Inspiration gegeben haben.

33) *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht<sup>12</sup> II 63.

die seinerzeit in krassem Widerspruch zu der allenthalben herrschenden gemeinrechtlichen Tradition lag.

Nur nebenbei noch der Hinweis auf die hier einmal mehr überraschende Tatsache, dass ein in die Zukunft weisender Schritt des ABGB außerhalb Österreichs nicht beachtet wurde, keine wissenschaftliche Diskussion auslöste und lange Zeit in keiner Gesetzgebung auch bloß ansatzweise Nachfolge fand, wie dies für das Rücktrittsrecht des nicht gehörige Erfüllung erhaltenen Gläubigers des § 918 gilt, das damals völlig neuartig war, heute aber weit herum verbreitet ist und nicht mehr weggedacht werden kann<sup>34</sup>).

### VIII. Zum Schluss

Die Einsicht, dass das neu sich anbahnende und in Durchsetzung und Verbreitung begriffene neue Kaufrechtsmodell, das von der unter anderen Verhältnissen so bewährten römischen Überlieferung abgeht, in Österreich seit dem Jahre 1811 in Geltung steht, ist für den Schreibenden vor allem deshalb von Bedeutung, weil er ohne diese Erfahrung gegenüber den zu Simplifizierung neigenden Neuschöpfungen des WKR und des BGB von Misstrauen erfüllt wäre und vor allem befürchten würde, dass die immer noch und zu allen Zeiten vorkommenden Unikatskäufe unter dem neuen Kaufmodell schlecht aufgehoben seien. Das Wissen, dass dieses Modell in Österreich mit seiner von eindrucklichem Problembewusstsein und hohem begrifflich-dogmatischem Verständnis geprägten, bewundernswürdigen Rechtskultur über fast zwei Jahrhunderte Bestand hatte und sich offensichtlich bewähren konnte, gibt ihm Zuversicht, dass man mit der künftig für weite Gefilde unseres Planeten zu erwartenden Entwicklung des Kaufrechts wird leben können.

Wir sind ausgezogen, den Terminus „Gewährleistung“ näher kennen zu lernen und ihn normativ, dh in seiner obligationsbegründenden Wirkung, zu verstehen. Die Reise führte über verschlungene Pfade zu Plätzen mit Fernsicht in Vergangenheit wie Zukunft. Sie hat gezeigt, dass ein neues Kaufrechtsmodell entstanden ist, das bisher dem weltweit akzeptieren Wiener Kaufrecht, dem neuen Schuldrecht des deutschen BGB und vielleicht auch noch anderen das Gepräge gibt und auf weitere Verbreitung hoffen darf. Das eindrucklichste Reiseergebnis war die Feststellung, dass dieses neu sich durchsetzende Kaufrecht in den Grundzügen jenes Österreichs ist, dies aber bereits seit 1811.

---

34) Es handelt sich dabei um eine Novität von größter praktischer Bedeutung, die siebzig Jahre lang weder Beachtung noch Nachfolge fand, erst im schweizerischen OR von 1883 wiederum aufgenommen wurde und in der Folge Eingang in das BGB fand (§ 326 BGB aF, jetzt § 323). Dazu *Bucher*, ZEuP 2003, 353–374, insb 353ff (<[www.eugenbucher.ch](http://www.eugenbucher.ch)> Nr 83) und weiterhin ein Aufsatz erscheinend in ZEuP 2004 Heft 3.