

## **Der Trödelvertrag, mit den Augen Ulpians betrachtet**

I.	Vorbemerkungen	95
II.	Phänomenologie; Interessenlage der Parteien	98
III.	"Rechtsnatur" des Trödelvertrages; Methodisches	99
IV.	Gefahrtragung bei Untergang der Sache	103
V.	Gewährleistung	107
	1. Rechtsgewährleistung	107
	2. Sachgewährleistung	108
VI.	Zusammenfassung; methodische Schlussfolgerungen	111

### **I. Vorbemerkungen**

1. Von Trödelvertrag wird gemeinhin gesprochen, wenn eine Partei (der Vertrödler) der anderen (dem Trödler) eine Sache mit dem Zweck der Weiterveräußerung an Dritte übergibt, wobei dieser Weiterverkauf vom Trödler betrieben und in eigenem Namen abgeschlossen wird und dieser verpflichtet bleibt, dem Vertrödler entweder den vereinbarten Schatzungspreis zu bezahlen oder aber die Sache selber zu restituieren.

2. Das schweizerische Obligationenrecht verzichtet auf eine Regelung dieses Vertragsphänomens (wie vor ihm bereits der französische Code Civil und im allgemeinen die übrigen romanisch-sprachigen Kodifikationen, das zürcherische PGB und nach ihm auch das deutsche BGB), während das österreichische ABGB (§§ 1086-1088), das preussische Landrecht (ALR I, 11 §§ 511-526), einige Partikulargesetze (BGB für das Königreich Sachsen von 1863, §§ 1291-1294 sowie der hessische und der bayrische Entwurf) und der Dresdener Entwurf von 1861 (§§ 727-731) ihm eine Regelung glauben widmen zu sollen. Der italienische Codice civile des Jahres 1942 (Art. 1556-1558) schliesst sich diesem letzteren Vorgehen an. Die in den genannten Gesetzen dem Trödelvertrag

gewidmeten Bestimmungen geben durchwegs keine umfassende Normierung, sondern beschränken sich mehr oder weniger auf eine Definition des Phänomens und die Regelung weniger Einzelaspekte, so dass auch in deren Geltungsbereich der Trödelvertrag nicht ganz den Charakter eines *Innominatkontrakts*<sup>1</sup> verleugnet.

3. Bereits in den römischen Quellen ist der *contractus aestimatorius* behandelt, der einerseits nicht dem geschlossenen Kreis der Typen des Kontraktsystems angehört, andererseits i. S. einer Ausnahme prätorische Anerkennung findet und mit einer eigenen Klage (*actio aestimatoria*) ausgestattet ist, damit den Parafall eines Innominatkontrakts konstituierend, der nicht voll anerkannt wird, aber trotzdem Rechtsschutz und wissenschaftliche Behandlung erfährt<sup>2</sup>. Die gegebenen knappen Quellenstellen belegen nun aber auch, dass bereits für das Altertum eine einheitliche Auffassung des Phänomens nicht besteht, vielmehr der "contractus aestimatorius" zu grundlegend widersprechenden Konzeptionen Anlass gibt. Diese Kontroversen leben in veränderter Form in der Neuzeit weiter. Wer sich heute mit dem Gegenstand befasst, kann nicht die Hoffnung hegen, ihm werde gelingen, was alle Vorgänger nicht erreichten, nämlich das von ihnen vertretene Konzept zu allgemeiner Anerkennung zu bringen. So ist es denn beim Trödelvertrag wie in keinem anderen Bereich der Innominatkontrakte der Sache angemessen, dass dem Leser nicht eine einheitliche Konzeption vorgelegt wird, sondern er mit mehreren der verschiedenen möglichen Betrachtungsweisen konfrontiert wird; die vorliegenden Zeilen treten neben die Ausführungen von unten PAUL PIOTET ("Le contrat estimatoire", 115 ff.), die eine entgegengesetzte Position verkörpern<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> "Vertrag" als moderner Begriff ist mit der Vorstellung der Vertragstypenfreiheit verbunden, dies im Gegensatz zum Terminus "Kontrakt", der auf das römische Kontraktsystem mit seinem geschlossenen Typenkatalog Bezug nimmt. Die Nichtzuordenbarkeit eines Vertrags zu einem vorgegebenen Typus ist in einer Welt der Vertragstypenfreiheit vorerst unauffällig; erst unter einem Typenzwang bzw. innerhalb eines grundsätzlich geschlossenen Kontraktsystems wird es beachtenswert. Trotz der vom Empfänger dieser Festschrift (und, ihm folgend, von deren Herausgebern) bevorzugten Bezeichnung des Innominatvertrages glaube ich am eingebürgerten Terminus *Innominatkontrakt* festhalten zu dürfen, da er direkter als der andere auf das *punctum saliens*, die Nichtzuordenbarkeit eines bestimmten Vertrages in einem vorgegebenen Vertrags-System, Bezug nimmt.

<sup>2</sup> Vgl. dazu unten Ziff. III/1 und Anm. 13-15, 21 f., 29. Der *Trödelvertrag* ist der *Ahnherr der Innominatkontrakte* und die unten genannten Quellenstellen die ersten juristisch-wissenschaftlichen Stellungnahmen zu den in der vorliegenden Festschrift behandelten Phänomenen! – Allerdings ist anscheinend in den Quellen nur die *actio aestimatoria*, nicht jedoch bereits der Terminus "*contractus aestimatorius*" verbürgt. Dies schließt indessen nicht aus, dass versucht wird (im Falle erfolgter Sachübergabe), das Geschäft wie einen *contractus* zu behandeln, d. h. die gebotenen Klagen zu gewähren.

<sup>3</sup> Der Schreibende *dankt Herrn Kollegen PIOTET* dafür, dass er einerseits die Sicht, eine mehrfache Behandlung des Gegenstandes sei sinnvoll, zu teilen vermag und ihm überdies das Manuskript seines Aufsatzes zur Verfügung stellte. Dass die Möglichkeit der Berücksichtigung zur Hauptsache eine einseitige blieb, ist durch die äusseren Umstände bedingt, wird jedoch vom Schreibenden bedauert.

4. Die Literatur zu unserem Gegenstand ist durch zwei Monographien hervorragender Kollegen geprägt, die Habilitationsschrift von KARL OFTINGER aus dem Jahr 1937 und die dreissig Jahre später erschienene Abhandlung von PAUL PIOTET, die sich beide tieferschürfend mit ihrem Gegenstand auseinandersetzen<sup>4</sup>.

Mit den folgenden Hinweisen kann nicht angestrebt werden, die sich stellenden Fragen erschöpfend zu signalisieren oder gar zu behandeln; es sollen vorab die beiden hauptsächlichsten Problempunkte, nämlich die *Gefahrtragung* und die *Gewährleistung seitens des Vertrödlers*, aufgegriffen werden (unten Ziff. IV, V), während weitere interessierende Fragen übergangen werden müssen<sup>5</sup>. Diesen praktischen Überlegungen sind solche allgemeinerer Natur voranzustellen (unten Ziff. II zum praktischen Erscheinungsbild, Ziff. III zur sog. "Rechtsnatur" des Vertrages). Abschliessend folgt eine Zusammenfassung praktischer Ergebnisse und methodische Schlussfolgerungen zur Handhabung von Innominatkontrakten im allgemeinen (Ziff. VI).

---

<sup>4</sup> KARL OFTINGER, *Der Trödelvertrag, Prolegomena zu seiner Lehre*, Zürich 1937; PAUL PIOTET, *Le contrat estimatoire*, Bern 1967 (Im Gegensatz hiezu werden die Ausführungen Piotets in vorliegender Festgabe zitiert mit "Aufsatz"). Weiterhin können vermerkt werden aus der Feder von A. MEIER-HAYOZ die Karte Nr. 680 der Schweizerischen Juristischen Kartothek (Stand 1964) sowie die Hinweise von P. CAVIN, in *Schweizerisches Privatrecht*, Bd. VII/1, Basel 1977, 176-179, oder von HANS MERZ in: *GUHL / MERZ / KUMMER, OR*, 7. Aufl., Zürich 1980, 293, 492. – Aus der älteren Literatur vgl. sodann M. DE PURY / J. CORNU, *Le contrat de soumission*, in *ZSR* 54 (1935), S. 41-64; H. LORENZ, *Trödelvertrag*, in: *Rechtsvergl. Handwörterbuch*, hgg. von F. Schlegelberger, Bd. 6, Berlin 1938, S. 595-600.

<sup>5</sup> Interesse verdiente auch die Frage der Konsequenzen des Verzugs des Trödlers. Wäre neben der Regel des Rückforderungsrechts des Vertrödlers, wie festgeschrieben in BGE 55 II 45, nicht auch für bestimmte Umstände (Ablauf der vorausbestimmten Frist oder jedenfalls bei angesetzter angemessener Nachfrist) eine Option des Vertrödlers auf den Schatzungspreis zu erwägen (ähnlich wie in ABGB § 1086 oder im Entwurf eines BGB für das Grossherzogtum Hessen von 1853, § 316; anders aber eher SJZ 1983, 230 Nr. 40 und BGE 55 II 46)? – Die Frage des *Eigentums an der Trödelware* während deren Verwahrung beim Trödler hat Bedeutung nur, aber immerhin, im Falle des Konkurses des Trödlers im Hinblick auf die Möglichkeit der Aussonderung durch den Vertrödler. In diesem Zusammenhang werden die primär angesprochenen sachenrechtlichen Gesichtspunkte wiederum auf die Deutung des Vertrages der Parteien und damit auf die Auslegung ihres Willens zurückverweisen. Das Requisite der Registereintragung des Eigentumsvorbehalts (ZGB Art. 715) ruft zwangsläufig Abgrenzungsproblemen; im Falle eines als resolutiv bedingtem Kauf konzipierten "Trödelverhältnisses" könnte wohl vom Eintragungserfordernis nicht dispensiert werden, wenn die Parteien (bis zur Weiterveräußerung oder Bezahlung) das Eigentum dem Vertrödler reservieren wollten. Aus der Literatur vgl. F. AMMANN, *Die Verträge mit Eigentumsvorbehalt und ähnliche Geschäfte*, Diss. Bern 1939, S. 121-150; zu strafrechtl. Aspekten A. MEIER-HAYOZ, *Veruntreuung von Trödelware bzw. des aus ihrem Verkauf erzielten Erlöses?*, SZSt 69 (1954), S. 178-189; Obergericht des Kantons Bern, ZbJV 69 (1933), S. 577-589. – Dagegen kann ich der im Anschluss an BGE 69 II 114 von MERZ (zit. Anm. 4, 293) und CAVIN (zit. Anm. 4, 178 E. 4) getroffenen Feststellung, dass bei *Rechtsmissbrauch der Veräußerung* (d. h. solcher unter dem Schatzungspreis) der Dritte nicht Eigentum erwerbe, keine praktische Relevanz zuerkennen, da Kenntnis des Dritten vom Schatzungspreis im Regelfall nicht vorkommt (auch nicht im Fall BGE 69 II 114, so dass die dortigen Hinweise auf möglichen Rechtsmissbrauch bloss obiter dicta sind).

## II. Phänomenologie; Interessenlage der Parteien

1. Als *typische Objekte des Trödelvertrages* würde ich vorab Sachen wie gebrauchte Autos, Pferde, einzelne Stücke Vieh, Bilder und sonstige Kunstgegenstände, Antiquitäten und dgl. betrachten. In traditionellem Verständnis des Vertrages dürfte sich dieser hauptsächlich auf Gegenstände mit mehr oder weniger *Unikatscharakter* beziehen, dem das Fehlen eines eingespielten Marktes entspricht. Neben diese traditionelle Erscheinungsform ist der Trödelvertrag als Vertriebsmechanismus *industriell gefertigter Massenprodukte* getreten; er ist anscheinend im Juwelengeschäft, im Buchhandel usw. verbreitet. Diese auf Massenprodukte bezogene Erscheinungsform weicht in gewissem Sinn vom idealtypischen Modell des traditionellen *contractus aestimatorius* ab; unten (Ziff. V/2/d) wird zu zeigen sein, dass in der Frage der Sachgewährleistung auch eine abweichende Behandlung angezeigt ist.

2. Der Überlieferung und dem allgemeinen Sprachverständnis folgend würde ich als Wesensmerkmal des Trödelvertrages betrachten, dass die *Trödelware dem Trödler übergeben* wird und während der Wirksamkeit des Vertrages bei diesem verbleibt; andere Abmachungen sind natürlich ebenfalls möglich, dürften aber selten und atypisch sein<sup>6</sup>. Aus dem gleichen Grund scheint mir auch der Trödelvertrag wesensmässig auf *Fahrnisobjekte* eingeschränkt, während eine Grundstücktrödelei i. e. S. nicht bestehen wird<sup>7</sup>. Die Möglichkeit des Selbsteintritts des Trödlers (d. h. dessen Erwerb der Sache) könnte natürlich vertraglich ausgeschlossen werden, was sich aber weder mit der Vorstellung des Trödelvertrages gut verträgt<sup>8</sup> noch, in jedem voraussehbaren Normalfall, mit kommerzieller Logik vereinbar ist.

3. Das *wirtschaftliche Interesse* am Trödelverhältnis liegt beim Vertrödler darin begründet, dass dieser seine Ware veräußern möchte, ohne selber die Möglichkeit zu haben, den Käufer zu finden; ihm tritt der Trödler gegenüber, der als selbständiger Kaufmann zu handeln beabsichtigt, jedoch nicht selber erwirbt, weil er das Risiko der Unverkäuflichkeit nicht übernehmen will

---

<sup>6</sup> PIOTET (zit. Anm. 4), Aufsatz Ziff. III/A trifft diese Einschränkung nicht, wogegen begrifflich-logisch nichts eingewendet werden kann. Andererseits erscheint es fragwürdig, aus derartigen Abarten Rückschlüsse auf die Grundstruktur des Trödelvertrages schlechthin zu ziehen.

<sup>7</sup> A. M. hier PIOTET (zit. Anm. 4) 64. Im Ergebnis so wie hier OFTINGER (zit. Anm. 4) 38/39. Um den wirtschaftlichen Mechanismus der Trödelei zu verwirklichen, wird im Liegenschaftshandel wohl ein übertragbares Kaufrecht ("Option") eingeräumt werden müssen, das den für diese typischen Regeln, nur in zweiter Linie den hier diskutierten Prinzipien des Trödelvertrages gehorcht.

<sup>8</sup> Der Vertrödler will sich um das Schicksal der Ware nicht kümmern müssen; Umgehung einer entsprechenden Klausel könnte kaum verhindert werden.

und/oder weil er die finanziellen Mittel eines Eigenerwerbs nicht aufbringen mag<sup>9</sup>.

Das Resultat der Ausschaltung eines eigenen Risikos und finanziellen Einsatzes des Mittelsmannes wäre auch mit anderen Mitteln zu erreichen, insbesondere mit einem *Verkaufsauftrag* bzw. *Kommissionsverhältnis*, als das der Trödelvertrag oft genug i. S. einer "falsa demonstratio" bezeichnet wird. Dass nicht echte Kommission (die als solche ebenfalls häufig genug anzutreffen ist) gewählt wird, lässt sich nicht allein mit dem Bestreben erklären, das Resultat der Verkaufsbemühungen ausschliesslich den Mittelsmann ernten zu lassen: Massgeblich ist wohl meist ebenso der Wunsch des Veräusserers, in das Verkaufsgeschäft nicht involviert zu sein, insbesondere nicht die Risiken einer vom Trödler evtl. gewährten Kreditierung zu tragen noch für die von diesem evtl. gemachten Garantie- oder sonstigen Zusagen zu haften<sup>10</sup>. Darüber hinaus wird im Regelfall noch ein gewisser *Mangel an Vertrauen gegenüber dem Mittelsmann* hinzutreten, von dem man wohl im Rahmen eines Kommissionsgeschäfts, nicht aber im Trödelverhältnis wahrheitsgemäss den erzielten Kaufpreis erfahren muss. Wenn die Parteien statt anderer Möglichkeiten ein Trödelverhältnis wählen, ist für sie wohl oft das Bestreben wegleitend, auf Distanz ("at arm's length") zu bleiben, die kommerziellen Sphären der Parteien getrennt zu halten und den Vertrödler in die Frage, was der Trödler mit der Ware tun wird, nicht zu involvieren. Dieses Bestreben, das legitim ist und für das Trödelverhältnis charakteristisch scheint, muss auch bei der Lösung der Sachfragen mit berücksichtigt werden.

### III. "Rechtsnatur" des Trödelvertrages; Methodisches

1. "Die Rechtsnatur des Trödelvertrages ist noch immer umstritten", sagt CAVIN (zit. Anm. 4, 176). Die Frage nach der "Rechtsnatur" war seit jeher

---

<sup>9</sup> Dass der Trödler die Vorteile selbständigen kaufmännischen Handelns mit dem Vorteil des Ausschlusses von Risiko und Finanzierungsbedarf verbinden kann, erklärt nicht nur die praktische Bedeutung des Geschäfts, sondern rechtfertigt es, den *Schatzungspreis höher* anzusetzen, als den durch die Marktlage zwischen Vertrödler und Trödler gerechtfertigten Preis. So auch der Hinweis in BGE 55 II 46 oben. Allfällige *Preisschwankungen* gehen voll zulasten des Vertrödlers: Bei Wertsteigerung kassiert der Vertrödler den Mehrwert, während bei Preiszerfall die Ware dem Vertrödler verbleiben wird.

<sup>10</sup> Aus diesem Grund halte ich auch die verbreitete Tendenz, den Trödelvertrag in die Nähe der Kommission zu stellen (so etwa GUHL / MERZ / KUMMER (zit. Anm. 4) 293; CAVIN (zit. Anm. 4) 176, für missleitend: Verwandt (und damit Abgrenzungsprobleme schaffend) ist zwar die äussere Situation; indessen stehen Trödelvertrag und Kommission "idealtypisch" in schärfstem inneren Gegensatz, da zwischen Handeln auf eigene Rechnung (und damit ohne jede Treue- oder Rechenschaftspflicht wie im Trödelvertrag) und dem Handeln für fremde Rechnung der Kommission Zwischenlösungen nicht denkbar sind.

aufgeworfen; in der Schweiz wurde sie von Oftinger wie auch von Piotet an den Ausgangspunkt ihrer Untersuchungen gestellt; OFTINGER vertritt bekanntlich die Theorie eines Vertrages "sui generis", während PIOTET einen suspensiv bedingten Kauf annimmt<sup>11</sup>. Diese Gegenüberstellung von bedingtem Kauf und Vertrag "sui generis" scheint für die Schweiz typisch zu sein und findet sich auch in der Judikatur, die sich in kurzem Abstand bald für die eine wie die andere Betrachtungsweise ausgesprochen hat<sup>12</sup>.

2. In den römischen Quellen und im gemeinen Recht war die Auswahl angebotener Theorien reichhaltiger: Neben dem (bedingten) Kaufvertrag werden erwogen die *Sachüberlassung als Miete (locatio)*, *Dienstmiete (conductio operarum)*, *Mandat* oder *Gesellschaftsvertrag (societas)*<sup>13</sup>. ULPIAN lehnt alle diese Vorschläge ab, unter Hinweis, dass die Annahme eines Mandates mit dessen Unentgeltlichkeit in Widerspruch stünde und dass eine Gesellschaft nicht bestehe, da der Vertrödler den Trödler hinsichtlich der Veräußerung nicht zum Gesellschafter mache, vielmehr sich einen fixen Preis ausbedinge<sup>14</sup>. ULPIANs Standpunkt besagt, wenn es schon feststehe, dass dem Trödler eine Klage zustehen müsse, man jedoch über die Bezeichnung des sie begründenden Vertrages streite, sei es besser, eine eigenständige Klage, eben die "*actio aestimatoria*" (als "*actio in factum concepta*" bzw. als "*actio praescriptis verbis*") zu gewähren<sup>15</sup>.

3. Was die Theorie des Trödelvertrages als eines "*Vertrages sui generis*" besagt, ist methodisch nichts weiter als die Position ULPIANs: die Zuordnung zu einem vorgegebenen Vertragstyp wird abgelehnt und der Vertrag als eine eigenständige, nur aus sich selber heraus zu verstehende Sache aufgefasst<sup>16</sup>. Sie erscheint

<sup>11</sup> Vgl. OFTINGER (zit. Anm. 4) 19-36, bes. 36; PIOTET (zit. Anm. 4) 20-24, 43-58 und passim; Aufsatz Ziff. IV.

<sup>12</sup> Vgl. BGE 47 II 222 ("suspensiv bedingter Kauf"; die entsprechende Qualifizierung ist allerdings nicht sachentscheidend, nicht mehr als ein "obiter dictum"); im Gegensatz dazu BGE 55 II 44 ("contrat sui generis").

<sup>13</sup> ULPIAN in Dig. 19, 3 ("*De aestimatoria*"), 1 pr. Ähnlich (nach Ulpian) JULIAN in Dig. 19, 5, 13; *societas* wird nur an letzterer Stelle diskutiert.

<sup>14</sup> So Dig. 17, 2, 44, wo umgekehrt ULPIAN die Annahme einer *societas* nicht zum vornherein ausschliesst, sondern eine *actio pro socio* zulässt, wenn ein Wille zum Abschluss eines Gesellschaftsvertrages nachgewiesen ist. Ähnlich Dig. 19, 5, 13, 1.

<sup>15</sup> Dig. 19, 2, 1 pr.: "... quotiens enim de nomine contractus alicuius ambigeretur, conveniret tamen aliquam actionem dari, dandam aestimatoriam praescriptis verbis actionem ...". Es folgt der Hinweis, dass ein "*negotium bonae fidei*" in Frage stehe und daher das Verfahren in ein "*bonae fidei iudicium*" ausmünde. Bezüglich dieser gilt: "er (sc. der Richter) durfte sich in diesem Fall nicht auf die Berücksichtigung der Rechtsgrundsätze des Zivilrechts beschränken, sondern musste der individuellen Sachlage des Einzelfalles im weitesten Falle Rechnung tragen. Handelte es sich z. B. um einen vertraglichen Anspruch, so waren nicht nur die ausdrücklichen Parteiabreden in Betracht zu ziehen, sondern auch der stillschweigend vereinbarte Vertragsinhalt, der Ortsgebrauch und die allgemeine Verkehrssitte." (JÖRS / KUNKEL / WENGER, Römisches Privatrecht, 3. Aufl., 1949, S. 165).

<sup>16</sup> Vgl. oben Anm. 13.

naheliegend: War schon zur Zeit des grundsätzlich geschlossenen römischen Kontraktsystems die von diesem an sich geforderte Zuordnung zu einem Kontrakttypus nicht sachgerecht, besteht heute unter der Herrschaft der Vertragstypenfreiheit noch weniger Anlass zu einem derartigen Schritt.

Die von PIOTET vorgeschlagene *Deutung als suspensiv bedingten Kauf* kann sicher beanspruchen, in sich folgerichtig zu sein und in mancher Hinsicht eine klare Lösung zu vermitteln, die ohne diese Deutung sich nicht einstellen würde. Sie begegnet aber dem Einwand, dass die Parteien in den hier zur Diskussion stehenden Fällen dem nachträglich die Verhältnisse beurteilenden Juristen nicht den Gefallen getan haben, einen Kauf zu vereinbaren; sie sprechen von Trödelvertrag (oder häufiger von "Kommission", "Submission" oder was auch immer), aber gerade *nicht* von einem bedingten Kauf. Dies ist um so eher zu beachten, als der Kauf in den Vorstellungen des Publikums eine herrschende Stellung einnimmt, wie auch die Möglichkeit *bedingten* Vertragsschlusses jedermann geläufig ist: Wenn die Parteien keinen bedingten Kauf schliessen, dann haben sie dieses Resultat offenkundig nicht gewollt; fragwürdig ist es, ihr Geschäft im nachhinein in einen bedingten Kauf umzuinterpretieren. – Der Abschluss eines bedingten Kaufs ist andererseits in zahlreichen Fällen eine angemessene und naheliegende Lösung, die wohl auch häufig von den Parteien tatsächlich verabredet wird. In einem Grenzbereich mag es durchaus zufällig sein, ob die Parteien Kauf oder Trödelvertrag wählen. Nicht selten sind sie auch nicht hinreichend explizit und lassen eine präzise Umschreibung des Gewollten vermissen. In derartigen Fällen mag es gute Gründe geben, auf viele (wenn auch nicht notwendigerweise alle) der sich stellenden Fragen das Modell des bedingten Kaufs anzuwenden; für derartige Fälle ist das von PIOTET dargestellte Modell verwendbar, wenn nicht das sich am ehesten aufdrängende. Daneben bleiben aber die Fälle (über deren Häufigkeit jede statistische Aussage fragwürdig bleibt), in denen die Parteien entweder klar zum Ausdruck bringen, dass sie (positiv) einen *Trödelvertrag* wollen, oder doch wenigstens, dass sie (negativ) *einen bedingten Kauf nicht wollten*; aufgrund allgemeiner konzeptueller Überlegungen jene Regelung als geltend anzunehmen, welche die Parteien eben gerade nicht als die ihre verabredet haben, scheint nicht angemessen.

4. Die zu befolgende Methode wird sich vorab am *Willen der Parteien* zu orientieren haben oder, besser gesagt, an dem, was die Parteien aufgrund ihrer damaligen Interessenlage vereinbart hätten, wenn sie bei Vertragsschluss die nachträglich aufgekommene Problemlage vorausgesehen hätten. Daneben werden aber auch allgemeinere Überlegungen des Richters zulässig sein, wie jene der allgemeinen Verkehrsanschauungen und der Praktikabilität, kurz, was die romanistische Doktrin für die "*bona fidei negotia*" vorschlägt<sup>17</sup>. Dabei darf man sich ruhig eingestehen, dass das Trödelverhältnis irgendwo zwischen

---

<sup>17</sup> Vgl. das Zitat oben Anm. 15.

bedingtem Kauf (einschliesslich dem Kauf auf Probe), Verkaufsmandat, Sozietät oder Werkvertrag steht, dass folglich fallweise eine Anlehnung bald an das eine oder andere Vertragsmodell angezeigt sein mag. Nicht methodengerecht erscheint indessen eine Konzeption, die allgemeingültige Anlehnung an eines dieser Modelle postuliert. Es gibt überhaupt *nicht* den *Trödelvertrag schlechthin*, sondern nur den von den konkreten Parteien geschlossenen Vertrag, der unter die *Sammelbezeichnung des Trödelvertrages* fällt, trotz dieser Subsumtion jedoch im übrigen in seinen Eigenheiten akzeptiert werden muss. Allgemeine Feststellungen, wie sie im folgenden (Ziff. IV-VI) versucht werden, müssen deshalb unter diesem allgemeinen Vorbehalt stehen. Im besonderen muss erkannt werden, dass die (heute praktisch wohl recht bedeutsame) Vertrödelung industriell gefertigter Massenprodukte in Einzelfragen besonderen Gesetzen gehorcht, die gegenüber dem traditionellen Normaltypus (Vertrödelung von Unikaten) abweichen.

5. Gegenüber der Theorie des bedingten Kaufs ist abschliessend noch im Grundsätzlichen festzuhalten, dass sie nicht eine hinreichende Begründung dafür liefert, dass die massgebliche *Bedingung eine suspensive* (aufschiebende) sei, wie es von ihren Vertretern angenommen wird. Die zu ziehenden konkreten Folgerungen hängen von diesem Element ab und würden, bei Annahme des Gegenteils (d. h. einer auflösenden Bedingung), möglicherweise ebenfalls in ihr Gegenteil gewendet (dies jedenfalls in der Frage der Gefahrtragung). Eine Entscheidung für die eine oder andere Bedeutung der Bedingung kann nur im Hinblick auf Gesichtspunkte des Willens der Parteien erfolgen, denn beide Formen der zu vereinbarenden Bedingung sind rechtlich gleichermassen zulässig und sachlich denkbar<sup>18</sup>. Den möglichen Willen der Parteien erwägend, würde man feststellen können, dass die Ausrichtung des Trödelverhältnisses auf die (von beiden Parteien gleichermassen erhoffte) Weiterveräusserung es nahelegen würde, den erwarteten Fall zur Regel zu machen und die (nicht erhoffte) Variante (d. h. die Nichtveräusserung) zum Inhalt der die Regel

---

<sup>18</sup> Eine Vermutung zugunsten aufschiebender Bedingung und gegen auflösende Bedingung besteht nicht und kann auch nicht aus Art. 151 Abs. 2 OR gefolgert werden, da diese Vorschrift, i. S. eines "favor debitoris", nur zum Ausdruck bringt, dass eine Verpflichtung im Zweifel nicht als sofort eintretend, vielmehr als aufgeschoben zu verstehen sei. Das ist aber nicht unser Problem, denn der Trödler schuldet jedenfalls erst mit Eintritt der Bedingung; die Frage geht nur dahin, ob beim Ausbleiben des die Bedingung konstituierenden Ereignisses er die Sache zurückgeben (aufschiebende Bedingung) oder aber den Schatzungspreis bezahlen (auflösende Bedingung) muss. Im übrigen sind die beiden Bedingungsformen vertauschbar: Dass durch eine Wendung ins Negative die Suspensivbedingung zur Resolutivbedingung wird und umgekehrt, hat bereits BECKER (Berner Kommentar, Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, Bern 1941-1945, Vorbem. zu OR Art. 151-157, N. 20) dargelegt. So sind gleichbedeutend: "Der Kauf soll als geschlossen gelten, sobald Ereignis X eintritt" (Suspensivbedingung) und: "Der Kauf soll als geschlossen gelten, es sei denn, dass Ereignis X ausbleibt" (auflösende Bedingung). Schon aus diesem Grund sollten an die Gegensatzbildung keine weitreichenden Folgen geknüpft werden.



ausschaltenden Bedingung: Geschlossen wäre der Kaufvertrag bereits mit der Vereinbarung Vertrödler – Trödler, wobei die Besonderheit des Trödelverhältnisses darin bestünde, dass der Trödler im Falle der Unverkäuflichkeit ein Rückgaberecht hat. Ich würde annehmen, dass in der Tat derartige Vereinbarungen vorkommen und nicht zum vornherein aus der Betrachtung ausgeschlossen werden dürfen<sup>19</sup>.

#### IV. Gefahrtragung bei Untergang der Sache

1. Die Frage, ob der Trödler, bei Untergang der Sache vor deren Weiterveräußerung, den Schatzungspreis zu bezahlen habe oder frei sei, ist wohl das in der Diskussion im Vordergrund stehende Problem.

Wie PIOTET zutreffend feststellt, wird in der Schweiz überwiegend die Auffassung der Gefahrtragung durch den Vertrödler vertreten, der demnach im Falle des Untergangs den Schatzungspreis nicht erhält<sup>20</sup>. Bei der Auffassung als *aufschiebend bedingten Kauf* ergibt sich die Lösung aus der expliziten Norm von Art. 185 Abs. 3 OR. Für MEIER-HAYOZ und andere ist der Vertrödler als *Eigentümer* gefahrbelastet ("casus sentit dominus"), während OFTINGER eine *Alternativobligation* des Trödlers annimmt, der sich durch Wahl der (unmöglich gewordenen) Rückgabe befreien könne.

2. Das derzeitige Überwiegen dieser Auffassung in der Schweiz scheint zufällig; eine schweizerische Besonderheit kann nicht erkannt werden. Die römischen Quellen sind hier geteilt: ULPIAN spricht sich klar für eine Gefahrtragung des Trödlers aus, der vereinbarungsgemäss entweder die Sache wohlhalten zurückgeben oder dann den Schatzungspreis bezahlen muss<sup>21</sup>. Andererseits zitiert ULPIAN auch LABEO und POMPONIVS, die in Widerspruch hierzu eine uns überraschende, hochinteressante Mittellösung vorschlagen: Gefahrbelastet soll diejenige Partei sein, welche die Initiative zur Aestimatio ergriffen hat, während im Falle unmöglicher Zuweisung der Initiative der Trödler lediglich

---

<sup>19</sup> In den römischen Quellen werden, soweit das Modell des bedingten Kaufs einfließt, gleichermassen beide Varianten wirksam; für PUCHTA, Pandekten, § 313, steht diejenige des *auflösend* bedingten Kaufs im Vordergrund. Vgl. auch FR. PH. VON KÜBEL, Recht der Schuldverhältnisse, 2. Teil (Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung eines BGB, 1876-1883, Nachdruck hgg. v. W. Schubert, 1980) 1080.

<sup>20</sup> PIOTET (zit. Anm. 4) Aufsatz Ziff. VI; OFTINGER (zit. Anm. 4) 106/7, 108 f.; MEIER-HAYOZ (Zit. Anm. 4), Ziff. 3.

<sup>21</sup> Dig. 19, 3, 1, 1: "Aestimatio autem periculum facit eius qui susceptit: aut igitur ipsam rem debet incorruptam reddere aut aestimationem de qua convenit."

für Verschulden haftet, die Gefahr somit grundsätzlich beim Vertrödler bleibt<sup>22</sup>. Das *österreichische* ABGB muss sich, seiner Konzeption als Verkaufsauftrag entsprechend, für eine Gefahrtragung des Vertrödlers entscheiden (§ 1087), während die modernste gesetzliche Regelung, jene des *italienischen Codice civile*, die Lösung ULPIANs aufnimmt und eine Befreiung des Trödlers bei Untergang explizit ausschliesst (CC art. 1557).

3. Ich muss gestehen, dass mich die für die Gefahrtragung des Vertrödlers vorgetragenen Argumente nicht zu überzeugen vermögen. Sie sind insgesamt von einem bestimmten theoretischen Konzept her abgeleitet; entscheidend sollte indessen eher der Gesichtspunkt sein, welche Lösung besser dem Willen der Parteien entspricht bzw. deren Interessenlage am angemessensten respektiert und deren (bewusste oder unbewusste) Vorstellungen bei Vertragsschluss verwirklicht. Derartige Überlegungen scheinen mir nun zwar nicht immer, wohl aber in der überwiegenden Zahl der Fälle deutlich in *Richtung der Gefahrtragung des Trödlers* zu weisen.

Vorab ist zu erinnern, dass die Parteien selbstverständlich frei sind, die Gefahrtragung wie auch immer zu regeln. Wenn nun aber als harter Kern des Trödelvertrages die Verpflichtung des Trödlers erkannt wurde, entweder den Schatzungspreis zu bezahlen oder die Ware zu restituieren, und man diese Abmachung wörtlich und trocken interpretiert, enthält sie eine Gefahrtragsregel: Der Trödler muss eine dieser Leistungen erbringen, und bei Unmöglichwerden der einen Leistung bleibt die andere geschuldet. Werden die Parteien ernst genommen und ihre Abmachung wörtlich respektiert, führt dies, wie bereits ULPIAN sieht, grundsätzlich zu einer Gefahrtragung des Trödlers.

4. Zu erinnern ist, dass der Trödelvertrag oft ein *Misstrauenselement* enthält; der Vertrödler will mit dem Trödler "at arm's length" verkehren, und die Interessensphären der Parteien sollen getrennt bleiben (oben Ziff. II/3). Ist dies so, muss der Vertrödler die Einrede des Untergangs der Sache vertraglich ausschliessen: Er soll nicht über die Gründe des Untergangs der Sache rechten müssen. Auch wenn im Prozess der Trödler sowohl den Untergang als solchen wie auch seine eigene Verschuldenslosigkeit zu beweisen hat, ist die Zulassung der Einrede als solche schon nachteilig genug, gibt sie doch dem Trödler einen Einwand der Leistungsverweigerung, über deren Berechtigung erst der Prozess entscheiden wird, und belastet sie den Vertrödler mit dem Risiko des Prozessverlustes (da der Vertrödler keinerlei Kontrolle der Vorgänge beim Trödler hat, kann er sich auch über die Berechtigung der gegnerischen Position vorprozessual nur schwer Gewissheit verschaffen). Gefahrtragung des Trödlers

---

<sup>22</sup> Dig. 19, 5, 17, 1: "... et ait Labeo, quod et Pomponius scripsit, si quidem ego te venditor rogavi, meum esse periculum: si tu me, tuum: si neuter nostrum, sed dumtaxat consensimus, teneri te hactenus, ut dolum et culpam mihi praestes."

zu vereinbaren liegt daher auch im Interesse der Streitvermeidung und der Wahrung klarer Verhältnisse. Darüber hinaus ist festzuhalten, dass nicht bloss das Trödelgut sich im Bereich des Trödlers befindet und daher am sachgemässesten auch in dessen Risikobereich gestellt wird; es wird auch das Ausmass des Risikos, dem die Sache ausgesetzt ist, von der Geschäftspolitik des Trödlers beeinflusst: Dieser bestimmt den Rhythmus der Geschäftsabwicklung<sup>23</sup>, d. h. darüber, ob die Sache an den ersten besten Interessenten geht (womit ein weiteres Risiko entfällt) oder, in Erwartung eines besseren Gebotes, weiter an Lager gehalten wird, so wie er entscheidet, ob die Sache an einen Interessenten zur Ansicht gegeben oder versandt wird, das Auto zu einer Probefahrt zur Verfügung steht oder nicht usw., alles Vorgänge, welche die Gefahr eines – vom Trödler nicht verschuldeten – Untergangs in sich tragen.

5. Die Argumente, welche zur Begründung der Gefahrtragung durch den Vertrödler angeführt werden, sind insgesamt nicht aus dem Gesichtspunkt sachgerechter Interessenabwägung abgeleitet, sondern durch "dogmatische" Gesichtspunkte bestimmt, daher, wie gesehen, nicht sachgerecht. Indessen ist selbst auf dieser Ebene keine der verschiedenen Betrachtungsweisen schlüssig:

a) Nach der Theorie des *bedingten Kaufs* ist festzustellen, dass die Gefahr nur dann beim Vertrödler liegt, wenn die Bedingung als *aufschiebende* interpretiert wird, während die ebenso zulässige Auffassung als auflösende Bedingung<sup>24</sup> zum gegenteiligen Resultat führen würde<sup>25</sup>.

b) Die Gefahr mit dem *Eigentum* zu verkoppeln und den Vertrödler infolge seines Eigentums mit ihr zu belasten, ist ebenfalls nicht zwingend. Es ist zu bedenken, dass der Satz "casus sentit dominus" keinerlei normativen Gehalt hat bzw. auf gewollter rechtlicher Anordnung beruht, sondern lediglich *deskriptiv* ist und die (selbstverständliche) Regel formuliert, dass ein eingetretener Schaden beim Eigentümer bleibt, falls nicht eine vertragliche oder gesetzliche Sonderregelung eine andere Schadenszuordnung anordnet, d. h. einen Dritten zur Entschädigungsleistung verpflichtet. Die Frage, welche der Parteien nach dem Trödelvertrag das Risiko zu tragen habe, kann daher nicht mit Berufung auf die Eigentümer-Risikotragung beantwortet werden, da diese selbstverständlich jegliche abweichende vertragliche Regelung vorbehält; der

---

<sup>23</sup> "Trödeln" ("Tröhlen") ist im allgemeinen Sprachgebrauch zum Synonym des zeitlichen Hinauszögerns geworden: Der Trödler kann sich Zeit lassen, da er kein Kapital investiert hat, da Preisschwankungen zulasten des Partners gehen (Anm. 9) usw. – Dieser Zusammenhang mit dem allgemeinen Sprachgebrauch mag aber auch die traditionelle Bedeutung des Geschäfts illustrieren!

<sup>24</sup> Vgl. oben Ziff. III/5 und Anm. 18 und 19.

<sup>25</sup> Dies bereits aufgrund der Tatsache, dass der Kaufgegenstand in den Besitz des Käufers übergegangen ist, der Verkäufer (Vertrödler) seinerseits erfüllt hat (Art. 154 OR); Bestätigung sodann in Art. 185 Abs. 3 OR.

Hinweis auf die Eigentümer-Gefahrtragung ist daher genau besehen eine *petitio principii*.

c) Auch die von OFTINGER aus dem *Begriff der Wahlschuld* des Trödlers abgeleitete Befreiung desselben (und damit begründete Belastung des Vertrödlers mit der Gefahr) hält näherem Zusehen nicht stand. Es wird vom Wahlrecht (Gestaltungsrecht) des Trödlers ausgegangen, zwischen Preiszahlung und Sachrestitution zu wählen. Die Wahlmöglichkeit des Trödlers als solche ist unbestritten, dagegen bereits nicht schlüssig dargetan, dass diese als Wahlobligation im technischen Sinn verstanden werden muss und dass nicht vielmehr eine *Alternativobligation (facultas alternativa)* vorliegt, bei welcher Deutung die Gefahrtragung offen ist<sup>26</sup>. Abgesehen davon ist die von OFTINGER formulierte weitere Folgerung, dass der Schuldner die Wahl habe, sich für die unmöglich gewordene Leistung (hier die Sachrestitution) zu entscheiden und diesfalls infolge der Unmöglichkeit der Sachrestitution gemäss Art. 119 OR schlechthin befreit werde, willkürlich und entbehrt jeglicher Grundlage. Dieser (mit keinem Wort begründeten) Annahme liegen Präsumptionen zugrunde, die weder im Gesetz, noch der Rechtsüberlieferung, noch in wertender Beurteilung der Verhältnisse eine Rechtfertigung finden. Bereits der Schluss, dass bei Unmöglichkeit der einen von zwei Alternativleistungen sich das Wahlrecht erhalte und der Schuldner, durch Wahl der unmöglich gewordenen Leistung, sich der Leistungspflicht entschlagen könne, ist weder im Gesetz festgeschrieben noch durch die Logik gefordert. Im übrigen steht diese Auffassung in Widerspruch zu Überlieferung wie auch zur damaligen Literatur<sup>27</sup>. Während beim synallagmatischen Vertrag das Erlöschen der Obligation kraft Wahl des wahlberechtigten Schuldners immerhin diskutabel erscheint, da der befreite Schuldner seinen Anspruch auf die Gegenleistung

---

<sup>26</sup> Der Trödler kann primär zur Restitution der Sache verpflichtet sein und nur alternativ die Möglichkeit haben, sich durch Zahlung zu befreien (Restitution "in obligatione", Zahlung "in solutione"; bei welcher Annahme Untergang der Sache ihn befreit). Es kann aber auch (was näherliegend scheint) Primärpflicht die Zahlung des Schatzungspreises sein, die alternativ durch Restitution ersetzt werden kann (Zahlung "in obligatione", Restitution "in solutione"; diesfalls löst Sachuntergang keine Befreiung aus). Nur Vertragsauslegung würde die Entscheidung für Wahlschuld bzw. eine der beiden möglichen Varianten der *facultas alternativa* zulassen.

<sup>27</sup> Vgl. VON TUHR, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, § 11/III, bes. bei Anm. 22, der eine Konzentration auf die noch mögliche Leistung annimmt. So auch explizit BGB § 265. Die gemeinrechtliche Lehre (z. B. WINDSCHEID, Pandekten, Bd. II, § 255, Anm. 13), der heute noch mit guten Gründen ENGEL folgt (Traité des Obligations, S. 67), wollte zwar eine Erhaltung des Wahlrechts annehmen, das jedoch nur die Befugnis beinhaltete, statt der unmöglich gewordenen Leistung deren *Geldwert*, nicht jedoch überhaupt nichts, zu leisten. Vgl. für das Gemeine Recht auch VON KÜBEL (zit. Anm. 19) 1083, 1101, Ziff. 3. – Der Schreibende hat sich in seinem Allgemeinen Teil des OR, 1. Aufl., Zürich 1979, p. 267, für eine Erhaltung des Wahlrechts ausgesprochen, ohne i. S. von ENGEL u. a. das Erfordernis der Ersatzzahlung zu statuieren. Diese Stellungnahme ist – wie die Äusserungen in der Literatur überhaupt – strikt auf synallagmatische Schuldverhältnisse beschränkt; eine Anwendung auf den Trödelvertrag wurde nie erwogen. Ob am Grundsatz festzuhalten ist, erscheint im übrigen fraglich; vgl. demnächst OR/AT, 2. Aufl. 1988, § 18/V/2/e bei Anm. 23-27.

einbüsst bzw. diese zurückerstatten muss, ist diese Lösung beim Trödelvertrag unannehmbar, da die unmöglich gewordene Leistung gleichzeitig die vom Vertrödler erbrachte Gegenleistung ist, deren Rückerstattung im gleichen Vorgang, der die (Rück-)Leistungspflicht des Trödlers unmöglich macht, ebenfalls verunmöglicht wird (der Trödelvertrag wird nur bei der Wahl der Preiszahlung zum synallagmatischen Vertrag, während dies im Fall der Wahl der Restitution nicht zutrifft)<sup>27a</sup>. Aus dem Gesagten folgt, dass die an die Wahlschuld des Trödlers anknüpfende Betrachtung keineswegs zu einer *Gefahrtragung* des Vertrödlers führt, sondern allein eine solche des Trödlers zu begründen vermag.

6. *Zusammenfassend* ist festzuhalten, dass weder das Konzept des "bedingten Kaufs" noch der Hinweis auf die Gefahrtragung des Eigentümers für sich genommen eine Beantwortung der Frage der Gefahrtragung zulassen, sondern auf die *Auslegung des geschlossenen Vertrages* verweisen. Die Interessenlage der Parteien bei Vertragsschluss ergibt für den Normalfall m. E. ein Übergewicht zugunsten der Gefahrtragung des Trödlers, die überdies die im Interesse der Streitvermeidung und der Klarheit der Verhältnisse erwünschtere ist. Mit der Feststellung, dass alle Argumente auf eine Gefahrtragung des Trödlers hinweisen, soll nicht ausgeschlossen sein, dass *besondere Verhältnisse* im Einzelfall eine umgekehrte Beurteilung zu rechtfertigen vermögen<sup>28</sup>.

## V. Gewährleistung

### 1. Rechtsgewährleistung

Im Falle der Entscheidung des Trödlers für die Bezahlung des Schatzungspreises ist ein Ergebnis hergestellt, das dem Verkauf der Trödelware gleichkommt, so dass in diesem Fall eine Anwendung der kaufrechtlichen Regeln erwogen werden muss. Die herrschende Auffassung geht denn auch dahin, eine Gewährleistung des Vertrödlers nach kaufrechtlichen Grundsätzen eintreten

<sup>27a</sup> OPTINGER selber erkennt, dass das Trödelverhältnis ein "*bedingt synallagmatischer Vertrag*" ist (p. 51), ohne jedoch die daraus sich ergebenden Folgerungen zu ziehen (p. 106 ff.).

<sup>28</sup> Das würde ich insbesondere annehmen, wenn sich Elemente eines *Verkaufsauftrages* in den Vordergrund schieben, die Übernahme der Sache sich eher als eine *Gefälligkeit* des Trödlers darstellt oder wenn die Aussichten auf die Möglichkeit der Weiterveräußerung durch den Trödler von den Parteien als gering eingestuft wurden. Vgl. ABGB § 1087. Auch in den römischen Quellen scheint ein Abweichen von der im Vordergrund stehenden Trödler-Gefahrtragung vor allem für den Fall überwiegenden Vertrödler-Interesses vorgesehen gewesen zu sein (Dig. 19, 5, 17, 1; LABEO und POMPONIUS, nach ULPIAN, Dig. 19, 5, 17, 1; oben Anm. 22).

Ist die Frage als eine solche der *Vertragsauslegung* erkannt, erscheint auch eine *Teilung des Risikos* nicht als zum vornherein ausgeschlossen; der Trödler hätte unter dieser Annahme bei Untergang der Sache den *halben* Schatzungspreis zu bezahlen.

zu lassen<sup>29</sup>. Dagegen ist hinsichtlich der Rechtsgewährleistung nichts einzuwenden, denn die Sachübergabe durch den Vertrödler zum Weiterverkauf impliziert die Behauptung der eigenen Verfügungsbefugnis bzw. des möglichen gültigen Eigentumserwerbs durch den Dritten.

Wird die Sache durch den besser Berechtigten dem *Trödler* entzogen, kann er sich trotzdem für deren Übernahme entscheiden und Ansprüche nach Art. 108 bzw. 195 OR geltend machen<sup>30</sup>. Wird die Sache dem *Dritterwerber* entzogen (dem der Trödler gleich wie jeder sonstige Verkäufer haftet), so haftet der Vertrödler dem Trödler, soweit dieser vom Dritterwerber dafür in Anspruch genommen wird, für die Kosten (Art. 195 Abs. 1 Ziff. 2-4 OR). Hinsichtlich der *Preisrückerstattung* kommt vorerst nur der Schatzungspreis als der zwischen Trödler und Vertrödler massgebliche Kaufpreis in Betracht, während die Ersetzung des vom Trödler dem Dritterwerber rückerstatteten höheren Verkaufspreises im Falle von Art. 196 Abs. 2 OR, d. h. dem Misslingen des Exkulpationsbeweises des Vertrödlers, in Betracht fällt.

## 2. Sachgewährleistung

a) Obwohl eine, soviel ich sehe unwidersprochen gebliebene und einhellige Auffassung in der Schweiz eine Übertragung der Sachgewährleistung auf den Trödelvertrag annimmt<sup>31</sup>, vermag ich dem nicht zu folgen, sondern halte eine solche Lösung für *sachwidrig*: Eine Gewährleistung widerspräche recht eigentlich der Grundstruktur des von den Parteien im Trödelvertrag Gewollten. Dies wenigstens, wenn wir uns an dessen "klassisches" Modell halten; dass in modernen Abarten die Dinge anders liegen, wird ebenfalls zu vermerken sein (unten lit. d).

b) Zwei Phasen müssen unterschieden werden: Die Geltendmachung der Sachmängel *vor* und jene *nach* der Veräusserung bzw. Übertragung an den Dritterwerber.

Solange die Ware sich beim Trödler befindet und nicht weiterverkauft ist, wird m. E. jeglicher Gewährleistungsanspruch des Trödlers durch dessen Befugnis, diese jederzeit zurückzugeben, *konsumiert*<sup>32</sup>. Mehr als Befreiung von

---

<sup>29</sup> OFTINGER (zit. Anm. 4), 57-61, der darauf hinweist, dass der Gesetzgeber in Art. 365 Abs. 1, 381, 531 Abs. 3 OR und Art. 637 Abs. 1 ZGB in vergleichbaren Verhältnissen auf die kaufrechtliche Gewährleistung verwiesen hat. Ähnlich MEIER-HAYOZ (zit. Anm. 4) 5; PIOTET (zit. Anm. 4) 92-105 und CAVIN (zit. Anm. 4) 178.

<sup>30</sup> So auch PIOTET (zit. Anm. 4) 96.

<sup>31</sup> Vgl. oben Anm. 29.

<sup>32</sup> Eine Konsumtion der Gewährleistung durch das Rückgaberecht nehmen a.a.O. auch OFTINGER (zit. Anm. 4) und MEIER-HAYOZ (zit. Anm. 4) an, während PIOTET (zit. Anm. 4) und anscheinend auch CAVIN (zit. Anm. 4) an einer uneingeschränkten Haftung des Vertrödlers bereits in dieser Phase festhalten.

der Schatzungspreisschuld zu fordern (d. h. nach Art. 208 OR weitergehende Ansprüche geltend zu machen) geht nicht an: Nach der Vereinbarung der Parteien soll der Schatzungspreis bezahlt oder die Ware restituiert werden; eine nachträgliche Preisreduktion muss als vertraglich ausgeschlossen gelten. Auch praktische Überlegungen verbieten die Erwägung einer Preisreduktionsmöglichkeit: Sehr wohl ist es möglich, dass der Trödler die Ware mehr oder weniger unbesehen zu dem vom Vertrödler geforderten Schatzungspreis entgegengenommen hat, in welchem Fall die Situation sich dem Kauf auf Probe annähert, bei dem selbstredend eine Preisreduktion ausser Diskussion steht. Oder aber der Schatzungspreis beruht auf einer Preisverhandlung, der dann meist eine eingehende Prüfung der Ware durch den Trödler vorausgeht, der seinerseits i. d. Regel sachkundig ist (während dies der Vertrödler keineswegs zu sein braucht). Hat sich der Trödler verrechnet, soll er nicht durch Geltendmachung von Sachmängeln die Preisdiskussion neu eröffnen können, sondern die Rückgabe wählen. Bei anderer Auffassung würde im Prozess zum leidigen Beweisthema der Mangelhaftigkeit der Ware das noch leidigere hinzukommen, welche Eigenschaften der Ware bei Prüfung dem Trödler bekannt waren oder hatten bekannt sein müssen. Abgesehen davon wird auch der Mangelbegriff fragwürdig: Als "vorausgesetzter Gebrauch" i. S. von Art. 197 Abs. 1 OR müsste wohl die Weiterveräußerung durch den Trödler gelten, und veräußern lässt sich jede Ware.

c) Ist die Ware an einen *Dritten weiterverkauft*, gelten zwischen dem Drittkäufer und dem Trödler die üblichen kaufrechtlichen Gewährleistungsregeln. Zu fragen ist indessen, wie diese Trödler-Gewährleistung sich zu jener behaupteten des Vertrödlers verhalten soll: Sind die beiden Haftungen selbständig und unabhängig, oder aber ist die Haftung des Vertrödlers auf eine Schadloshaltung des Trödlers begrenzt? Die bisherige Doktrin bleibt eine Antwort schuldig. Angesichts der auf die Weiterveräußerung an Dritte ausgerichteten Natur des Trödelvertrages darf wohl nur in letzterem Sinne entschieden werden; es wäre schwer verständlich und mit dem Parteiwillen kaum zu vereinbaren, wenn z. B. aufgrund nachträglich zum Vorschein kommender versteckter Mängel der Vertrödler dem Trödler eine Preisminderung zugestehen müsste, obwohl der Dritterwerber, bei dem dieser Mangel zum Vorschein gekommen ist, seinerseits entsprechende Ansprüche nicht geltend macht oder, wegen Verjährung, Versäumen der Mängelrüge usw., nicht geltend machen kann. Muss es als vertraglich ausgeschlossen gelten, dass der Trödler, nach Auftauchen eines Mangels beim Drittkäufer, vom Vertrödler eine Preisminderung beanspruchen kann, wenn er selber von seinem Käufer nicht in Anspruch genommen wird, verliert die behauptete Sachmängel-Gewährleistung des Trödlers ihren selbständigen Charakter und reduziert sich auf eine *Regresshaftung des Vertrödlers* für den Fall der Inanspruchnahme

des Trödlers durch den Dritterwerber<sup>33</sup>. Ist dies zutreffend, zeigt sich nun aber überhaupt die Fragwürdigkeit einer Sachgewährleistung des Vertrödlers: Gewährleistung steht bekanntlich in Abhängigkeit vom Kaufvertrag und lässt sich nicht "objektiv" ermitteln, sondern nur unter Bezugnahme auf den Vertrag der Parteien; nicht nur kann sie durch Garantiezusagen oder Haftungswegbedingungen beliebig ausgeweitet oder eingeschränkt werden, auch der "vorausgesetzte Gebrauch" i. S. von Art. 197 Abs. 1 OR lässt sich nicht objektiv und allgemeingültig, sondern nur unter Bezugnahme auf eine konkrete Vertragsschluss-Situation bestimmen. Das bedeutet nun aber, dass der vom Trödler mit dem Drittabnehmer geschlossene Vertrag darüber entscheiden würde, ob dem Trödler Ansprüche gegenüber dem Vertrödler zustehen oder nicht: Hat z. B. der Trödler die zu billigem Schatzungspreis übernommene Ware unter Gewährleistungsausschluss (und entsprechend günstig, mit geringem Aufpreis) weiterverkauft, bleibt nicht nur der Trödler, sondern auch der Vertrödler von Gewährleistungsansprüchen verschont, während im umgekehrten Fall, des (teuren) Weiterverkaufs unter allen möglichen Garantiezusagen, beide mit Gewährleistungsansprüchen belastet wären. Dies mag zeigen, dass die Annahme einer Sachgewährleistung des Vertrödlers mit dem zentralen Anliegen der Parteien des Trödelvertrages, den Trödler ausschliesslich auf eigene Rechnung handeln zu lassen und die kommerziellen Sphären der Parteien säuberlich getrennt zu halten, nicht vereinbar ist; *Sachgewährleistung des Vertrödlers muss daher m. E. im Regelfall als vertraglich ausgeschlossen gelten.*

d) Alles Gesagte betrifft nur den "idealtypischen", "klassischen" Fall des Trödelvertrages (Beispiel des gebrauchten Autos, des Reit- oder Springpferdes, der Antiquität usw.). Etwas anderes muss wohl gelten (und diese Fälle mögen sogar statistisch das Übergewicht haben), wenn industrielle Massengüter in Frage stehen und z. B. Neuwagen, neuer industriell gefertigter Schmuck, Bücher usw. dem Trödler zum Vertrieb übergeben sind. In derartigen Fällen steht ausser Frage, dass ein Einstehen des Herstellers/Vertrödlers für die Qualität der gelieferten Produkte kommerziell sinnvoll ist und nicht zum vornherein als vertraglich ausgeschlossen gelten kann. Es kann hier nicht unternommen werden, die Ausprägung der in derartigen Fällen geltenden Sachgewährleistung und ihrer Sonderprobleme zu erörtern; häufig genug

---

<sup>33</sup> Im Kaufrecht sind ähnliche Mechanismen bei der *Rechtsmängel-Gewährleistung* verwirklicht, wo nach dem *Eviktionsprinzip* der Verkäufer erst haftet, falls er vom besser Berechtigten in Anspruch genommen wird oder wenigstens ein entsprechendes Risiko sich abzeichnet (Art. 192 ff. OR). Im Rahmen der Sachmängelhaftung ist allerdings der Käufer, auch wenn er weiterverkauft hat, grundsätzlich nicht auf die Ansprüche seines Abnehmers beschränkt (obwohl die kommerzielle Handhabung wohl in dieser Richtung tendiert). Beim Trödelvertrag, der die Weiterveräußerung durch den Trödler in den Vertrag mit einbezieht und insofern auch mandatsrechtliche Elemente enthält, scheint es mir ausgeschlossen, die Beziehung Trödler-Dritterwerber bei der Frage des Umfangs der Ansprüche des Trödlers gegen den Vertrödler ausser acht zu lassen.



werden in derartigen Fällen auch (formular-)vertragliche Abmachungen bestehen. In der Regel wird wohl aber gelten, dass nicht eine selbständige Sachgewährleistung des Lieferanten, sondern lediglich dessen Schadloshaltungspflicht für vom Dritterwerber erhobene Ansprüche in Frage kommt, damit aber auch hier keine eigenständige Verkäufer-Gewährleistung vorliegt.

## VI. Zusammenfassung; methodische Schlussfolgerungen

1. Im Rahmen der für das schweizerische Obligationenrecht (wie auch für die zeitgenössischen ausländischen Rechte) charakteristischen Vertragstypenfreiheit besteht kein Anlass, zu versuchen, die unter der Bezeichnung "Trödelvertrag" zusammengefassten Phänomene gesetzlich vorgesehenen Vertragstypen zuzuordnen. Das Verständnis als *bedingten Kauf* gerät bei den sich eindeutig als "Trödelverträge" charakterisierenden Geschäften in Widerspruch zu der Tatsache, dass die Parteien, in Kenntnis der Möglichkeit des bedingten Kaufs, eine entsprechende Lösung *nicht* gewählt, sondern etwas anderes vertraglich vereinbart haben. Eine nachträgliche Umdeutung ihres Vertrages, der Zuordenbarkeit zu einem Vertragstypus zuliebe, tut dem Vertragswillen der Parteien Gewalt an; ebenso hat die Deutung der unterstellten Bedingung als eine Suspensivbedingung keine Grundlage (dazu oben Ziff. III). – Ähnlich scheint es auch ausgeschlossen, aus apriorischen Überlegungen den Vertrödler bei Untergang der Sache als gefahrbelastet zu betrachten (oben Ziff. IV), wie es im Regelfall sachwidrig ist, den Vertrödler mit der Sachgewährleistung eines Verkäufers zu belasten (oben Ziff. V).

Alle derartigen Feststellungen gelten nur für den statistischen Normalfall und im Bereich eines traditionellen Verständnisses des Trödelvertrages. Sie stehen durchwegs unter dem Vorbehalt des Nachweises, dass der konkrete vorliegende Vertrag der Prozessparteien eine andere Lösung erfordert. So mag es Fälle geben, die vom hier vorausgesetzten Modellfall abweichen und eine Annäherung an einen (suspensiv oder resolutiv bedingten) Kauf bzw. eine Gefahrbelastung des Vertrödlers rechtfertigen mögen. Insbesondere erfährt wohl die Regel, dass der Vertrödler keine Sachgewährleistung trage, in dem wichtigen Beispiel des Vertriebs industrieller Massenprodukte eine Relativierung (oben V/2 lit. d).

2. Bei der Behandlung der als Trödelverträge verstandenen Geschäfte muss – wie bei Innominatkontrakten schlechthin – als *massgeblicher Gesichtspunkt der Parteiwille* aufgefasst werden. Soweit dieser nicht explizit ist, bleibt keine andere Möglichkeit, als hypothetische Überlegungen anzustellen und zu fragen, welche Lösung die Parteien vereinbart hätten, wenn sie die sich schliesslich verwirklichende Problemlage vorausgesehen und eine sie lösende Regelung getroffen hätten. Dass derartige Überlegungen, welche auf ein

Erwägen der Interessenlage der Parteien bei Vertragsschluss zurückführen, mit Ungewissheiten belastet sind, soll nicht bestritten werden. Ein derartiges Vorgehen ist jedoch immer noch sachgerechter als eine "dogmatische Interpretation", die zum vornherein keinen Anspruch erheben kann und will, eine auf den Willen der Parteien Rücksicht nehmende Lösung anzubieten (und die, angesichts der hier wie anderswo herrschenden Meinungsvielfalt, ebenso ungewissheits-belastet ist).

3. Ist die Zuordnung der Trödelverträge zu einem bestimmten gesetzlichen Vertragstypus (Kauf, Verkaufsauftrag oder dgl.) abzulehnen, hindert dies nicht, dass infolge der Verwandtschaft mit derartigen Typen sich der Richter beim Aufkommen entsprechender Fragen an expliziten Regelungen innerhalb einzelner Typen orientiert. In diesem Sinne ist, wie gesehen, die kaufrechtliche Rechtsgewährleistung zu übernehmen. Aus dem Mandatsrecht wäre etwa die Berücksichtigung der Ersatzpflicht gemäss OR 404/II zu erwägen: Falls der Vertrödler, mangels vertraglicher Fristbestimmung, das Trödelgut jederzeit zurückverlangen kann (so wohl zutreffend BGE 55 II 45), scheint es angemessen, dem Trödler, der beispielsweise Inserate aufgegeben hat, bei unzeitigem Rückruf einen Ersatzanspruch zuzuerkennen.

4. Die hier propagierte Methode: Verzicht auf Zuordnung der Trödelverträge zu einem der gesetzlichen Kontraktstypen unter Wahrung der Option, unter gegebenen Voraussetzungen trotzdem vorgegebene Regelungen einzelner Kontraktstypen zur Lösung heranzuziehen, die Auffassung derartiger Verträge als eigenständige, aus sich selbst heraus zu verstehende Erscheinung unter Anerkennung des Willens der Parteien als höchste Richtschnur jeder Beurteilung, das alles sind Gesichtspunkte, die sich, so scheint dem Schreibenden, von selbst aufdrängen. Nun sind allerdings derartige methodische Auffassungen der gegenwärtigen (schweizerischen) Literatur fremd. Blicken wir in die Geschichte zurück und betrachten wir die *römischen Quellen*, ändert sich das Bild: Auch hier bestanden verschiedene Versuche, den Trödelvertrag einem vorgegebenen Kontraktmuster zuzuordnen; ULPIAN jedoch lehnt jede dieser Zuordnungen ab und versteht den Vertrag als ein selbständiges, aus sich selbst heraus zu deutendes Phänomen, was wiederum auf den expliziten oder nach den Umständen zu hypostasierenden Willen der Parteien zurückführt. Dabei wird der Trödelvertrag nicht als eine fest fixierte Grösse verstanden, sondern es werden unter dieser Bezeichnung verschiedene Spielarten miterfasst, die jede ihren eigenen, von der generellen Regel teilweise abweichenden Prinzipien unterliegen; so stellt z. B. ULPIAN, obwohl er sich selber klar zugunsten der Gefahrtragung des Trödlers ausspricht, doch auch eine von LABEO und POMPONIVS entwickelte differenzierende Lösung zur Diskussion, wonach je nach der das Geschäft veranlassenden Interessenlage der eine oder der andere Partner gefahrbelastet sein soll<sup>34</sup>. Aufschlussreich ist auch das freie Verhältnis

---

<sup>34</sup> Dig. 19, 5, 17, 1 und oben Anm. 22.

zu den zivilrechtlichen Aktionstypen (die funktional unseren gesetzlichen Vertragstypen entsprechen): Die grundsätzliche Ablehnung der *actio ex vendito*, *ex locato*, *ex conducto* wie der *actio mandati*<sup>35</sup> schliesst nicht aus, dass im Einzelfall untersucht wird, ob nicht ein äusserlich ähnlicher Sachverhalt je nach den konkreten Umständen sich doch einem traditionellen Aktionstypus zuordnen lasse, wie dies im Fall der *actio pro socio* geschieht<sup>36</sup>. Zu vermuten ist, dass auch bei Auftauchen anderer "Grenztatbestände" eine differenzierende, die Umstände des Einzelfalles erwägende Betrachtung nicht ausgeschlossen gewesen wäre: Es wird ganz allgemein das Faktum akzeptiert (und aus ihm die gebotenen Folgerungen gezogen), dass kein vorgegebenes und nach einheitlichen Prinzipien zu behandelndes Phänomen "contractus aestimatorius" besteht, vielmehr jeder vorkommende Vertrag als Einzelfall zu betrachten und nach den ihm gemässen Regeln zu behandeln ist. Damit hängt auch zusammen, dass die *contractus aestimatorii* eine *actio in factum* begründen und einem *bonae fidei iudicium* unterliegen; hier erlangen die (von JÖRS / KUNKEL / WENGER, Zit. oben Anm. 15, so schön beschriebenen) Grundsätze Bedeutung, wonach die "individuelle Sachlage des Einzelfalles" massgeblich ist und "stillschweigend vereinbarte Vertragsinhalte, der Ortsgebrauch und die allgemeine Verkehrssitte" Berücksichtigung fordern<sup>37</sup>.

Alles in allem vertritt das antike römische Recht, personifiziert hier durch ULPIAN, genau die Methode, die für die heutige Handhabung des Trödelvertrages gefordert wird: Was die römischen Juristen als erste in der Geschichte zum *contractus aestimatorius* entwickelt haben, kann methodisch auch heute noch wegleitend sein. Und dies nicht bloss beim Verständnis unserer heutigen Trödelverhältnisse, sondern bei der Behandlung der Innominatkontrakte schlechthin, die im Trödelvertrag ihr historisch ältestes Beispiel haben.

---

<sup>35</sup> In Dig. 19, 3, 1 pr.

<sup>36</sup> Dig. 17, 2, 44 und Dig. 19, 5, 13, 1.

<sup>37</sup> Soweit man dieser einzelfallbezogenen Betrachtung des *contractus aestimatorius* folgt, wird auch dessen Qualifizierung als Vertrag "*sui generis*" fragwürdig. – Diese in der Schweiz im Zusammenhang der Innominatkontrakte immer noch beliebte Denkfigur, die an sich geschaffen wurde, um eine Befreiung von zwangsweiser Typen-Zuordnung i. S. der "Absorptionstheorie", "Kombinationstheorie" und dgl. zu erreichen, verkörpert immer noch unbewusst die im Rahmen der modernen Vertragstypenfreiheit verfehlte Grundkonzeption, dass jeglicher Vertrag einem definierten, wenn auch eigenen "genus" eingegliedert werden müsse und nicht allein aus sich selber heraus verstanden werden dürfe. Die "genus-Theorie" sollte durch eine Lehre vom *Unikats-Charakter* ersetzt werden.