

Wurzeln und Ausstrahlungen des Wiener Kaufrechts

Einige Hinweise, insbesondere zur Eigentumsverschaffungspflicht und zur Rechtsgewährleistung in BGB und OR

I. Vorbemerkungen

Der Kaufvertrag zielt auf Übertragung des Kaufgegenstandes, und zwar in einem doppelten Sinn: Körperliche Übertragung des Kaufobjekts einerseits, Verschaffung des Eigentums daran andererseits. Nachdem das WKR zwar die Pflicht der körperlichen Sachübertragung, nicht aber den sachenrechtlichen Vorgang der Eigentumsübertragung regelt, soll hier gefragt werden, ob überhaupt, und wenn ja, welche Folgen sich aus dem Unterbleiben dieser Normierung ergeben. Es ist zu zeigen, in welchem Sinne die Pflicht zur Eigentumsübertragung nach dem Übereinkommen Vertragspflicht darstellt und welche Folgen verfehlte Eigentumsübertragung (der sog. Rechtsmangel) nach sich zieht (Zif. II, III).

Es wird sich *einerseits* zeigen, dass unter dem WKR die Eigentumsverschaffungspflicht keine «echte» Vertragspflicht darstellt (welche die Wirkung hätte, dass nach erfolgter körperlicher Sachübergabe fehlender Eigentumsübergang Anlass der Preiszahlungsverweigerung oder sonstiger Sanktionen infolge *non rite adimplett contractus* wäre), und *andererseits*, dass bei ausgebliebener Eigentumsübertragung Sanktionen nur unter der Voraussetzung der Sachentziehung seitens eines besser Berechtigten eintreten. Beide Lösungen des WKR (die der Schreibende ohne Vorbehalt für gut und sachlich geboten hält) stimmen, wenn nicht in der «dogmatischen Konstruktion», so doch im praktischen Ergebnis überein mit jenen der Länder, die in kontinentaler (heisst hier: römischrechtlicher) Tradition stehen. Nur am Rande sei angemerkt, dass auch innerhalb des englischen Sprachbereiches in den hier behandelten Fragen die Lösungen nicht weit von der «kontinentalen» Überlieferung bzw. dem WKR abweichen.

Die obigen Feststellungen gelten nun allerdings *nicht* für *Deutschland*, dessen BGB als einzige Kodifikation des «Civil Law-Rechtkreises» das genannte Schema verlässt. Der Schreiber gestattet sich, die in der BGB-Doktrin unübliche, ja tabuisierte Frage nach der Zweckmäßigkeit der BGB-Lösung aufzuwerfen (Zif. IV), ein Wagnis, das im Zeitalter der «Globalisierung» (oder wenigstens der «Europäisierung») der Rechtsbetrachtung geboten erscheint.

In der *Schweiz* bewegt sich die Gesetzgebung auf bewährten romanistischen Geleisen und stimmt daher, anders als das BGB, mit dem WKR überein. Allerdings ist auch hier in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung eine Entwicklung sichtbar geworden, die in vorliegend betrachtetem Zusammenhang zu komparatistisch-kritischer Betrachtung einlädt, da der fragliche Entscheid¹, sollte er wirklich Recht machen, nicht nur die Regelung des OR der Rechtsgewährleistung praktisch in ihr Gegenteil wenden, sondern in diesbezüglich auch die Anwendung des WKR in Frage stellen würde (Zif. V).

II. Warum im WKR keine Regelung der Eigentumsübertragung? Zum Regelungsbereich der Kodifikation im allgemeinen

1. Mit dem Kaufvertrag ist sachlich untrennbar verbunden die dessen Ziel ausmachende Eigentumsübertragung. Das WKR regelt nun zwar die schuldrechtlichen Aspekte des Kaufgeschäfts, nicht aber die sachenrechtlichen Mechanismen der Eigentumsübertragung; diese bleiben explizit ausgeschlossen². Die Gründe dieses Normierungsverzichts sind offenkundig: Die vorweg und diskussionslos vorausgesetzte Unmöglichkeit, in diesem Bereich eine allseits annehmbare Einheitslösung zu finden³. Dieser Umstand ist an sich erstaunlich und eine grundsätzliche gesetzgebungstheoretische Überlegung wert.

¹ BGE 109 II 322 ff.

² Massgeblich die Regel von Art. 4 lit. b; ihr zufolge findet das WKR keine Anwendung auf «die Wirkungen, die der Vertrag auf das Eigentum an der verkauften Sache haben soll».

³ Eine Einheitslösung ist nicht bloss politisch, sondern auch sachlogisch ausgeschlossen. Das Nebeneinander-Bestehen unterschiedlicher Regeln des WKR einerseits, des nationalen Rechts andererseits lässt sich zwar im schuldrechtlichen Bereich der Kaufvertragnormierung hinnehmen, aber in der sachenrechtlichen Frage der Fahrnisübergang nur schwer vorstellen.

2. Der Regelungsbereich eines Gesetzgebungswerkes ist die Folge der zeitgegebenen politischen Situation, welche dieses möglich macht. Das vorgegebene Umfeld bestimmt den Zeitpunkt der Verwirklichung der Gesetzgebung: Einerseits wächst der Drang nach Verwirklichung des Vorhabens und es entstehen die hierzu erforderlichen institutionellen Voraussetzungen, während sich das Gewicht der dem Vorhaben entgegenstehenden Faktoren mindert. Derartige Faktoren lösen indessen nicht bloss die Entstehung als solche des fraglichen legislatorischen Werkes aus, sondern können gleichzeitig Einfluss auf dessen thematische Begrenzung ausüben, insbesondere bestimmte Sachbereiche (vorläufig oder endgültig) von der Gesetzgebung ausschliessen.

3. Diese Beobachtung sei hier am Beispiel der legislatorischen Aussonderung des Handelsrechts innerhalb der Kodifizierung des Privatrechts in Deutschland und in der Schweiz illustriert, um eine Parallele aufzuzeigen zu dem (politisch unvermeidlichen) Verzicht des WKR auf die Regelung der Eigentumsübertragung, die ebenfalls auf dessen materielle schuldrechtliche Regelungen zurückwirkt.

Die «Kodifikationsidee» in ihren Ursprüngen der Aufklärungszeit forderte die *uno actu* erfolgende gesamthafte normative Ordnung des Privatrechts. Diesem Modell entsprach wohl so weitgehend wie keine andere Kodifikation das Allgemeine Preussische Landrecht (ALR), das sämtliche den Bürger interessierenden Bereiche (selbst über das Privatrecht hinaus) zu erfassen beabsichtigte. Ein umfassender Regelungsanspruch leitete auch die napoleonische Gesetzgebung, die sich aber vom ALR grundlegend darin unterscheidet, dass nicht ein einziges Gesetzgebungswerk, sondern in selben gesetzgeberischen Anlauf «cinq codes» geschaffen wurden.⁴ In vorliegendem Zusammenhang ist bedeutsam der Umstand, dass das materielle Privatrecht auf zwei verschiedene Codes aufgeteilt wird, d.h. neben dem Zivilrecht das Handelsrecht einem eigenen Gesetzbuch vorbehalten. Die erstmals in Frankreich demonstrierte Aussonderung des Handelsrechts aus der Privatrechtskodifikation sollte für die künftige kontinentale Privatrechtsgesetzgebung schicksalhaft werden. Sie beruhte in Frankreich

⁴ Code Civil, 1803; Code de Procédure Civile, 1806; Code de Commerce, 1807, der in seinem letzten Buch, art. 615-648, auch die für die Handelsgerichtsbarkeit geltenden prozessrechtlichen Sondervorschriften enthält; Code d'Instruction Criminelle, 1808; Code Pénal, 1810.

auf der freien Entscheidung der die Gesetzgebung tragenden Persönlichkeiten (zu denen Napoleon selber gehörte). Zweifellos war dieses Vorgehen in der einen oder anderen Form durch die französische Tradition vorgeprägt; festzuhalten ist indessen, dass die Entscheidung von sachlichen, juristisch-intrasystematischen Überlegungen bestimmt war und vom politischen Umfeld her ohne weiteres auch entgegengesetzt hätte ausfallen können.

Das Gleiche, d.h. eine freie Entscheidungsmöglichkeit des Gesetzgebers, gibt es nun aber bei Nachfolge-Kodifikationen nicht, jedenfalls nicht in *Deutschland* und nicht in der *Schweiz*. In Deutschland bestand einerseits, bereits vor der Reichsgründung, der Plan «deutscher Rechtseinheit», wobei als Modell gewiss eine Einheitskodifikation nach dem Muster des Preussischen Landrechtes vorschwebte. Bekanntlich ist den Vereinheitlichungsbestrebungen, die mit dem Namen *Thibaut* und dessen Schrift «Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuchs für Deutschland» (1814) verbunden sind, Gegnerschaft erwachsen (die im gleichen Jahr erschienene Kampfschrift *Savignys* «Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft»). Der Ausgang der Auseinandersetzung zwischen diesen beiden Konzepten, d.h. der Aufschub der Kodifizierung, stellt keineswegs einen «Sieg» Savignys dar und darf nicht der grösseren Überzeugungskraft dessen Argumente zugeschrieben werden, ist vielmehr nichts anderes als die zwangsläufige Folge der damaligen politischen Gegebenheiten; die Kodifizierung des Privatrechts war in jenen Jahren bei den in Deutschland gegebenen politischen Umständen ausgeschlossen und wäre ohne das Erscheinen von Savignys Schrift vorerst ebenfalls unterblieben.

Die selben politischen Faktoren, welche die Kodifizierung anfänglich ganz verhinderten, waren es aber auch, welche nachher, als das Kodifikationspostulat trotzdem Bahn zu brechen begann, im Vorgang der Schöpfung des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches (im Jahre 1861) die vorläufige Beschränkung der Gesetzgebung auf das Handelsrecht erzwangen und damit notwendig dessen Aussonderung aus dem übrigen Privatrecht bewirkten. Der gleiche Vorgang hatte sich bereits bei der Entstehung der Allgemeinen Deutschen Wechselordnung (1848) abgespielt, in welchem Zeitpunkt die Zeitumstände für die Entstehung eines gemeinschaftlichen Handelsrechts noch nicht reif gewesen waren, immerhin aber eine solche des Wechselrechts zugelassen

hatten⁵. Die hier geschilderten Vorgänge der schrittweisen Entstehung gesamtdeutscher Kodifikationen des Wechselrechts, des übrigen Handelsrechts und schliesslich des gesamtem Privatrechts erweist einmal mehr die Geltung der alten Regel der Rechtsvereinheitlichung, dass diese bei Wechsel (und Scheck) einsetzend sich über das Handelsrecht zu verwirklichen beginnt, während die Kodifizierung der übrigen Materien ihren Fortgang nimmt vorerst bei dem ebenfalls vergleichsweise technisierten und weltanschaulich wenig belasteten Schuldrecht, um schliesslich mit Familien-, Erb- und Immobiliarsachenrecht zu Ende zu kommen. Dieser Ablauf lässt sich in Deutschland wie in der Schweiz feststellen. Er ist ansatzweise jedoch weltweit zu beobachten betreffend Wechsel und Scheck⁶; in den USA wird er durch die Entstehung des Uniform Commercial Code, 1961, und heute erneut im Europäischen Wirtschaftsraum demonstriert.⁷

4. Der analoge Ablauf, wenn auch mit entgegengesetztem Endresultat, lässt sich auch in der *Schweiz* beobachten: Angeregt durch die Vorarbeiten zur Allgemeinen Deutschen Wechselordnung verfasste *Burkhardt-Fürstenberger* zu Beginn der Fünfzigerjahre das Projekt einer Wechselordnung, das immerhin von einigen Kantonen als Grundlage einer eigenen Wechselgesetzgebung genommen wurde. In den frühen Sechzigerjahren entstand, erklärermassen angeregt durch das Vorbild des ADHGB, der Entwurf eines Handelsgesetzbuches⁸, welches Projekt dann schliesslich auf das ganze Schuldrecht ausgedehnt wurde. Das helvetische Ergebnis der Schaffung des Alten Obligationenrechts (1881/83) ist die Resultante divergierender politischer Tendenzen, die auf der einen Seite am liebsten auf jede Vereinheitlichung verzichtet oder diese wenigstens auf das Handelsrecht begrenzt

⁵ So wie von einem aus sachlichen Gründen gewollten Aussondern aus dem übrigen Privatrecht des Handelsrechts bei der Schaffung des Handelsgesetzbuches keine Rede sein konnte, hätten gewiss manche das Wechselrecht gerne - nach dem Vorbild des französischen Code de Commerce - in eine Gesamtkodifizierung des Handelsrechts integriert, die jedoch damals noch nicht erreichbar war.

⁶ Genfer Abkommen über das einheitliche Wechselgesetz von 1930, Genfer Checkrechtsabkommen von 1931.

⁷ Vgl. im übrigen *Günther Philipps*, Erscheinungsformen und Methoden der Privatrechts-Vereinheitlichung (Bd. 25 der «Arbeiten zur Rechtsvergleichung»); Frankfurt a.M./Berlin 1965, und dazu SJZ 63/1967 p. 30.

⁸ Entwurf von *Ernst Munzinger* von 1864. Das Handelsgesetzbuch hätte mangels eidgenössischer Gesetzgebungskompetenz auf dem Konkordatsweg eingeführt werden sollen.

hätten, während auf der entgegengesetzten Seite die Vereinheitlichung des gesamten Privatrechts gefordert wurde. Die Lösung der Schweiz ist bestimmt dadurch, dass der damalige Wille der Rechtsvereinheitlichung gerade stark genug war, die Vereinheitlichung zwar nicht auf das Handelsrecht zu beschränken, sondern das Obligationenrecht miteinzubeziehen, während umgekehrt die Ausdehnung der Rechtsvereinheitlichung auf das gesamte Privatrecht politisch nicht möglich war. Im übrigen wurde in den Jahren 1868-1874 zweifellos die Entscheidung im hier beschriebenen Sinn gefördert durch die kurz zuvor (1866) erfolgte Veröffentlichung des «Dresdener Entwurf eines Obligationenrechtes»⁹, welche die Annahme veranlasste, dass in Kürze in Deutschland das Schuldrecht ebenfalls kodifiziert werde. Das Ergebnis, Handelsrecht (sc. hauptsächlich auch Gesellschaftsrecht und Wechselrecht) einerseits, Vertrags- und sonstiges Obligationenrecht andererseits nicht schrittweise in gesonderten, sondern in einem Akt in einer gemeinschaftlichen Kodifikation zu regeln, war nicht die Folge grundsätzlicher Sach- und Systemüberlegungen, sondern die unter den gegebenen gesetzgebungspolitischen Gegebenheiten und angesichts der Vorgänge in Deutschland sich von selbst aufdrängende Lösung.¹⁰

III. Die Auswirkungen des Verzichts auf die Regelung der Eigentumsübertragung im WKR

1. Im folgenden wird die Frage gestellt, welches die Auswirkungen des Unterbleibens der Regelung der Eigentumsübertragung innerhalb des WKR auf dessen materielle Regelung der Beziehungen der Parteien unter dem Abkommen sind; zu zeigen ist, dass die durch den Regelungsverzicht notwendig gemachte konsequente Trennung schuld- und sachenrechtlicher Beziehungen ein Resultat bewirkt, das einerseits im Rahmen der Vertragserfüllung die Eigentumsverschaffung nicht zu einer echten Vertragspflicht macht, andererseits innerhalb der Regelung der Nichterfüllungs-Sanktionen in bezug auf verfehlte Eigentumsverschaffung und «Rechtsmängel» im Ergebnis ein Modell

⁹ Im Auftrag der Kommission herausgegeben von *B. Francke*; Dresden 1866.

¹⁰ Weitere Hinweise bei *E. Bucher*, Der Einfluss des französischen Code Civil auf das Obligationenrecht, in «Das Obligationenrecht 1883-1983, hgg. von *Pio Caroni*, Bern 1984.

verwirklicht, das weitestgehend der römischen Eviktionshaftung entspricht.

Das Kaufvertragsrecht im allgemeinen wie auch das WKR nimmt in zweierlei Hinsicht auf den durch das Kaufgeschäft veranlassten Eigentumsübergang bezug: Einmal auf der Ebene der Umschreibung der Vertragspflichten des Verkäufers (mit der Frage, was Voraussetzung der Entstehung des Preisanspruchs des Verkäufers darstellt), sodann auf jener der nicht gehörigen Erfüllung dieser Pflichte (die Fragen der traditionellen «Rechtsgewährleistung»). Die beiden Probleme haben inneren Zusammenhang; die Frage der Verkäuferpflicht und die an deren Nichterfüllung geknüpften Folgen betrifft die Phase vor und bei der Vertragserfüllung, während die Rechtsgewährleistung nach derselben Platz greift. In beiden Zusammenhängen wird im allgemeinen Verständnis «Vertragserfüllung» nicht etwa mit Eigentumsübertragung, sondern bezeichnenderweise mit der Sachübergabe identifiziert.

2. Zur Eigentumsverschaffungspflicht: Der Kauf hat definitionsgemäss Eigentumsübertragung zum Gegenstand, durch welches Element der Vertragstypus gegenüber Leihe, Miete, Pfandbestellungsvertrag und allfälligen weiteren auf Sachübergabe ausgerichteten Verträgen abgegrenzt wird. So selbstverständlich zum Kauf der Eigentumsübergang gehört, so notwendig ist es, die auf diesen Erfolg gerichtete Verkäuferpflicht zu untersuchen. Vielerorts besteht die Neigung, diese Pflicht im selben Atemzug mit der Pflicht der Sachverschaffung zu nennen. Dazu gibt in Deutschland der Gesetzgeber Anlass; unten Zif. IV). Ausserhalb des BGB-Bereiches (aber genau besehen selbst unter dem BGB) muss diese Pflicht indessen auf einer tieferen Bedeutungsebene angesiedelt werden als die einzige «eigentliche» Verkäuferpflicht, jene der Sachübergabe.

Die Sachlogik fordert, dass die Eigentumsverschaffungspflicht des Verkäufers als eine *obligation de faire*, nicht aber als eine *obligation du résultat* verstanden wird: Geschuldet ist die Eigentumsübertragungshandlung selber, nicht aber deren Erfolg (sc. Eigentumserlangung durch den Käufer). Diese Pflicht reduziert sich weitgehend auf das Negativgebot, die in der körperlichen Sachverschaffung regelmässig enthaltene stillschweigende Erklärung des Eigentumsübertragungswillens nicht durch *protestatio* unwirksam zu machen und dadurch Eigentumsübertragung trotz Sachübergabe (oder Dokumentenübergabe) zu

hindern.¹¹ – Wie überhaupt bestimmt sich auch hier Rang und Bedeutung einer Rechtspflicht durch die auf deren Verletzung gesetzten Folgen. Hier bleibt es wohl bei der (nur höchst selten praktische Bedeutung erlangenden) Regel, dass der Verkäufer, der zwar die Sache liefert, jedoch erklärt, diese nicht übereignen zu wollen, seinen Kaufpreisanspruch (vorerst) nicht geltend machen kann.¹² Das WKR umschreibt in Art. 30 die Verkäuferpflichten folgendermassen: «Der Verkäufer ...ist verpflichtet, die Ware zu liefern, die sie betreffenden Dokumente zu übergeben und das Eigentum an der Ware zu übertragen.» Damit bewegt sich das Übereinkommen auf der Linie der auf dem Kontinent (und wohl weitgehend auch im englischen Sprachraum) üblichen allgemeinen Formeln, wie sie in ihren Grundelementen soeben dargelegt wurden. Allein aufgrund des Wortlautes könnte man zwar die Eigentumsverschaffung als eine primäre Pflicht verstehen, die der Sachverschaffungspflicht gleichgestellt wäre. Dieses Ergebnis ist jedoch auszuschliessen. Abgesehen von der bei der Auslegung zu berücksichtigenden weltweit ganz vorherrschenden entgegengesetzten Tradition ist es die Tatsache, dass das Übereinkommen die im konkreten Einzelfall geltenden sachenrechtlichen Voraussetzungen der Eigentumsübertragung nicht selber statuiert und daher gar nicht kennt. Sodann wird die Eigentumsverschaffungspflicht nur in Art. 30 als der Einleitungsnorm des Kapitels II (Pflichten des Verkäufers) überhaupt erwähnt; unter den diesbezüglichen besonderen Bestimmungen von Art. 42 bis 44 (sc. in Art. 42) wird dagegen nur auf den Fall bestehender gewerblicher Schutzrechte Dritter, nicht aber auf deren Eigentumsansprüche Bezug genommen; erst recht fehlt die Statuierung einer diesbezüglichen Rechtsfolge.¹³ Ist selbst die traditionelle Rechtsmängelhaftung im WKR nicht explizit statuiert (über deren indirekte Erfassung gleich das Folgende), kann erst recht nicht (nach erfolgter

¹¹ Dieser Grundsatz dürfte die Kaufrechtstradition fast weltweit beherrschen; eine wenigstens vordergründig abweichende Position nimmt das deutsche BGB ein. So wie hier (Rechtsverschaffungspflicht als blosses Negativgebot) bereits *Pothier*, Obligations, N. 6.

¹² Vertragliche Abweichungen von diesem Schema sind häufig genug: Immer liegt ein solcher im Falle der Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts vor.

¹³ Mit WKR Art. 42 wird durch Sondernorm ein Schutz eingeführt, der in der traditionellen Rechtsmängel-Gewährleistung nicht zur Verfügung steht und ausserhalb des WKR lediglich in der heutigen Praxis bzw. infolge Sondergesetzgebung teilweise Anerkennung findet; die Sachbereiche herkömmlicher Rechtsgewährleistung werden vom WKR, insbes. dessen Art. 42 bis 44, überhaupt nicht angesprochen.

Sachübergabe) von einem Leistungsverweigerungsrecht des Käufers aufgrund fehlender Eigentumsübertragung die Rede sein.

3. Zur *Rechtsgewährleistung*: Bereits wurde gezeigt, dass für den Fall einer Entwehrung des in Händen des Käufers befindlichen Kaufgegenstandes nach den anzuwendenden nationalen sachenrechtlichen Regeln für die Verkäuferhaftung im WKR keine explizite Sondernorm besteht. Damit sind wir für dieses Problem auf die allgemeinen Grundsätze des Übereinkommens verwiesen: Der Entzug des Kaufobjekts durch Dritte stellt eine «wesentliche Vertragsverletzung» i.S. von Art. 25 dar, was den Käufer von der Preiszahlungspflicht befreit, oder, falls er bereits bezahlt hat, ihm einen Schadenersatzanspruch gewährt¹⁴. Die bloße *Gefahr* der Entwehrung dürfte dagegen, aus den Gründen der Verdrängung der Eigentumsfrage aus dem Blickfeld der Urheber des WKR, nicht als «wesentliche Vertragsverletzung» gelten dürfen, daher keine Sanktionen auslösen: Unter dem Übereinkommen ist die tatsächliche Verfügbarkeit der Sache massgeblich; solange diese gegeben ist, kommen Rechtsbehelfe nicht in Betracht. Damit ist eine Lösung verwirklicht, die im praktischen Ergebnis kaum von der Eviktionshaftung des römischen Rechts unterschieden werden kann.¹⁵

IV. Deutschland

1. Das BGB unterscheidet sich, wie bereits festgestellt, von den Regelungen des Kaufrechts fast aller übrigen Länder der kontinentalen (romanistischen) Tradition dadurch, dass die Eigentumsverschaffungspflicht des Verkäufers dem Grundsatz nach in den Rang einer vertraglichen Hauptpflicht erhoben wird. Die grundlegende Umschreibung des § 433 (Abs. 1 Satz 1) würde zwar, trotz der in einem Atemzug erfolgenden Nennung von Sach- und Rechtsübertragungspflicht, noch eine entgegengesetzte Deutung zulassen, verfährt doch auch

¹⁴ Art. 49 (Aufhebung des Vertrages infolge Nichterfüllung), Art. 74 (Schadenersatz).

¹⁵ Beide sind gleichermaßen durch sachlogischen Pragmatismus geprägt, der insbesondere ausschliesst, dass der Käufer, der sich zwar in ungestörtem und nicht gefährdetem Besitz der Kaufsache befindet, indessen infolge mangelnder Eigentumsverschaffung (die hier lediglich ein formales, jeder sachlichen Bedeutung entblößtes Element darstellt) die Preiszahlung verweigern kann (*exceptio non adimpleti contractus*). – Vgl. zum folgenden auch *E. Bucher*, Überblick über die Neuerungen des Wiener Kaufrechts etc., in «Wiener Kaufrecht», Berner Tage für die jur. Praxis, hgg. von *E. Bucher*, Bern 1991; *Gabriele Kandut*, Gewährleistungsrecht beim Kauf, Wien ca. 1992; *Ernst Wolfgang*, Rechtsmängelhaftung, Tübingen 1994.

der schweizerische Gesetzgeber in OR Art. 184/I nicht anders. Doch wird diese Lesart durch § 440 ausgeschlossen, dessen Abs. 1 explizit auf die Anwendung der §§ 320 ff. verweist.¹⁶

Allerdings wird die Eigentumsverschaffungspflicht auf der Ebene des Beweisrechts zurückgenommen: § 442 wendet die allgemein geltende und andernorts kaum je Ausnahmen kennende Regel, dass der Verpflichtete die Beweislast für die Erfüllung seiner Vertragspflichten trägt, in ihr Gegenteil. Allzu offensichtlich ist die Gefahr, dass der Käufer, um Zahlungsaufschub zu erreichen, Zweifel am Eigentumserwerb vorbringt bzw. vom Verkäufer den Nachweis erfolgreicher Eigentumsverschaffung verlangt; beinahe i. S. einer *probatio diabolica* müsste dann der Verkäufer, um seinen Preis fordern zu können, den Nachweis seines eigenen Eigentums wie auch bis zu einem gewissen Grad dasjenige seiner Rechtsvorgänger leisten. Unerachtet der Korrektur von § 442 verbleiben aber sachlich nicht gerechtfertigte Nachteile zu Lasten des Verkäufers, von denen der am meisten in die Augen springende im folgenden kurz dargestellt sei.

2. a. Die Erhebung der Eigentumsverschaffungspflicht in den Rang einer der Sachübergabe gleichwertigen Vertragsobligation hat vorab einmal zur Folge, dass der Käufer, der i.S. von § 442 nachweisen kann, dass er nicht Eigentum erworben hat, den *Preis nicht zu bezahlen braucht*, auch wenn ihm die Sache nicht entzogen wird und selbst wenn keine Gefahr künftigen Entzugs besteht. Zwar wird in § 440 Abs. 2 eine Einschränkung der Ansprüche des Käufers eingeführt, die, wenn umfassend, beinahe eine Beschränkung auf Eviktionshaftung darstellen würde; die dort statuierte Bedingung der Herausgabe der Sache bzw. deren Untergang betrifft indessen allein Schadenersatzansprüche wegen Nichterfüllung, während die Preiszahlungspflicht des Käufers, dessen *exceptio non adimpleti contractus* (§ 440 Abs. 1 bzw. § 320), davon nicht erfasst wird. Derartige Fälle lassen sich leicht vorstellen: Jemand kauft ein Kunstwerk oder ein sonstiges Sammelobjekt, dessen Herkunft aus Diebstahl nach Vertragsschluss publik wird (oder bereits vorher publik war, aber dem Käufer erst nachträglich, d.h. nach Bezahlung

¹⁶ Insbesondere BGB § 320, Einrede des nicht erfüllten Vertrages

des Kaufpreises zur Kenntnis gelangte). Als weiteres, besonders drastisches Beispiel kann sodann ohne Einschränkung der unter Zif. V vorgetragene, dem Entscheid BGB 109 II 322 zugrunde liegende Sachverhalt dienen; weitere zu finden würde keine Mühe bereiten. In derartigen Fällen kann nicht nur der Verkäufer unter Geltung des BGB den Kaufpreis auf alle Zukunft hin nicht fordern; ich vermag auch keine rechtliche Grundlage zu erkennen, welche es ihm erlauben würde, Rückgabe der Sache zu verlangen, besitzt sie doch der Käufer aufgrund eines gültigen Vertrages, den zu beenden der mit der Erfüllung im Verzug befindliche Verkäufer keine Möglichkeit hat. Objektive Gründe, welche den Vertrag nichtig machen würden (BGB § 306), liegen nicht vor. In der Regel könnte nicht einmal subjektives Unvermögen der Eigentumsverschaffung des Verkäufers angenommen werden.¹⁷ Die Rechtslage unentgeltlicher Sacherlangung des Käufers zulasten des (oft gutgläubigen, keineswegs verwerflichen) Verkäufers erscheint dem Schreibenden als unerträglich.

- b. Zu denken gibt sodann die *Zufallsbehaftetheit* der vom «Garantieprinzip» des BGB ausgelösten praktischen Folgen: Der hier kritisierte kostenlose Sacherwerb ist zum vornherein auf den Kreditkauf beschränkt und hängt im übrigen vom Zufall ab, ob Kenntnis vom Rechtsmangel vor oder nach Preiszahlung erfolgt, denn falls der Käufer bereits bezahlt hat, ist, bei richtiger Betrachtung des Bereicherungsrechts, eine Rückforderung des bezahlten Preises ausgeschlossen.¹⁸
- c. Bei gutgläubigem Verkauf und Kauf einer abhandengekommenen Sache trifft keinen der Partner ein moralischer Vorwurf; daran ändert sich grundsätzlich auch nichts, wenn die Parteien nachträgliche Kenntnis vom Sachverhalt bekommen. Immerhin tritt dann, wenn den Parteien oder wenigstens dem Käufer die Identität des richtigen Eigentümers bekannt wird, für den letzteren

¹⁷ Bei Offenkundigwerden, dass die Sache abhandengekommen ist, wird oft auch die Person des Eigentümers bekannt, von welchem der Verkäufer den Eigentumsanspruch erwerben könnte.

¹⁸ Dies mangels Entreicherung des Käufers, der seine Zahlung im Hinblick auf die Erlangung der Sache geleistet hat und diese causa, solange Eviktion ausbleibt, nach wie vor gegeben ist.

dann eine Änderung ein, als wenn man ihm eine moralische Pflicht der Rückgabe an diesen zuschreibt. Wie man auch darüber denken mag: Die vom BGB verwirklichte Lösung stellt jedenfalls die Moralität des Käufers auf eine harte Probe: Der Käufer der gestohlenen Ware kann diese ohne je irgend ein Entgelt zu leisten bis auf weiteres und meist für immer behalten, ein angenehmes Ergebnis, das nicht zur Herausgabe an den besser Berechtigten einlädt. Im Gegensatz zu dem Garantieprinzip des BGB stellt die entgegengesetzte Lösung, d.h. die traditionelle Eviktionshaftung, dem korrekteren Verhalten des Käufers keine Hindernisse entgegen: Dieser befreit sich durch Restituierung der Sache an den besser Berechtigten von der nach diesem Modell ihn grundsätzlich treffenden Preiszahlungspflicht¹⁹ bzw. erlangt einen Rückforderungsanspruch hinsichtlich des bereits bezahlten Preises.

3. Das einzige Sachargument, das sich zugunsten der Nicht-Preiszahlungspflicht bei ausbleibender Eigentumsverschaffung anführen lässt, besteht im Hinweis, dass der Käufer in seinen Möglichkeiten des Weiterverkaufs beschränkt ist. Dieser Nachteil kann nicht geleugnet werden, vermag aber nicht die überschüssende Massnahme des Entfallens der Preiszahlungspflicht zu rechtfertigen:

Das Argument ist bloss theoretischer Natur in Fällen zum vornherein fehlender Vindikationsgefahr (als Beispiele derartiger Sachverhalte vgl. oben Zif. 2). Stellt umgekehrt Vindikation eine Gefahr dar, ist allerdings damit zu rechnen, dass durch die geschuldete Aufklärung des Käufers über die Entwehrgesfahr eine Verschlechterung der Bedingungen des Verkaufs eintritt, ein Nachteil, der indessen wohl oft mit einer expliziten Übernahme der Verpflichtung zur Schadloshaltung des Käufers, abzuwenden ist. Realisiert sich das Risiko, erwächst dem (Erst- bzw. Zweit-) Käufer ohnehin ein Rechtsgewährleistungsanspruch, der möglicherweise über den Betrag des Kaufpreises hinausgeht.

¹⁹ Dies wenigstens dann, wenn das massgebliche Kaufrecht (-wie das schweizerischem Obligationenrecht explizit in OR Art. 194 Abs. 2 und sinngemäss bereits auch in OR Art. 240; andere moderne Kodifikationen wohl ähnlich) die freiwillige Rückgabe der Sache an den Berechtigten als einen Eviktionsfall behandelt. Im traditionellen römischen Recht mag dies noch anders gewesen sein.

Wer dafür hält, der oben genannte Umstand potentiell erschwerter Verkäuflichkeit der Sache erfordere gesetzgeberische Korrektur, kann nur eine Sondervorschrift wünschen, die diesen Umstand durch eine Ersatz- oder Sicherheitsleistungspflicht des Verkäufers kompensiert. In Frage käme auch eine Lösung, welche es erlaubt, permanentes Ausbleiben der Eigentumsverschaffung als einen Tatbestand der Wandelung zu behandeln, was jedenfalls Sachgenuss ohne Preiszahlung seitens des Käufers ausschliesst. Das jetzt vorliegende Modell scheint mir die am wenigsten überzeugende aller denkbaren Lösungen. – Gesagtes bedenkend sollten auch jene wenigen Schweizer Autoren, welche die Eigentumsverschaffung zu einer vollwertigen Vertragspflicht hochstilisieren möchten, ihre Position überprüfen. HANS GIGER (Berner Komm. zu OR Art. 184 ff.) behauptet (als einziger) sogar *de lege lata* für das schweiz. OR eine Eigentumsverschaffungspflicht nach deutschem Muster. Demgegenüber stellt CAVIN, SPR (Schweiz. Privatrecht, Basel) Bd. 7 S. 60 f. vorbehaltlos fest, dass das OR die gemeinrechtliche Eviktionshaftung verwirklicht; er gibt indessen der BGB-Lösung *de lege feranda* den Vorzug (p. 61 in fine). Andere Autoren (etwa *Theo Guhl*, Schweiz. OR, 1. Aufl. 1933 p. 158, oder daselbst 8. Aufl. *Guhl/Koller/Druey* p. 351) machen die Eigentumsverschaffung insofern zu einer Vertragspflicht, als sie (wohl ohne nennenswerte praktische Bedeutung) im Eviktionsfall neben die kaufrechtliche Haftung nach Wahl des Käufers noch eine Haftung wegen Vertragsverletzung (OR Art. 97 ff.) setzen wollen.

4. Das genannte Ergebnis würdigend kann der Schreibende keinen Vorzug der BGB-Lösung gegenüber der sonst überall anzutreffenden Eviktionshaftung römischer Observanz erkennen. Schon im Grundsätzlichen muss wohl gelten, dass jeder Vertrag ausschliesslich auf eine Hauptpflicht fokussiert werden sollte, um klare Verhältnisse zu schaffen und um zu verhindern, dass das Ausbleiben der Erfüllung der einen von mehreren Pflichten die Aktualisierung der Gegenleistungspflicht verhindert, obwohl die bereits erfüllten Pflichten dem Käufer Vorteile verschaffen.

Im einzelnen muss der deutsche Gesetzgeber auf Schritt und Tritt Korrekturen anbringen im Hinblick auf den nicht wegzudiskutierenden Umstand, dass körperliche Sachverschaffung gegenüber der Eigentumsverschaffung ein Übergewicht besitzt: Die bereits genannte Korrektur des statuierten materiellrechtlichen Prinzips der Eigentumsverschaffungspflicht

auf der Ebene des Beweisrechts (§ 442), sodann die (wenn auch weniger als nur halbherzige) Einschränkung des Prinzips der Eigentumsverschaffungspflicht in § 440 Abs. 2 durch Beschränkung der aus der Verletzung dieser Vertragspflicht resultierenden Schadenersatzpflicht auf Fälle nicht überdauernden Sachgenusses des Käufers. Als weiteres gesetzgeberisches Eingeständnis der Unmöglichkeit, die Eigentumsübertragung zu einer echten Vertragspflicht zu machen und nach allgemeinen Vertragsregeln zu behandeln, sei hier zum Abschluss auf die sachlich wohlbegründete Sonderregel von § 446 Abs. 1 (Übergang der Preisgefahr mit körperlicher Übertragung der Kaufsache), hingewiesen, welche die Anwendung allgemeiner Regeln wie jener von § 323 Abs. 1 nicht zulässt. Eine gesamthafte Rückkehr zum Jahrtausende alten Prinzip der Eviktionshaftung wäre aber gegenüber derartigen Korrekturen einzelner besonders stossender Folgen gewiss vorzuziehen.

5. Die hier beschriebene Haltung des BGB ist offenkundig nicht durch sachbezogene praktische Überlegungen, sondern abstrakte Konzepte bestimmt und von «des Gedankens Blässe» gekennzeichnet. Sie stellt sich in eine längere Reihe ebenfalls fragwürdiger Entscheidungen, die sich auf die gleiche kodifikationsgeschichtliche Ausgangssituation zurückführen lassen. Das BGB hat den Ruf, zumal im Schuldrecht, weitestgehend der romanistischen Tradition anzuhängen. Die Regelung der hier behandelten Fragen falsifiziert diese These, wenn nicht allgemein, so doch punktuell. Wie in der Literatur wenig beachtet, lässt sich Ähnliches in einer Reihe anderer Entscheidungen nachweisen. Man gewinnt den Eindruck, dass die zur Gesetzesredaktion berufenen Juristen, die sich in die Rolle eingesetzt fanden entgegen jahrzehntelanger, auf die Autorität Savigny's gründender Ablehnung des Kodifikationspostulates nun trotzdem ein Gesetzbuch zu schaffen, sich bewusst oder auch unbewusst berufen fühlten, wie es in ihrer Sicht der Rolle eines Gesetzgebers entspricht, nicht lediglich die Prosa überlieferten Rechts in Verse zu bringen, sondern mit echt gesetzgeberischem Anspruch in Teilbereichen die Tradition auch einmal zu beenden und neue Lösungen einzuführen. Der Sache nach sind diese Neuerungen durchwegs verspätete Kinder des Rationalismus der Aufklärung, der in mancher Hinsicht in der Begrifflichkeit, dem Systemdenken und der Abstraktionslust der Pandektistik weiterlebte. Es handelt sich durchwegs um in der Literatur der zweiten Jahrhunderthälfte

zwar vorbereitete, gewissermassen «andiskutierte», jedoch weder ausgegorene noch von allgemeiner Akzeptanz getragene Konzepte. Deren Herübernahme in die Entwürfe und in die Gesetzgebung selber macht etwas den Eindruck von «Einfällen der letzten Minute». Dieses gesetzgeberische Phänomen würde weitausholende Untersuchungen verdienen; hier kann nur der Hinweis angebracht werden, dass neben dem hier diskutierten kaufrechtlichen «Garantieprinzip» etwa die Verschuldensabhängigkeit des Verzugs dahin gehört, nicht zu sprechen von Entscheidungen weitertragender Bedeutung wie die weitgehende Ersetzung des Begriffs der «Obligation» durch die Vorstellung des «Schuldverhältnisses» oder gar der Fokussierung der Regelung des Vertragsrechts auf den sich von der Realität weit entfernenden Begriff des Rechtsgeschäfts.

V. Schweiz

1. Das Kaufrecht des schweizerischen Obligationenrechts folgt, wie in der einen oder anderen Form sämtliche Kodifikationen des kontinentalen Rechtskreises (d.h. die meisten Rechtsordnungen des nicht englischsprachigen Raumes) der Überlieferung des römischen Rechts, dessen Grundstrukturen hier in Erinnerung gerufen werden dürfen: Sach- und Rechtsmängel folgen nicht dem allgemeinen Vertragsrecht, sondern sind als Sonderrecht konzipiert und autonom geregelt. Diese Struktur hat ihre Wurzeln im Verfahrensrecht: Kaufrechtliche Streitigkeiten werden nicht von der ordentlichen, dem Prätor unterstellten Gerichtsbarkeit erfasst, sondern fallen in die Zuständigkeit der Polizei und Marktgerichtsbarkeit des Ädils und werden von diesem nach pragmatischen Gesichtspunkten, die insbesondere den Schutz des Käufers und damit das Ansehen des Marktes im Auge haben, bestimmt; die Instrumente hiezu sind einerseits (bei Sachmängeln) die *actio redhibitoria* bzw. die *actio quanti minoris* (unsere heutige Wandelung bzw. Minderung) einerseits, andererseits (bei Eviktion der Kaufsache) die dem Käufer gewährten Behelfe zum Erlangen von Ersatz für die aus dem Rechtsmangel resultierenden Nachteile. Das Zurückgehen auf die (auf höherer Abstraktionsstufe stehende) Vorstellung der Verletzung von Vertragspflichten seitens des Verkäufers hat hier keinen Raum. Dies wird deutlich bei den Sachmängeln: Mangelfreiheit (vertragskonforme Qualität) ist beim (Stück-)Kauf nicht Vertragspflicht.²⁰

²⁰ Sie kann es, mangels technologischer Beeinflussbarkeit, bei den früher gegebenen Möglichkeiten meist auch gar nicht sein; erst recht würde, bei Unkenntnis der Mängel beim Verkäufer, dessen Verschulden fehlen und daher der Käufer, nach moderner Sicht, leer ausgehen müssen.

Ähnlich aber auch die Rechtsgewährleistung: Zwar soll der Verkäufer natürlich die Kaufsache zu Eigentum übergeben. Die Frage, ob dieser Erfolg eintritt, wird als solche nicht thematisiert; die dem Verkäufer auferlegte «Rechtsmängelgewährleistung» in Gestalt der Eviktionshaftung heisst im Ergebnis nichts anderes, als dass der Verkäufer die Pflicht trägt, immer (aber nur dann), wenn dem Käufer durch Drittsprüche Nachteile entstehen, für diese Ersatz zu leisten. Einleitend ist gezeigt worden, dass das WKR im Ergebnis nichts anderes anordnet als die traditionelle Eviktionshaftung, dabei nur insofern etwas über diese hinausgehend, als nicht bloss körperlicher Entzug der Kaufsache, sondern auch Einschränkungen der Verwendbarkeit infolge des Bestehens gewerblicher Schutzrechte Dritter Sanktionen auslösen (WKR Art. 41-43).

2. a. Das schweizerische Bundesgericht hat im Entscheid 109 II 322 sich über die Beschränkung der Verkäuferhaftung auf den Entwehungsfall hinweggesetzt, dies allerdings nicht durch Statuierung von Sanktionen der Verletzung einer Rechtsverschaffungspflicht, sondern auf dem vorerst ausserhalb jeder Erwartung liegenden Weg der Zulassung einer Irrtumsanfechtung. Der *Sachverhalt*: Ein feines Automobil (BMW CSI, 1977) ist in Italien von einer darauf spezialisierten Organisation gestohlen, mit gefälschten Papieren in die Schweiz überführt und dort verkauft worden. Erwerber waren nach einander verschiedene Autohändler, dann ein Elektro-Mechaniker, schliesslich ein Kaufmann, alle Genannten bei Kauf und Weiterverkauf gutgläubig. Der letzte Erwerber erfuhr vier Monate nach Erwerb von der Polizei vom Diebstahl sowie auch die Identität des rechtmässigen Eigentümers (bzw. des diesen bereits entschädigt habenden Versicherers). Diese Mitteilung veranlasst ihn, sich gegenüber dem Verkäufer auf Irrtum zu berufen und Rückgängigmachung des Geschäfts zu fordern und im Gefolge klageweise geltend zu machen. Wie bereits die erste Instanz, aber entgegen dem Zürcher Obergericht, hält das Bundesgericht die Irrtumsanfechtung für gerechtfertigt und heisst entsprechend die Klage gut. Vorfrageweise

wird festgehalten, dass aufgrund des anwendbaren schweizerischen Rechts der Kläger (wie auch ein allfälliger Rechtsnachfolger) die Sache gemäss ZGB Art. 934 Abs. 2 nur gegen Erstattung des bezahlten Kaufpreises herausgeben müsste. Dass der frühere Eigentümer bzw. dessen Versicherungsgesellschaft dies je tun würden, kann ausgeschlossen werden.²¹

- b. Das Rechtsgewährleistungsrecht (in der Schweiz OR Art. 192 – 196) ist Sonderrecht, das allgemeine vertragsrechtliche Prinzipien, ganz besonders aber Willensmängel-Anfechtung ausschliesst. Die kaufrechtlichen Regeln des schweizerischen OR, welche den Gewährleistungsanspruch mit aller wünschbaren Eindeutigkeit auf den Eviktionsfall beschränken, d.h. an die Voraussetzung knüpfen, dass der besser Berechtigte seinerseits gegen den Käufer vorgeht, wären in mancher Hinsicht gegenstandslos, wenn, wie vorliegendenfalls vom hohen Gericht entschieden, eine Vertragsanfechtung infolge Rechtsmangels zugelassen würde. – Eine Erwägung in der Sache selbst unterbleibt; die Begründung beschränkt sich auf Verweisungen (a.a.O. p. 322 E. 2 ab initio), die indessen bloss eine sehr schwache Grundlage abgeben. Der einleitende Hinweis auf die eigene Praxis geht fehl, da diese (insbes. BGE 98 II 20 E. 3) sich nicht auf Rechtsgewährleistung, sondern den gänzlich anders gelagerten Fall des Kaufs mangelbehafteter Sachen bezieht, wo das Bundesgericht (hier mit guten Gründen) die Zulässigkeit einer Willensmängel-Anfechtung bejaht, da der Willensmangel sich auf den im Zeitpunkt des Vertragsschlusses gegebenen Zustand der Kaufsache, damit auf den Vertragsgegenstand als solchen, nicht aber auf die Frage der Vertragserfüllung bezieht.²² Die angerufene Literatur vertritt keineswegs den Standpunkt

²¹ Ohne Erklärung bleibt, weshalb nicht der Beklagte den Eigentumsanspruch des den Bestohlenen entschädigt habenden Versicherers erworben und dem Kläger nachträgliche Eigentumsverschaffung angeboten hat.

²² Ähnlich in diesem Punkt die weiterhin genannten BGE 108 II 104 E. 2a und 107 II 421, die beide den Fall des Kaufs von Aktien von nicht den vertragsgemässen Erwartungen entsprechenden Unternehmen betreffen und die unter anderen Gesichtspunkten ihrerseits wiederum des Kommentars bedürften.

des Bundesgerichts, sondern ist mehrdeutig und entbehrt insbesondere ihrerseits jeder Begründung.²³

- c. Aber nicht nur aus der Sicht des Kaufrechts, sondern auch aus jener der Willensmängel-Anfechtung ist der Entscheid nicht zu halten: Willensmängel sind Mängel des Konsenses und damit bezogen auf den Zeitpunkt der Konsensbildung, d.h. den Vertragsschluss. In diesem Zeitpunkt steht Vertragserfüllung noch bevor; Mängel der Vertragserfüllung können dannzumal noch nicht vorliegen und daher keinen Konsensmangel ausmachen. Selbst wenn man, wie der Schreibende (und zwar für Grundlagenirrtum, wenn auch nicht für die traditionellen Irrtumstatbestände des *error in persona*, *in qualitate* etc.) Irrtümer über künftige Sachverhalte als möglicherweise relevant betrachtet, scheidet dies doch mit Gewissheit hier aus. Es ist allenorts selbstverständlich, dass Verträge stets in Erwartung deren korrekten Erfüllung seitens der Gegenpartei geschlossen werden und der Vertragsschluss meist unterbliebe, wenn die ausbleibende oder schlechte Vertragserfüllung vorausgesehen würde. Bereits die allgemeine Verbreitung dieser Voraussetzung schliesst es aus, sie zu einem Element des Ausnahme-Tatbestandes der Willensmängel zu machen. War vorab vom Standpunkt des Kaufrechts aus festzustellen, dass die kaufrechtlichen Gewährleistungsregeln als Sonderrecht die dem allgemeinen Vertragsrecht zugeordnete Willensmängel-Anfechtung ausschliessen, ist hier noch einmal dasselbe auf der Ebene eben dieses allgemeinen Vertragsrechts erneut festzustellen: Eine auf den Sachverhalt schlechter Vertragserfüllung gegründete Willensmängel-Anfechtung geriete in Widerspruch mit den

²³ *Oser/Schöneberger*, ZH/Komm. zu OR 192 N. 1 sagen zum Thema der kumulativen Anwendbarkeit von OR Art. 23 ff. neben dem kaufrechtlichen Sonderbehelf: «Das trifft jedenfalls da zu, wo die Kaufsache zur Zeit, wo vom Dritten ein Recht daran beansprucht wird, dem Käufer noch nicht übergeben worden ist» (beide der genannten Voraussetzungen: nicht erfolgte Übergabe der Kaufsache sowie Rechtsansprüche des Dritten, sind im vorliegenden Fall nicht gegeben). Auch *Hans Giger*, BE/Komm. OR 192 N. 11 stützt den Entscheid nicht. Dessen apodiktische Stellungnahme wird vorab mit dem Hinweis «gl.M. *Oser/Schöneberger*, Art. 192 N. 1» begründet. Anzunehmen ist, dass auch er wie diese die selben Einschränkungen macht, insbesondere auch jene, dass eine Willensmängelanfechtung einen Eviktionstatbestand, d.h. Geltendmachung eines Anspruchs seitens des besser Berechtigten voraussetzt; vgl. den von diesem Autor gemachten Hinweis auf diese Voraussetzung in der vorangehenden N. 8 zu OR 192.

Regeln der Nicht- bzw. Schlechterfüllung, den Bestimmungen von OR Art. 97 E. und insbesondere jenen von OR 107. Wenn die vom Bundesgericht genannten Autoren einer kumulativen Anwendung des allgemeinen Vertragsrechts neben der kaufrechtlichen Gewährleistung das Wort sprechen, kann dies nur problemspezifisch gemeint sein: Auf die Vertragsentstehung Anwendung der diesbezüglichen Konsens- (und Willensmängel-) Regeln, auf die Schlechterfüllung von Verträgen die Nichterfüllungsfolgen von OR 97ff.

In der Sache selber bleibt, Geltung der vom Bundesgericht präkonisierten Regel vorausgesetzt, unklar, in welchem Zeitpunkt der Leistungsverzögerung diese eine Willensmängel-Anfechtung erlauben soll. Während OR 107 Verzug und Gewährung einer Nachfrist voraussetzt, gilt derartige nicht bei Willensmängel-Anfechtung. Willensmängel ist an keinerlei Voraussetzungen wie Verzug des Schuldners oder Ansetzung einer Nachfrist gebunden; so sehr solche von der Sache her gesehen auch hier gelten müssten, lässt sich im Zusammenhang der Willensmängel-Anfechtung etwas derartiges nicht fordern. Im vorliegenden Fall lässt es das Bundesgericht genügen, dass der verkaufte Wagen ein gestohlener war. Nicht nur bedeutete dies für den Käufer keinerlei Nachteil, sondern es wäre, so muss vermutet werden, dem Verkäufer auch ein Leichtes gewesen, vom Berechtigten die (für diesen wertlosen) Eigentumsansprüche zu erwerben; ihm hätte Gelegenheit geboten werden müssen, den ihm angelasteten Mangel zu beseitigen.

Wie wenig ernsthaft die Voraussetzungen der Anwendung der Willensmängel-Regel erwogen wurde, folgt auch daraus, dass kein Wort der Frage der «Geltendmachung gegen Treu und Glauben» (OR Art. 25) gewidmet wird: Schutzwürdige Interessen sind beim anfechtenden Käufer mit dem besten Willen nicht zu erkennen, er befindet sich im Gegenteil in einer zum Tatbestand von Abs. 2 gänzlich analogen Situation, hat er doch im praktischen Ergebnis genau das, was er aufgrund des Vertrages erwarten durfte: Ungestörten Genuss der Kaufsache. Das Element des «Gestohlenseins» der Sache kann aber auch nicht aus der Sicht des besser Berechtigten (sc. des «richtigen» Eigentümers oder dessen Versicherers) gerechtfertigt werden,

denn diesem wird mit der Zulassung der Willensmängelanfechtung nicht der geringste Dienst erwiesen; die einzige Folge ist Schädigung des Verkäufers. – Wollte man BGE 109 II 322 ernst nehmen und die ausbleibende Eigentumsverschaffung als einen Anlass zur Anfechtung des Vertrages wegen Willensmängel machen, müsste konsequenterweise dasselbe, und sogar à plus forte raison, auch bei ausbleibender Sachübergabe, d.h. Nichterfüllung der Hauptpflicht des Verkäufers, gelten (diese stellt viel eher «mangelhafte Erfüllung» dar). Hier zeigt sich dann besonders deutlich, dass eine «kumulative Anwendung» von Willensmängel-Behelfen und Nichterfüllungs-Sanktionen (insbesondere jene von OR Art. 107) nicht in Betracht fällt.²⁴ – Der genannte Bundesgerichtsentscheid hat unkritische Gefolgschaft gefunden, so insbes. bei *Heinrich Honsell* (in Komm. OR *Honsell/Vogt/Wiegand*, Basel 1992; Vorbem. zu OR 192-210, N.7), welcher Autor auch (wie gezeigt, zu Unrecht) die vom Bundesgericht angeführten Autoren für diese Position in Anspruch nimmt.

3. In diesem Punkt zu insistieren besteht vor allem im Zusammenhang des WKR Anlass genug. Bekanntlich verzichtet dieses Abkommen, ebenfalls aus Gründen wie sie einleitend (Zif. II) festgehalten, auf die Regelung der Vertragsentstehung und der Vertragsgültigkeit (WKR Art. 4 lit. a). Damit sind auf Fragen des Vertragskonsenses, und insbesondere auf Konsensmängel wie Irrtum, die Regeln des (nach IPR-Regeln bestimmten) nationalen Rechts anwendbar. Dies würde im Falle der Anwendbarkeit schweizerischen Rechts (d.h. praktisch bei den meisten schweizerischen Exportgeschäften) auch die Anwendung der in BGE 109 II 322 statuierten Regel bedeuten. Da nun diese ihrerseits von allen herrschenden Vorstellungen abweicht, und niemand sonst, insbesondere die Väter des WKR nicht, den Sachverhalt des Ausbleibens der Eigentumsverschaffung beim Kauf als eine Frage der «Gültigkeit des Vertrages» (WKR Art. 4 lit. a) und damit als potentiellen Anwendungsfall von Irrtumsregeln betrachten, wäre deren Übertragung auf dem WKR unterliegende Käufe abkommenswidrig.

²⁴ Noch von niemandem ist gefordert worden, einen Lieferungsverzug des Verkäufers zu einem Willensmangel i.S. von OR Art. 23 ff. zu machen. Schafft verfehlte Sachübergabe keinen Grund der Willensmängel-Anfechtung, darf es bei verfehlter Eigentumsverschaffung erst recht nicht anders sein.

4. Abschliessend sei versucht, die Dinge wieder ins Gleichgewicht zu rücken und zu zeigen, dass BGE 109 II 322 keineswegs eine «ständige Praxis» weiterführt, sondern einmaliger Ausrutscher ist. Dessen Gründe liegen letztlich im Überbewerten und Missverstehen missverständlicher Literaturmeinungen wie überschüssend – verallgemeinernder Formeln in der eigenen Entscheidpraxis; es wird einmal mehr demonstriert, dass juristische Argumentation möglichst einengend-problembezogen, nicht unkontrolliert-generalisierend sein soll. Es ist zum Glück nicht zutreffend, dass die Praxis des Bundesgerichts bei «sachlich mangelhafter Erfüllung» seitens des Verkäufers dem Verkäufer Willensmängel-Anfechtung erlaubt. Die Lieferung eines nicht authentischen van Gogh-Bildes (BGE 82 II 420) ist keine «mangelhafte Erfüllung» (auch nicht Schlecht oder Nichterfüllung), da der Verkäufer, selbst wenn er um die fehlende Echtheit wüsste, diese nicht herstellen könnte: Er hat durch Lieferung des verkauften Bildes alles getan, was er überhaupt tun konnte und tun musste. Gleich gelagert sind aber alle anderen, nach bundesgerichtlicher Praxis bei Kaufverträgen gewährten Willensmängel-Behelfe. Die Frage, ob es überhaupt sinnvoll ist, fehlende Echtheit (eines Bildes, oder von was auch immer) als einen kaufrechtlichen Sachmangel zu qualifizieren, soll hier nicht aufgeworfen werden; jedenfalls steht fest, dass das Bundesgericht in derartigen Fällen mit guten Gründen die Willensmängel-Anfechtung zulässt, nicht weil der Vertrag nicht richtig erfüllt worden wäre, sondern weil der Käufer, für den Verkäufer erkennbar, nur im Hinblick auf die Authentizität des Bildes gekauft hat und diese eine Grundlage des Vertrages darstellt.

Vertragsinhalt und Einigung über diesen ist eine Sache, Vertragserfüllung eine andere, und Mängel der Vertragserfüllung zu solchen der Vertragsentstehung zu machen, ist ganz verfehlt, aber auch nicht die Praxis des Bundesgerichts²⁵.

²⁵ Im hier thematisierten Fall ausbleibender Eigentumsverschaffung hätte ich wenig einzuwenden gegen die Zulassung der Willensmängel-Anfechtung, wenn diese auf den Zeitraum vor der Sachübergabe beschränkt bleibt (dies wohl die Meinungen von *Oser/Schönenberger* und *Giger*, vgl. oben): Die Annahme eines Grundlagenirrtums ist diesfalls nicht weit hergeholt, denn die Bereitschaft des Vertragsschliessenden, sich den Risiken einer Entwehrung und den damit verbundenen Umtrieben zu unterziehen, darf in der Tat nicht vermutet werden. Vor Sachübergabe besteht aber auch keinerlei Konkurrenz mit kaufrechtlicher Gewährleistung, gelangt diese doch erst mit Sachübergabe zu Anwendbarkeit.

VI. Schlussbemerkungen

Das WKR erfüllt sämtliche Voraussetzungen, in den Mitgliedstaaten langfristig die Handhabung des heimischen Kaufrechts zu beeinflussen.

1. Für Deutschland darf wohl nicht erwartet werden, dass die gegenwärtig in Diskussion stehende Schuldrechts-Revision die hier kritisch beleuchteten Punkte thematisiert; zu sehr ist das Revisionsunternehmen ausgerichtet auf die Behebung angeblich aus neuen Entwicklungen resultierender moderner Missstände, keineswegs dagegen auf die Korrektur von vor einem Jahrhundert dem Gesetzgeber unterlaufenen Fehlentscheidungen. Dagegen würde der Schreiber die Hoffnung für erlaubt halten, dass das heutige Konfrontiertwerden des Juristen mit dem WKR und mit ausländischen nationalen Rechtsordnungen etwas kritische Distanz zu der hier besprochenen BGB-Regelung schaffen wird. Dies sollte nicht zuletzt in Auslegungsfragen im Bereich der Rechtsmängelhaftung die Neigung schaffen, Lösungen zu bevorzugen, welche sich der traditionellen Eviktionshaftung annähern; die Eigentumsverschaffungspflicht, von Gesetzgeber hochgespielt und im Bewusstsein des deutschen Juristen derzeit immer noch von grossem Gewicht, sollte ihrerseits in deren Bedeutung relativiert werden. Probleme in Grenzbereichen sind ohne weiteres denkbar²⁶.
2. a. Für die *Schweiz* besteht die Erwartung, dass der Einbezug des WKR in die Betrachtung klar macht, dass in einem diesem Abkommen unterliegenden Fall die Praxis gem. BGE 109 II 322 nicht angewendet werden kann. Darüber hinaus hofft der Schreiber auch, gezeigt zu haben, dass dieser Entscheid auch auf nationaler Ebene künftig nicht wegweisend sein sollte, sondern dem Kaufrecht unseres Obligationenrechts ebenso wie

²⁶ Zur Illustration immerhin das Beispiel des Untergangs der Kaufsache während des durch den Käufer veranlassten Transports. In Diskussion mit deutschen Kollegen neigten diese dazu, die Preiszahlungspflicht von der Frage des Eigentumsübergangs (allenfalls noch von der Vertretungsmacht des vom Käufer bestellten Fahrers wenigstens zum Besitzerwerb, oder gar vom Verschulden am Untergang der Sache) abhängig zu machen, während für den Schreibenden allein der Umstand massgebend ist, dass die Sache, vom Erfüllungsort (Verkäuferdomizil) wegbewegt, sich auf Veranlassung des Käufers bereits in dessen Bereich befindet und daher «Übergabe» i.S. von BGB § 446 Abs. 1 als erfolgt zu gelten hat, während die Eigentumsfrage irrelevant ist.

altbewährter - schweizerischer wie ausländischer - Tradition zuwider läuft.

- b. Der Schreibende kann es sich nicht versagen, auch in diesem Zusammenhang sein kaufrechtliches *ceterum censeo* vorzutragen, obwohl kein anderer Zusammenhang mit dem hier Vorgetragenen besteht als nur gerade jener, dass die Konfrontation mit dem WKR die Unhaltbarkeit einer bisher leider fest verwurzelten schweizerischen Tradition vor Augen führt. Gemeint ist die Rügepflicht gem. OR 201 (dazu der Schreibende bereits in SJZ 67/1971 p. 1-8, 17-24). Diese ist zwar (bedauerlicherweise) in der Gesetzgebung niedergelegt, wird jedoch von der Praxis nach Möglichkeit noch weiter verschärft. So jetzt bei der Handhabung nachträglich zum Vorschein kommender Mängel (BGE 107 II 176 für Werkvertrag, aber in identischer Fragestellung wie beim Kauf und auch auf diesen auszudehnen), die dem Besteller/Käufer die Beweislast für die Rechtzeitigkeit aufbürdet und auf objektive Erkennbarkeit, nicht subjektive Kenntnis abstellt, damit den Erwerber aber mit einer permanenten Pflicht der Beobachtung der erworbenen Sache belastet. Nachdem das WKR zum vornherein private Gelegenheitskäufe nicht erfasst (WKR Art. 2 lit. a) und die ausländischen nationalen Rechtsordnungen eine Rügepflicht des nichtkaufmännischen Käufers durchwegs nicht kennen, müsste es zu denken geben, dass das WKR (für Kaufleute!) die Rügepflicht bzw. die Sanktionen deren Verletzung ganz wesentlich einschränkt (diese spielt nicht bei Kenntnis des Verkäufers vom Mangel; die Rüge muss nicht, wie nach helvetischer Praxis, «unverzüglich» erfolgen, sondern nur «innerhalb einer angemessenen Frist»; schliesslich kann in jedem Fall aus Billigkeit von der Verwirkung des Anspruchs des Käufers abgesehen werden; vgl. WKR Art. 39, 40, 44). Ist es zu rechtfertigen, dass in der Schweiz vom einfachen Konsumenten-Publikum in der Frage der Mängelrüge eine Vigilanz gefordert wird, die das WKR als jetzt für internationale Käufe geltendes schweizerisches Recht Kaufleuten auch nicht entfernt zumutet? Zu hoffen bleibt, dass auch hier aus vergleichender Rechtsbetrachtung (hier diejenige zweier parallel neben einander bestehender schweizerischer Kaufrechts-Ordnungen) höhere Einsicht erwächst.