Urteilskopf

121 III 453

88. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 5. Dezember 1995 i.S. M. gegen H. (Berufung)

Regeste (de):

Art. 71, 197-210 OR; Gattungskauf, Anwendungsbereich der Bestimmungen über die Sachgewährleistung.

Beim Gattungskauf ist im Gegensatz zum Stückkauf keine individuell bestimmte Sache geschuldet (E. 3).

Die Bestimmungen über die Gewährleistung wegen Mängel der Kaufsache in den Art. 197-210 OR kommen beim Gattungskauf nur dann zur Anwendung, wenn der Verkäufer eine Sache geliefert hat, welche die vertraglich vereinbarten Gattungsmerkmale aufweist (E. 4).

Regeste (fr):

Art. 71, 197-210 CO; vente d'une chose de genre, champ d'application des dispositions sur la garantie en raison des défauts.

Dans la vente d'une chose de genre, contrairement à la vente d'un corps certain, la chose due n'est pas individualisée (consid. 3).

Les dispositions sur la garantie en raison des défauts de la chose au sens des art. 197-210 CO ne trouvent application dans la vente d'une chose de genre que si le vendeur a livré une chose qui présente les caractéristiques de genre convenues contractuellement (consid. 4).

Regesto (it):

Art. 71, 197-210 CO; vendita di una cosa determinata nella specie, campo di applicazione delle disposizioni sulla garanzia per difetti.

Nella vendita di una cosa determinata nella specie, contrariamente alla vendita di un oggetto determinato, la cosa dovuta non è individualizzata (consid. 3).

Le disposizioni sulla garanzia per i difetti della cosa ai sensi degli art. 197-210 CO non trovano applicazione nella vendita di cose determinate nella specie che se il venditore ha fornito una cosa che presenta le caratteristiche di specie contrattualmente convenute (consid. 4).

Sachverhalt ab Seite 453

BGE 121 III 453 S. 453

In einem schriftlichen Kaufvertrag vom 30. Oktober 1991 verpflichtete sich H., gegen Bezahlung von Fr. 28'000.-- innert ca. zwei Wochen einen gebrauchten Hubstapler des Typs TCM an M. zu liefern. Der Kaufgegenstand sollte gemäss der vertraglichen Umschreibung unter anderem einen Wandler, d.h. ein Automatikgetriebe, aufweisen. Am 20. November 1991 lieferte H. einen Hubstapler des vereinbarten Typs, welcher aber kein Automatik-
BGE 121 III 453 S. 454

sondern ein Handschaltgetriebe aufwies. Aus diesem Grunde verweigerte M. die Annahme des Hubstaplers und erklärte am 21. November 1991 schriftlich den Rücktritt vom Kaufvertrag. In seinem Antwortschreiben vom 26. November 1991 wies H. die Erklärung zurück und versprach eine korrekte Ersatzlieferung, welche am 2. Dezember 1991 bei M. eintraf. Dieser liess am folgenden Tag durch seinen Anwalt sinngemäss mitteilen, er verweigere die Annahme der Ersatzlieferung. In der Folge setzte H. die Kaufpreisforderung in Betreibung. M. erhob Rechtsvorschlag. Am 23. Dezember 1991

klagte H. beim Amtsgericht Solothurn-Lebern gegen M. auf Bezahlung von Fr. 28'000.-- nebst Zins zu 8% seit 10. Dezember 1991 zuzüglich der Kosten des Zahlungsbefehls von Fr. 76.--. Das Amtsgericht wies die Klage am 4. November 1993 ab. Es ging davon aus, M. habe aus dem Verhalten von H. schliessen dürfen, dieser sei nicht mehr Willens, den Vertrag zu erfüllen, weshalb M. gemäss Art. 108 Ziff. 1 OR in Verbindung mit Art. 107 Abs. 2 OR ohne Ansetzung einer Nachfrist habe vom Kaufvertrag zurücktreten können.
H. appellierte an das Obergericht des Kantons Solothurn, welches beweismässig davon ausging, die Parteien hätten den Kaufvertrag nicht einvernehmlich aufgehoben, und H. habe stets richtige Erfüllung angeboten. Gestützt auf diesen Sachverhalt hob das Obergericht den Entscheid des Amtsgerichts mit Urteil vom 28. Juni/16. August 1994 auf und verurteilte M., den Kaufpreis von Fr. 28'000.-- zuzüglich Zins zu 5% seit dem 10. Dezember 1991 sowie die Kosten des Zahlungsbefehls von Fr. 76.-- an H. zu bezahlen. M. ficht das Urteil des Obergerichts mit Berufung an und beantragt dem Bundesgericht, dieses aufzuheben und die Klage vollumfänglich abzuweisen. Das Bundesgericht weist die Berufung ab, soweit es darauf eintritt.
Erwägungen

Aus den Erwägungen:

3. Der Beklagte rügt, das Obergericht habe Bundesrecht verletzt, indem es den Kaufvertrag der Parteien als Gattungskauf qualifizierte. a) Ein Gattungskauf zeichnet sich im Gegensatz zum Stückkauf dadurch aus, dass der Verkäufer keine vertraglich individualisierte, sondern eine nur der Gattung nach bestimmte Sache schuldet (Art. 71 OR; BGE 94 II 26 E. 2 S. 29, BGE 85 II 402 E. 1a S. 407 f.; WEBER, Berner Kommentar, N 12 ff. zu Art. 71
BGE 121 III 453 S. 455

OR; SCHÖNLE, Zürcher Kommentar, N 44 zu Art. 184 OR; SCHRANER, Zürcher Kommentar, N 20 f. zu Art. 71 OR; KOLLER, in: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Basel, N 28 zu Art. 184 OR; CAVIN, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII/1, S. 121 f.; GUHL/MERZ/KOLLER, Das Schweizerische Obligationenrecht, 8. Auflage, S. 47; HONSELL, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. Auflage, S. 99). b) Der vorliegende Kaufvertrag hatte nicht eine individuell bestimmte Sache zum Gegenstand. Entgegen der nicht näher begründeten Behauptung des Beklagten führte auch der vereinbarte Triplexmast nicht zu einer Individualisierung der Kaufsache, weshalb es unerheblich ist, ob ein solcher Mast vom erstgelieferten auf den zweitgelieferten Hubstapler umgebaut wurde, wie dies der Beklagte vorbringt. Das Obergericht ist daher zu Recht davon ausgegangen, es liege ein Gattungskauf vor.
4. Das Obergericht hat angenommen, der erstgelieferte Hubstapler habe ein aliud dargestellt, weil er das vereinbarte Merkmal des automatischen Getriebes nicht aufgewiesen habe, und leitete daraus ab, es kämen die Regeln über die Nichterfüllung gemäss Art. 97 ff. OR zur Anwendung. Da der Beklagte den Kläger nicht gemahnt und ihm auch keine Frist zur Vertragserfüllung angesetzt habe, seien die Voraussetzungen zum Vertragsrücktritt gemäss Art. 107 OR nicht gegeben gewesen. Das Obergericht verneinte auch die Möglichkeit eines Vertragsrücktritts gemäss Art. 108 OR und ging daher davon aus, der Vertrag habe weiterbestanden und sei durch die Lieferung eines der vereinbarten Gattung entsprechenden Hubstaplers erfüllt worden, weshalb der Kaufpreis geschuldet sei. Der Beklagte macht demgegenüber geltend, auch wenn von einem Gattungskauf ausgegangen werde, sei er berechtigt gewesen, den Vertrag zu wandeln. Er schulde daher den Kaufpreis nicht. a) Die Regelung der Sachgewährleistung in den Art. 197-210 OR bezieht sich auf Mängel der Kaufsache (vgl. Marginalie zu Art. 197 OR). Da der Begriff der Kaufsache in den Art. 197 ff. OR nicht speziell definiert wird, ist die allgemeine Umschreibung des Kaufgegenstandes gemäss Art. 184 Abs. 1 OR massgebend. Diese versteht unter dem Kaufgegenstand die geschuldete Sache (frz. la chose vendue, it. l'oggetto venduto). Da beim Stückkauf eine vertraglich individualisierte Sache geschuldet wird, stellt diese auch dann die Kaufsache dar, wenn ihr wesentliche vereinbarte Merkmale fehlen (BGE 82 II 411 E. 3b S. 416; GIGER, Berner Kommentar, N 46 der Vorbemerkungen zu Art. 197-210 OR; HONSELL, a.a.O., S. 99). Beim Gattungskauf wird dagegen

BGE 121 III 453 S. 456

bloss eine der Gattung nach bestimmte Sache geschuldet, weshalb eine gelieferte Sache bei dieser Art des Kaufes nur dann der Kaufsache entspricht, wenn sie die vereinbarten Gattungsmerkmale aufweist (Art. 71 Abs. 1 OR). Es stellt sich daher die Frage, welcher Begriff der Gattung massgebend sei. Das Bundesgericht ist anfänglich von einem abstrakten, objektiven Gattungsbegriff ausgegangen, der dem Wesen der Sache entspricht (BGE 22 566 E. 3 S. 571 f.; vgl. auch BGE 20 960 E. 6 S. 976), hat diesen dann insoweit eingeschränkt, als es die Verkehrsauffassung und den im Einzelfall

vereinbarten Verwendungszweck berücksichtigte (BGE 69 II 97 E. 2 S. 100 f.) und ist schliesslich zu einem relativen Gattungsbegriff übergegangen, welcher sich nach der konkreten Umschreibung des Kaufgegenstandes durch die Parteien richtet (BGE 94 II 26 E. 2a S. 30; vgl. auch schon BGE 40 II 480 E. 3b S. 488). In der Lehre wird grundsätzlich ebenfalls von einem relativen Gattungsbegriff ausgegangen (KELLER/SIEHR, Kaufrecht, 3. Auflage 1995, S. 30; SCHÖNLE, Zürcher Kommentar, N 82 zu Art. 185 OR; SCHRANER, Zürcher Kommentar, N 13 zu Art. 71 OR; WEBER, Berner Kommentar, N 85 f. zu Art. 71 OR; vgl. ferner CAVIN, a.a.O., S. 122; VON TUHR/ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II, S. 98 Fn. 32g). Zum Teil wird in der Literatur aber auch die Auffassung vertreten, bei der Definition der geschuldeten Gattung sei in erster Linie das Wesen oder die Natur der Sache gemäss der Verkehrsauffassung und dem Verwendungszweck massgebend, wobei es im Ergebnis gerechtfertigt sei, ein aliud erst dann anzunehmen, wenn die gelieferte Sache "krass", "ganz erheblich" oder "ganz offensichtlich" von der vertraglich umschriebenen Sache abweiche (HONSELL, a.a.O., S. 100; derselbe, in: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, N 2 zu Art. 206 OR; WEBER, Berner Kommentar, N 91 f. zu Art. 71 OR; GIGER, Berner Kommentar, N 44 und 50 der Vorbemerkungen zu Art. 197-210 OR; vgl. auch CAVIN, a.a.O., S. 125; SCHRANER, Zürcher Kommentar, N 60 f. zu Art. 71 OR; OSER/SCHÖNENBERGER, Zürcher Kommentar, N 14 zu Art. 197 OR). Ein abstrakter Gattungsbegriff ist aber abzulehnen, weil die Parteien den Kaufgegenstand autonom bestimmen und daher je nach der Wichtigkeit, die sie gewissen Spezifikationen beimessen, mehr oder weniger genau präzisieren können, welche Merkmale die zu liefernde Sache aufweisen muss (BGE 94 II 26 E. 2a s. 30). Ein allgemeiner Begriff der Gattung ist zudem kaum justitiabel, zumal er ganz unterschiedlich eng oder weit gefasst werden kann (vgl. HONSELL, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. Auflage, S. 99).
BGE 121 III 453 S. 457

Aus diesen Gründen ist an einem relativen Gattungsbegriff festzuhalten, welcher sich nach der Umschreibung der geschuldeten Sache im Kaufvertrag richtet, wobei dieser - wenn ein tatsächlicher übereinstimmender Parteiwille nicht feststeht - nach dem Vertrauensprinzip auszulegen ist (SCHÖNLE, Zürcher Kommentar, N 82 zu Art. 185 OR). Demgemäss stellt jede gelieferte Sache, welche nicht alle von den Parteien vereinbarten Gattungsmerkmale aufweist, nicht die geschuldete, sondern eine andere Sache, ein aliud, dar. Dies ist zum Beispiel dann der Fall, wenn ein geliefertes Automobil anstatt des vertraglich vorgesehenen Automatikgetriebes eine gewöhnliche Schaltung aufweist (BGE 94 II 26 E. 2a S. 30; ebenso für das deutsche Recht: REINKING/EGGERT, Der Autokauf, Düsseldorf, 5. Auflage, S. 128 Rz. 412 unter Hinweis auf ein Urteil des OLG Hamburg vom 22. September 1987) oder nicht dem ausdrücklich vereinbarten Modell entspricht (BGE 94 II 26 E. 2a S. 30; SCHRANER, Zürcher Kommentar, N 13 zu Art. 71 OR). Keine andere, sondern eine mangelhafte Kaufsache (peius) liegt beim Gattungskauf hingegen dann vor, wenn die gelieferte Sache zwar der geschuldeten Gattung zugehört (Art. 71 Abs. 1 OR), nicht aber die vereinbarte oder gesetzlich vorgeschriebene Qualität aufweist (Art. 71 Abs. 2 OR; BGE 40 II 480 E. 3b S. 488 f., BGE 69 II 97 E. 2 S. 100; SCHRANER, Zürcher Kommentar, N 60 zu Art. 71 OR; GIGER, Berner Kommentar, N 42 und 44 ff. der Vorbemerkungen zu Art. 197-210 OR; SCHÖNLE, Zürcher Kommentar, N 82 zu Art. 185 OR; vgl. auch KELLER/SIEHR, Kaufrecht, 3. Auflage 1995, S. 29 f.). So ist zum Beispiel ein vertragskonform spezifiziertes Automobil mangelhaft, wenn sein Motor stottert oder seine Karosserie durchgerostet ist. Das Bundesgericht hat in einem obiter dictum in BGE 94 II 26 E. 4 S. 34 f. erkannt, beim Gattungskauf könne ein Käufer, dem eine Sache anderer Gattung geliefert wurde, nicht nur gemäss den allgemeinen Verzugsregeln, sondern auch gestützt auf Art. 206 OR vom Vertrag zurücktreten, weil diese Bestimmung von einem weiten Mangelbegriff ausgehe. Ein Teil der Lehre betrachtet eine solche alternative Anwendung der Sachgewährleistungsregeln bei der Lieferung eines aliud dann als wünschbar, wenn die konkrete Abgrenzung zur Schlechtlieferung im Einzelfall Schwierigkeiten bereite (SCHRANER, Zürcher Kommentar, N 62 zu Art. 71 OR; GIGER, Berner Kommentar, N 49 der Vorbemerkungen zu Art. 197-210 OR; WEBER, Berner Kommentar, N 91 zu Art. 71 OR). In der Literatur wird auch die Meinung vertreten, die Lieferung eines aliud solle beim Gattungskauf ausschliesslich nach der
BGE 121 III 453 S. 458

Regelung der Sachgewährleistung beurteilt werden, weil damit schwierige Abgrenzungsfragen und die Umgehung der kurzen Fristen des Sachgewährleistungsrechts vermieden werden könnten (HANS-PETER KATZ, Sachmängel beim Kauf von Kunstgegenständen und Antiquitäten, Diss. Zürich 1973, S. 96; MARKUS NEUENSCHWANDER, Die Schlechterfüllung im schweizerischen Vertragsrecht, Diss. Bern 1971, S. 24; ALFRED SCHUBIGER, Verhältnis der Sachgewährleistung zu den Folgen der Nichterfüllung oder nicht gehörigen Erfüllung, Diss. Bern 1957, S. 122 ff.; vgl. auch GUHL/MERZ/KOLLER, a.a.O., S. 364 und ROBERTO CYPRIAN, Die Aliud-Lieferung im

schweizerischen Kaufvertragsrecht, Diss. St. Gallen 1981, S. 67 f. und S. 121 f.). Diese Auffassungen sind aber abzulehnen, weil sich die Regelung der Sachgewährleistung gemäss der Marginalie zu Art. 197 OR auf die Kaufsache bezieht und beim Gattungskauf nur dann eine Kaufsache geliefert wird, wenn diese der vereinbarten Gattung entspricht. Dies wird dadurch bestätigt, dass Art. 206 OR, welcher gemäss seiner systematischen Stellung im Gesetz die besonderen gewährleistungsrechtlichen Folgen der Lieferung einer mangelhaften Sache beim Gattungskauf regelt (vgl. CAVIN, a.a.O., S. 123 f.; derselbe, Considérations sur la garantie en raison des défauts de la chose vendue, SJ 91/1969, S. 329 ff., S. 339 f.), nur einen Anspruch auf Nachlieferung anderer währhafter Ware "derselben" Gattung vorsieht und damit voraussetzt, dass eine Sache der vereinbarten Gattung geliefert wurde. Die herrschende Lehre geht somit zu Recht davon aus, die Lieferung eines aliud stelle keinen Tatbestand der Sachgewährleistung, sondern eine Nichterfüllung dar, welche sich ausschliesslich nach den Bestimmungen über den Schuldnerverzug beurteile (SCHÖNLE, Zürcher Kommentar, N 82 zu Art. 185 OR; HONSELL, in: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, N 3 zu Art. 206 OR; derselbe, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. Auflage, S. 100 f.; GAUCH/SCHLUEP, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Bd. II, S. 194 Rz. 3178; BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. Auflage 1988, S. 118 f.; GAUCH, der Werkvertrag, 3. Auflage, S. 279 Rz. 978; grundsätzlich ebenso: GIGER, Berner Kommentar, N 42 der Vorbemerkungen zu Art. 197-210 OR; WEBER, Berner Kommentar, N 85 zu Art. 71 OR; SCHRANER, Zürcher Kommentar, N 61 zu Art. 71 OR). Ein Käufer, der ein aliud erhalten hat, kann demnach - wenn die Erfüllung noch möglich ist - nur nach den Verzugsregeln vom Vertrag zurücktreten, was grundsätzlich die erfolglose
BGE 121 III 453 S. 459

Ansetzung einer angemessenen Frist zur nachträglichen Erfüllung voraussetzt (Art. 107 f. OR). b) Im vorliegenden Kaufvertrag haben die Parteien ausdrücklich vorgesehen, der zu liefernde Hubstapler müsse einen Wandler, d.h. ein Automatikgetriebe, aufweisen. Diese Spezifikation stellt keine blosse Qualitätsangabe, sondern ein gattungsbestimmendes Merkmal dar. Die Vorinstanz hat daher zu Recht angenommen, der Kläger habe mit dem ersten Hubstapler, welcher anstatt eines Automatik- ein Handschaltgetriebe aufwies, ein aliud geliefert. Diese Lieferung bildete somit keine Schlecht- sondern eine Nichterfüllung, weshalb sich die Frage, ob der vom Beklagten am 21. November 1991 erklärte Vertragsrücktritt zulässig war, nach den Verzugsregeln beurteilt. Da der Beklagte den Kläger nicht mahnte (Art. 102 Abs. 1 OR) und ihm auch keine Frist zur nachträglichen Erfüllung ansetzte, war ein Vertragsrücktritt gemäss Art. 107 Abs. 2 OR ausgeschlossen. Der Beklagte konnte auch nicht gemäss Art. 108 Ziff. 1 OR ohne Ansetzung einer Frist zur nachträglichen Erfüllung vom Vertrag zurücktreten, weil der Kläger gemäss den für das Bundesgericht verbindlichen tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz immer korrekte Erfüllung angeboten hatte und daher aus seinem Verhalten nicht hervorging, dass sich die Ansetzung einer Nachfrist als unnütz erweisen würde. Es bestehen ferner keine Anhaltspunkte dafür, dass die nachträgliche Leistung für den Beklagten nutzlos geworden war (Art. 108 Ziff. 2 OR). Schliesslich geht aus dem Vertrag - welcher eine Lieferfrist von ca. zwei Wochen vorsah - auch nicht die Absicht der Parteien hervor, die Leistung solle genau bis zu einem bestimmten Zeitpunkt erfolgen (Art. 108 Ziff. 3 OR). Der Beklagte konnte demnach nicht ohne Ansetzung einer Nachfrist vom Vertrag zurücktreten, weshalb seine Rücktrittserklärung vom 21. November 1991 unzulässig war. Der Kläger erfüllte somit den weiterbestehenden Vertrag, als er am 2. Dezember 1991 einen der vereinbarten Gattung entsprechenden Hubstapler lieferte. Der Beklagte macht zwar geltend, der zweitgelieferte Hubstapler habe Mängel aufgewiesen, bestreitet aber nicht, dass er diese nicht rechtzeitig gerügt hat (Art. 201 OR), weshalb eventuelle entsprechende Ansprüche verwirkt sind (Art. 201 Abs. 2 OR). Die Vorinstanz hat demnach kein Bundesrecht verletzt, indem sie die Klage auf Bezahlung des Kaufpreises guthiess.