

Abgekürzte Gattungsvereinbarungen

Zwischen der Stück- und der Gattungsschuld besteht vermeintlich ein klarer Unterschied – bei den Voraussetzungen und den rechtlichen Konsequenzen der Unterscheidung. Ausgehend vom Gedanken, dass bei in Serie hergestellter Ware die Auswahl eines individuellen Stücks häufig bloss als abgekürzte Form einer Gattungsbeschreibung erfolgt, regen die Autoren an, die traditionelle Unterscheidung zwischen Stück- und Gattungskauf generell zu überdenken.

Rechtsanwalt Dr. Christoph Bauer und Rechtsanwalt PD Dr. Arnold F. Rusch LL.M. *

recht 2013, 209 ff.

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis.....	1
I. Problemstellung	1
II. Stück- und Gattungsschuld.....	2
1. Definitionen	2
a. Stückschuld.....	2
b. Gattungsschuld	2
2. Relevanz der Unterscheidung.....	3
a. Beschaffungspflicht	3
b. Gefahrenübergang	3
c. Anspruch auf Ersatzlieferung	4
d. Abgrenzung aliud vs peius.....	5
e. Grundlagenirrtum	5
III. Fälle abgekürzter Gattungsvereinbarungen.....	6
IV. Verallgemeinerungsfähige Überlegungen?	8
1. Ersatzlieferung auch bei marktgängigen Stückschulden	8
2. Grundlagenirrtum auch bei Gattungsschulden	13
3. Aufgabe der Unterscheidung zwischen <i>aliud</i> und <i>peius</i>	16
4. Verschiebung des Gefahrenübergangs	17
V. Fazit.....	18
Literaturverzeichnis	18

I. Problemstellung

Die nachfolgenden Erwägungen gehen in einem ersten Schritt auf die Unterscheidung zwischen Gattungs- und Stückschuld ein und legen die *Relevanz der Unterscheidung* im Fahrniskaufrecht dar. In einem zweiten Schritt richtet sich der Fokus auf die Unschärfe der Abgrenzung im Alltag, wo sich zahllose Kaufverträge auf serienmässig hergestellte Ware beziehen. Dabei zeigen diverse Beispiele die kaum vermittelbaren Unterschiede in den Rechtsfolgen auf. Anschliessend erfolgt der Versuch, aus

* Rechtsanwalt Dr. Christoph Bauer ist Mitarbeiter bei Kellerhals Anwälte, Zürich; Rechtsanwalt PD Dr. Arnold F. Rusch LL.M. ist Lehrbeauftragter an den Universitäten Fribourg und Zürich.

den gewonnenen Erkenntnissen verallgemeinerungsfähige Überlegungen abzuleiten, um *de lege lata* eine praktikablere Unterscheidung mit vernünftigeren Rechtsfolgen zu erreichen. Der hier vertretene Lösungsvorschlag konzentriert sich auf das Kaufrecht und bezieht die Konzepte der *Vertretbarkeit als Marktgängigkeit* und der *Wiederholbarkeit des Wahlvorgangs* mit ein.

II. Stück- und Gattungsschuld

1. Definitionen

Sachleistungspflichten unterteilen sich in Stück- und Gattungsschulden.¹ Ob eine Stück- oder Gattungsschuld vorliegt, bestimmt sich nach der vertraglichen Umschreibung der Leistungspflicht durch die Parteien oder (subsidiär) das Gesetz.² Die Begriffe „Stücksache“ und „Gattungssache“ sind entsprechend abzulehnen.³

a. Stückschuld

Die Stück- oder Speziesschuld ist eine Schuld, deren Leistungsinhalt durch genügende Merkmale⁴ individuell bestimmt ist.⁵ Das Objekt der Leistungspflicht wird m.a.W. durch Verweisung auf eine individualisierte Sache festgelegt,⁶ die bei Vertragsschluss aber weder im Eigentum des Schuldners stehen⁷ noch existieren muss.⁸ Eine Stückschuld kann natürlich auch eine Mehrheit von Sachen zum Gegenstand haben.⁹

b. Gattungsschuld

Eine Gattungs- oder Genusschuld ist demgegenüber eine Schuld, deren Leistungsinhalt nach Qua-**[recht 2013, 209/210]** lität (Gattung) und Quantität (Mass, Zahl oder Gewicht) generisch bestimmt ist.¹⁰ Die quantitative Beschränkung ist hier erforderlich, damit der Leistungsinhalt die für eine Obligation erforderliche Bestimmtheit erhält.¹¹ Die qualitative Umschreibung der Gattung kann mehr oder weniger präzise erfolgen, wobei die bundesgerichtliche Rechtsprechung¹² und die herrschende Lehre¹³

¹ Das OR enthält diesbezüglich bekanntlich keine Legaldefinitionen.

² BUCHER, AT, 103; VON TUHR/PETER, 54; ZK-SCHRANER, OR 71 N 20; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 96 ff.; BK-WEBER, OR 71 N 23; KELLER/SCHÖBI, 99, 203; FURRER/MÜLLER-CHEN, Kap. 2 Rz. 14; KUKO-GROSS/SPRECHER, OR 71 N 2; KOLLER, BT, § 3 Rz. 6; LANZ, recht 1996, 250 f.; BGE 94 II 26, 30.

³ Vgl. zutreffend BUCHER, AT, 297 Anm. 19; BERGER, Rz. 425. Zur Unterscheidung zwischen vertretbaren und unvertretbaren Sachen vgl. unten Kap. II.2.c.

⁴ Z.B. Name, Nummer, Ort und Zeit, (Eigentums-)Rechte am Leistungsobjekt usw. (VON TUHR/PETER, 53 Anm. 2).

⁵ BK-WEBER, OR 71 N 12; ZK-SCHRANER, OR 71 N 11; VON TUHR/PETER, 53; BUCHER, AT, 103; HUGUENIN, Rz. 676.

⁶ BUCHER, AT, 103; MERZ, SPR VI/1, 134; KOLLER, AT, § 2 Rz. 121; KELLER/SCHÖBI, 99; CAVIN, SPR VII/1, 8; HONSELL, BT, 38; SCHWENZER, Rz. 8.01.

⁷ Z.B. sämtliche Aktien der von X noch zu erwerbenden Gesellschaft Y (vgl. BGE 96 II 18, 21; ZK-SCHRANER, OR 71 N 11).

⁸ Z.B. ein erst noch herzustellender Prototyp eines neuartigen Sportwagens (vgl. BK-WEBER, OR 71 N 12).

⁹ Z.B. die ganze Schiffsladung des Frachters X, alle Kühe des Hofes Y oder die Uhrensammlung von Z (vgl. auch BK-WEBER, OR 71 N 12; ZK-SCHRANER, OR 71 N 11; vgl. auch BGE 41 II 430, 435 f.).

¹⁰ VON TUHR/PETER, 54; KELLER/SCHÖBI, 99; BSK-LEU, OR 71 N 3; ZK-SCHRANER, OR 71 N 12; CAVIN, SPR VII/1, 8; HUGUENIN, Rz. 2379.

¹¹ VON TUHR/PETER, 54; BK-WEBER, OR 71 N 16.

¹² BGE 121 III 453, 456 f.; BGer, Urteil vom 9. Oktober 2003, 4C.204/2002, E. 5.1; BGE 94 II 26, 30; anders noch: BGE 22 566, 571 f.; vgl. auch BGE 20 960, 976.

¹³ SCHWENZER, Rz. 8.04; MERZ, SPR VI/1, 142; VON TUHR/PETER, 54; ZK-SCHRANER, OR 71 N 13; BK-WEBER, OR 71 N 85 f.; ZK-SCHÖNLE, OR 185 N 82; CAVIN, SPR VII/1, 122; CHK-WULLSCHLEGER, OR 71 N 3; HUGUENIN, Rz. 2380; LANZ, recht 1996, 251 f.; vgl. auch BSK-LEU, OR 71 N 3 (der allerdings die Frage der Abgrenzung von Stück- und Gattungsschuld und jene der Definition der Gattung nicht unterscheidet).

heute bekanntlich von einem relativen Gattungsbegriff ausgehen.¹⁴ Das Leistungsobjekt bleibt auch nach der Aussonderung und Versendung bzw. Übergabe des Stücks generisch umschrieben und damit eine Gattungsschuld. In BGE 91 II 344 ff., 352 behandelte das Bundesgericht allerdings den Gattungskauf eines Fahrzeugs nach der Übergabe desselben sowie des Fahrzeugausweises mit eingetragener Motor- und Chassisnummer als Stückschuld,¹⁵ was die herrschende Lehre mit Recht kritisiert hat.¹⁶

2. Relevanz der Unterscheidung

Ob die Parteien eine Stück- oder Gattungsschuld vereinbart haben, zeitigt verschiedene Konsequenzen, die kurz in Erinnerung zu rufen sind. Allgemeines Vertragsrecht und Kaufrecht als häufigster Anwendungsfall werden dabei zusammen behandelt.¹⁷

a. Beschaffungspflicht

Den Schuldner einer Gattungsschuld trifft eine Beschaffungspflicht, solange noch Stücke aus der vereinbarten Gattung beschafft werden können.¹⁸ Art. 119 OR befreit den Gattungsschuldner entsprechend nur dann von seiner Leistungspflicht, wenn entweder die Gattung untergegangen¹⁹ oder die Beschaffung von Stücken aus anderen Gründen²⁰ nachträglich unverschuldet unmöglich geworden ist. Die Beschaffungspflicht des Gattungsschuldners endet mit dem Übergang der Sachleistungsgefahr.²¹

b. Gefahrenübergang

Anders als im BGB²² fehlt dem OR eine allgemeine Regelung zur Gefahrtragung²³ bei Gattungsschul-

¹⁴ Die Parteien sind entsprechend frei in der Umschreibung der Gattung, solange einerseits der Leistungsinhalt nicht so weit individualisiert ist, dass nur noch eine bestimmte bzw. bestimmbare Sache in Frage kommt (FURRER/MÜLLER-CHEN, Kap. 2 Rz. 14), und andererseits ausreichend bestimmt bzw. bestimmbar ist, dass überhaupt ein Konsens zustande kommt (vgl. Fn. 11). Als Gattungsmerkmale kommen natürliche, technische oder wirtschaftliche Eigenschaften des Leistungsinhalts in Frage (z.B. Sorte, Typ, Serie, Erzeugungsjahr, Herkunft, Leistungsfähigkeit, Güteklasse, Gewicht, Preiskategorie; BK-WEBER, OR 71 N 16). Die Parteien können den Gesamtumfang der Gattung auch insofern begrenzen, als nur Ware aus einem bestimmten Vorrat, einem gegenwärtigen oder zukünftigen Warenlager, einer bestimmten Ernte, einer bestimmten Transportladung oder aus der Produktion einer gewissen Zeit geschuldet ist (sog. begrenzte Gattungsschuld oder Vorratsschuld; vgl. BK-WEBER, OR 71 N 19 ff.; SCHWENZER, Rz. 8.05). Das OR kodifiziert die Gattungsschuld als einen Sonderfall der Stückschuld (BUCHER, AT, 103 f.; ZK-SCHRANER, OR 71 N 10; gerade umgekehrt der Sprachgebrauch in den Naturwissenschaften: VON TUHR/PETER, 53 Fn. 3); zu den Kodifikationsvarianten von Gattungs- und Stückkauf vgl. ERNST, ZEuP 1999, 584 ff.

¹⁵ Vgl. BGE 91 II 344, 352 (obiter dictum).

¹⁶ ZK-SCHÖNLE/HIGL, OR 197 N 16a; ZK-SCHÖNLE, OR 185 N 29; BUCHER, BT, 115; BK-WEBER, OR 71 N 54; BK-GIGER, OR 185 N 10; GUHL/KOLLER, § 8 N 8; a.M. VON TUHR/PETER, 56 und ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, OR 71 N 2.

¹⁷ Zu weiteren Arten von Gattungsschulden vgl. BK-WEBER, OR 71 N 31 ff. m.w.H.

¹⁸ SCHWENZER, Rz. 8.09; VON TUHR/PETER, 55; BK-WEBER, OR 71 N 72; MERZ, SPR VI/1, 142 f.; HONSELL, BT, 59; KOLLER, AT, § 47 Rz. 42; CAYTAS IVO G., Der unerfüllbare Vertrag – Anfängliche und nachträgliche Leistungshindernisse und Entlastungsgründe im Recht der Schweiz, Deutschlands, Österreichs, Frankreichs, Italiens, Englands, der Vereinigten Staaten, im Völkerrecht und im internationalen Handelsrecht, Diss. St.Gallen, Wilmington 1984, 180; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 100; vgl. dazu auch SOGO MIGUEL, Das übernommene Beschaffungsrisiko, in: Loacker Leander D./Zellweger-Gutknecht Corinne (Hrsg.), Differenzierung als Legitimationsfrage, APARIUZ Bd. 14, Zürich/St.Gallen, 103 ff., 114 Fn. 42.

¹⁹ Dies ist primär für begrenzte Gattungsschulden (vgl. Fn. 14 i.f.) relevant (vgl. *genus perire non censetur*); BK-WEBER, OR 71 N 74; BERGER, Rz. 1511; BGE 57 II 508, 510 f.; BGE 43 II 784, 793; BGE 27 II 211, 217 f.

²⁰ Z.B. infolge Kriegs, Naturkatastrophen, Aufruhr oder behördlicher Massnahmen (ZK-SCHRANER, OR 71 N 45; BUCHER, BT, 116; vgl. auch BGE 111 II 352, 354).

²¹ Vgl. Art. 119 Abs. 3 OR sowie zur Gefahrtragung sogleich Kap. II.2.b.

²² Vgl. § 243 Abs. 2 BGB.

²³ Zu unterscheiden sind die Sach- bzw. Leistungsgefahr und die Preis- bzw. Gegenleistungsgefahr. Die (Sach-)Leistungsgefahr betrifft die Frage, ob der Gattungsschuldner durch einen zufälligen Untergang der zu liefernden Sache von seiner Leistungspflicht befreit wird oder ob er andere Stücke liefern muss (KOLLER, AT, § 37 Rz. 13; BSK-

den.²⁴ Im Grundsatz gilt deshalb die allgemeine, auch für Stückschulden geltende Regel, wonach der Schuldner die Gefahr bis zur Erfüllung bzw. zum Eintritt des Gläubigerverzugs (Art. 91 OR)²⁵ trägt.²⁶ **[recht 2013, 210/211]**

Das Kaufrecht sieht jedoch in Art. 185 OR eine auf zahlreiche Veräusserungsverträge analog anwendbare²⁷ Sonderregel vor: Während die Gefahr beim Stückkauf grundsätzlich mit Vertragsschluss übergeht,²⁸ erfolgt der Gefahrenübergang bei der Gattungsschuld erst mit Aussonderung (Konzentration) und – sofern geschuldet – Versendung der Ware an den Käufer (Art. 185 Abs. 2 OR).

c. Anspruch auf Ersatzlieferung

Ist ein Gattungskauf vereinbart, so hat der Käufer alternativ zu Wandelung oder Minderung einen Anspruch auf Ersatzlieferung „*währhafter Ware derselben Gattung*“ (Art. 206 Abs. 1 OR)²⁹. Zwar setzt das Gesetz hierfür voraus, dass der „*Kauf auf die Lieferung einer bestimmten Menge vertretbarer Sachen*“ gehe, doch knüpft die h.L. den Ersatzlieferungsanspruch nicht an die Vertretbarkeit der Kaufsache, sondern an deren gattungsmässiger Bestimmtheit an.³⁰ Worin liegt der Unterschied? Vertretbarkeit liegt gemäss h.L. und Rechtsprechung nur dann vor, wenn die Sache nach der *Verkehrsauffassung* nach Zahl, Mass oder Gewicht bestimmt wird.³¹ Leistungsobjekt der durch die Parteien vereinbarten Gattungsschuld können, müssen aber nicht zwingend vertretbare Sachen sein, hingegen schliesst Vertretbarkeit der Kaufsache einen Stückkauf auch nicht aus. So ist möglich, dass man ein „brauchbares Rennpferd“ oder „irgendeinen Picasso aus der blauen Phase“ erwerben möchte, auch wenn man üblicherweise weder Rennpferde noch Picassos nach Zahl, Mass oder Gewicht bestimmt.³²

KOLLER, OR 185 N 11; HONSELL, BT, 59; BK-GIGER, OR 185 N 11; ZK-SCHÖNLE, OR 185 N 17 ff.). Die Gegenleistungsgefahr betrifft demgegenüber die Frage, ob der von seiner Leistungspflicht befreite Gattungsschuldner die Gegenleistung noch zugute hat oder nicht (KOLLER, AT, § 37 Rz. 17; BSK-KOLLER, OR 185 N 1; SCHWENZER, N 64.17; BK-GIGER, OR 185 N 14; ZK-SCHÖNLE, OR 185 N 31 ff.).

²⁴ Vgl. VON TUHR/PETER 56 f.; BK-WEBER, OR 71 N 59.

²⁵ Ob der Gefahrübergang bereits als Rechtsfolge des Gläubigerverzugs (so GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz. 2438 f.; STAUBER, Rz. 787 ff., 903; BUCHER, AT, 324; SCHWENZER, Rz. 70.04; CHK-WULLSCHLEGER, OR 71 N 9; HUGUENIN, Rz. 985; KOLLER, AT, § 56 Rz. 111; wohl auch VON TUHR/ESCHER, 74 f.) oder erst mit Hinterlegung nach Art. 92 OR eintritt (so BK-WEBER, OR 92 N 21; BSK-BERNET, Vorb. OR 91-96 N 7; ZK-SCHRANER, OR 92 N 18; VON TUHR/PETER, 56 f.), ist strittig.

²⁶ Vgl. VON TUHR/PETER, 56 f.; BK-WEBER, OR 71 N 61; ZK-SCHRANER, OR 71 N 40; SCHWENZER, Rz. 8.11; CHK-WULLSCHLEGER, OR 71 N 9; BSK-LEU, OR 71 N 4.

²⁷ Im Einzelnen ist strittig, ob dies für alle Veräusserungsverträge zutrifft (so BK-WEBER, OR 71 N 64; VON TUHR/PETER, 56 Anm. 16; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, OR 71 N 3; BK-GIGER, OR 185 N 16) oder nur für gewisse (so ZK-SCHÖNLE, OR 185 N 138 ff.). A.M. SCHWENZER, Rz. 8.11, wonach Art. 185 Abs. 2 OR ausserhalb des Gattungskaufs weder direkt noch entsprechend anzuwenden sei.

²⁸ Art. 185 Abs. 1 OR. Nach KOLLER, AT, § 54 Rz. 61 soll auch beim Fahrniskauf bei Hol- und Bringschulden die Gefahr (entgegen dem Wortlaut von Art. 185 OR) erst mit dem Gläubigerverzug übergehen, wohingegen die Regel für Versendungsschulden (Art. 185 Abs. 2 OR) insofern zu verallgemeinern sei, dass der Schuldner immer dann von der Preisgefahr befreit sein soll, wenn er alles seinerseits zur Erfüllung Erforderliche getan habe (a.a.O., § 54 Rz. 59); die Konkretisierung der Gattungsschuld hat nach ihm keine Auswirkungen auf die Leistungsgefahr (a.a.O., § 37 Rz. 13).

²⁹ Zum Ersatzlieferungsrecht des Verkäufers s. Art. 206 Abs. 2 OR.

³⁰ BK-WEBER, OR 71 N 27; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, OR 206 N 2; VON TUHR/PETER, 54 Anm. 7; CHK-MÜLLER-CHEN, OR 206 N 1; BSK-HONSELL, OR 206 N 1; KUKO-GROSS/SPRECHER, OR 71 N 3; KUKO-HONSELL, OR 206 N 1; GUHL/KOLLER, § 42 Rz. 47; KOLLER, BT, § 4 Rz. 261; KELLER/SCHÖBI, 100; MÜLLER CHRISTOPH, Contrats de droit suisse, Bern 2012, Rz. 305; CR-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, OR 206 N 3; HUGUENIN, Rz. 2693; a.M. GELZER, AJP 1997, 705 f.; CYPRIAN, 72 ff.; vgl. dazu eingehender Kap. IV.1.

³¹ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 100; VON TUHR/PETER, 53 f.; BK-WEBER, OR 71 N 26; ZK-SCHRANER, OR 71 N 20; SCHWENZER, Rz. 8.02; vgl. auch HUGUENIN, Rz. 677; BGE 85 II 402, 407; BGE 90 IV 190, 193; kritisch SZALAI, ZGS 2011, 208. Das OR kennt im Gegensatz zum BGB (§ 91) keine Legaldefinition vertretbarer Sachen (s. Fn. 71). Eingehender zur Vertretbarkeit vgl. unten Kap. IV.1.

³² Vgl. die Beispiele bei BK-WEBER, OR 71 N 26; VON TUHR/PETER, 53 f.

d. Abgrenzung *aliud* vs *peius*

Weist die gelieferte Sache nicht alle vereinbarten Gattungsmerkmale auf, so liegt nach bundesgerichtlicher Auffassung eine Falschlieferung (*aliud*) vor.³³ Berühmtestes Beispiel dafür ist der Hubstapler-Fall: Die Lieferung eines Occasion-Hubstaplers mit Handschaltung ist demnach ein *aliud*, wenn der Kaufvertrag als Gattungsmerkmal einen Wandler voraussetzt, d.h. ein Automatikgetriebe.³⁴ Nach der Rechtsprechung und einem Teil der Lehre³⁵ hat der Gattungsschuldner damit nicht erfüllt und der Gläubiger hat (ausschliesslich) nach den Regeln des Schuldnerverzugs vorzugehen. Entspricht die gelieferte Sache zwar allen Gattungsmerkmalen, ist aber mangelhaft, so liegt Schlechterfüllung (*peius*) vor (Art. 197 ff. OR; vgl. auch Art. 71 Abs. 2 OR).³⁶

e. Grundlagenirrtum

Bei Mängeln lässt das Bundesgericht die alternative Geltendmachung eines Grundlagenirrtums zu, [recht 2013, 211/212] ohne die Prüfungs- und Rügeobliegenheit nach Art. 201 OR und die Verjährung des Art. 210 Abs. 1 OR auf die daraus folgenden Ansprüche auszudehnen.³⁷ Das Bundesgericht verneint indes bei mangelhafter Gattungslieferung einen Grundlagenirrtum, weil der Käufer im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht wisse, mit welchem Stück der Verkäufer erfüllen wird.³⁸ Er könne sich folglich nur dann irren, wenn die gesamte Gattung mangelhaft sei, d.h. sich der Irrtum auf eine Eigenschaft der ganzen Gattung beziehe.³⁹ Wenn überhaupt, wird diese Einschränkung damit begründet, dass sich der rechtsgeschäftliche Wille des Gattungskäufers im Zeitpunkt des Vertragsschlusses auf

³³ Die Abgrenzung von *peius* und *aliud* bei Gattungsschulden ist schwierig und im Einzelnen umstritten (vgl. dazu auch II.2.d ff.). Das Bundesgericht und ein Teil der Lehre fordern die Einhaltung sämtlicher vereinbarter Gattungsmerkmale (vgl. BGE 121 III 453, 457; BGer, Urteil vom 9. Oktober 2003, 4C.204/2002, E. 5.1; BGer, Urteil vom 19. Februar 2007, 4C.300/2006, E. 4; KUKO-GROSS/SPRECHER, OR 71 N 9; VON TUHR/ESCHER, 98 Anm. 32g; CHK-WULLSCHLEGER, OR 71 N 16; LANZ, recht 1996, 252 f.), während ein anderer Teil der Lehre eine *aliud*-Lieferung nur unter restriktiveren Voraussetzungen annehmen will (HONSELL, BT, 81, 129 ff.; BSK-HONSELL, OR 206 N 2; KUKO-HONSELL, OR 206 N 2; BK-WEBER, OR 71 N 85, 91 ff.; BK-GIGER, Vorb. OR 197-210 N 44 ff.; CAVIN, SPR VII/1, 125.; KOLLER THOMAS, Bemerkungen zu BGE 133 III 335, AJP 2007, 1991; vgl. auch BUCHER, BT, 118). Eine dritte Ansicht will die Unterscheidung ganz aufgeben und auf *aliud*-Lieferungen generell und ggf. analog Gewährleistungsrecht anwenden (CHK-MÜLLER-CHEN, OR 197 N 26, OR 206 N 3; MÜLLER-CHEN, 146 ff.; KRAMER, recht 1997, 79 ff.; KRAMER, FS Honsell, 249 ff., 259 f.; SCHWENZER, Rz. 8.07; NEUENSCHWANDER MARKUS, Die Schlechterfüllung im schweizerischen Vertragsrecht, Diss. Bern, 2. Aufl., Bern 1971, 24; SCHUBIGER, 120 ff.; GELZER, AJP 1997, 708 [*de lege ferenda*]; GUHL/KOLLER, § 42 N 13; vgl. auch CYPRIAN, 27 ff., 37 ff., 61 ff., 102 ff.). Ist fraglich, ob die gelieferte Ware tatsächlich der vereinbarten Gattung angehört, so ist zusätzlich auf die Verkehrsauffassung und den Verwendungszweck abzustellen (BSK-HONSELL, OR 206 N 2; ZK-SCHRANER, OR 71 N 13, 60; CHK-MÜLLER-CHEN, OR 197 N 26). Zur Frage von *aliud* oder *peius* im Werkvertrag vgl. GAUCH, Rz. 1443 ff. m.w.H.

³⁴ BGE 121 III 453, 459.

³⁵ Vgl. die Verweise in Fn. 33 (zu den ersten beiden Ansichten). Relevant ist die Frage primär im Kaufrecht, wo der Käufer zur Wahrung seiner Sachgewährleistungsrechte Art. 201 und 210 OR zu beachten hat.

³⁶ BK-WEBER, OR 71 N 87 f.; BGer, Urteil vom 9. Oktober 2003, 4C.204/2002, E. 5.1; ZK-SCHRANER, OR 71 N 63; BSK-LEU, OR 71 N 7; CHK-WULLSCHLEGER, OR 71 N 15; vgl. auch BK-GIGER, Vorb. OR 197-210 N 44. Nur in diesem Fall trifft den Käufer entsprechend nach der Rechtsprechung auch die Prüfungs- und Rügeobliegenheit nach Art. 201 OR und die Verjährungsfrist nach Art. 210 OR (vgl. HONSELL, BT, 131).

³⁷ Vgl. BGE 114 II 131, 134 ff.; BGer, Urteil vom 22. November 2012, 4A_492/2012, E. 3. In der Lehre ist die Frage umstritten (vgl. die Hinweise bei GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 807 (Fn. 170 ff.); BSK-SCHWENZER, Vorb. OR 23-31 N 9; CHK-MÜLLER-CHEN, OR 197 N 8; CR-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, Vorb. OR 197-210 N 12; HONSELL, SJZ 2007, 137 Fn. 7; KOLLY, Rz. 456 ff.; CYPRIAN, 91 ff., 104 ff.).

³⁸ Entsprechend müsse der Käufer bei Vertragsschluss damit rechnen, dass die vom Verkäufer später zu spezifizierende Ware Mängel aufweisen könne (BGer, Urteil vom 19. Februar 2007, 4C.300/2006, E. 5.3; BRUNNER/VISCHER, Rz. 36).

³⁹ Vgl. BGer, Urteil vom 19. Februar 2007, 4C.300/2006, E. 5.1, 5.3; vgl. HONSELL, SJZ 2007, 137 f.; CR-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, Vorb. OR 197-210 N 10; ZK-SCHÖNLE/HIGI, OR 197 N 298, 314, 317; CHK-MÜLLER-CHEN, OR 197 N 9; BSK-HONSELL, Vorb. OR 197-210 N 9, zweiter Abschnitt; SCHUBIGER, 131; weitergehend noch die Interpretation bei BRUNNER/VISCHER, Rz. 36 Fn. 22; vgl. zur Kritik dieser Auffassung RUSCH, SJZ 2010, 553 ff. (m.w.H. zur Rechtslage in Österreich und Deutschland a.a.O., 553 Fn. 3).

ein noch zu konkretisierendes Stück innerhalb der Gattung richte und deshalb ein Irrtum über die Mängel eines solchen Stücks nicht möglich sei, sondern nur eine mangelhafte Lieferung.⁴⁰

III. Fälle abgekürzter Gattungsvereinbarungen

Die abgekürzte Gattungsbeschreibung bzw. -vereinbarung⁴¹ ist eine Sonderform der Einigung über das geschuldete Objekt: Der Käufer wählt vordergründig ein Stück, tut dies aber nur, weil dieses Stück gerade die geforderten Gattungsmerkmale aufweist. In dieser Konstellation liegt dem Käufer nichts daran, *genau dieses Stück* zu erhalten, und der Verkäufer kann dies erkennen.

WEBER anerkennt, dass auf den *Kauf im Selbstbedienungsladen und über das Internet* trotz eindeutiger Auswahl eines Stücks die Regeln des Gattungskaufes zumindest dann analoge Anwendung finden sollen, wenn es sich um verpackte Markenware handelt.⁴² Als Begründung führt er an, dass die gewählte Ware in diesem Fall keinen individuellen Wert hat, was eine Ersatzlieferung gestützt auf Art. 206 OR analog ermöglicht.⁴³ Eine Ausnahme befürwortet WEBER für den Fall, dass ein Teil der Auslage für den Käufer erkennbare, äusserliche Mängel aufweist, da die Wahl in diesem Fall auf ein äusserlich mängelfreies Stück fällt, das dadurch im Vergleich zu den anderen Stücken einen (gewissen) individuellen Wert erhält.⁴⁴

Im deutschen Recht ist die Einordnung des Kaufs im Selbstbedienungsladen strittig:⁴⁵ Nach einem Teil der Lehre liegt ein Stückkauf vor.⁴⁶ Nach der Gegenauffassung sollen die Regeln des Gattungskaufs

⁴⁰ So SCHUBIGER, 131; ZK-SCHÖNLE/HIGI, OR 197 N 314; HONSELL, BT, 121; BSK-HONSELL, Vorb. OR 197-210 N 9, zweiter Abschnitt; HONSELL, SJZ 2007, 137 Fn. 8 m.H. auf OGH, Urteil vom 23. April 2003, 9Ob247/02t.

⁴¹ Vgl. dazu Staudinger-KAISER, Eckpfeiler, Leistungsstörungen, Rz. 30, die von einer „verkürzten Beschaffensvereinbarung“ spricht; vgl. ebenso TIEDTKE/SCHMITT, JuS 2005, 585 f.; OECHSLER, Rz. 140; vgl. auch NK-TETTINGER, BGB 243 N 5.

⁴² BK-WEBER, OR 71 N 24; vgl. auch BUCHER, BT, 118 (mit anderer Begründung).

⁴³ Vgl. BK-WEBER, OR 71 N 24.

⁴⁴ BK-WEBER, OR 71 N 24a.

⁴⁵ Die Rechtslage nach BGB unterscheidet sich allerdings in zweierlei Hinsicht von jener nach OR: (i) Zum einen ist nach BGB strittig, ob in der Auslage im Selbstbedienungsladen ein Angebot oder eine *invitatio ad offerendum* liegt (vgl. SCHULZE, AcP 2001, 234 f. m.w.H.), während Art. 7 Abs. 3 OR die Frage positivrechtlich regelt. (ii) Zum anderen unterscheidet das Leistungsstörungenrecht im Kaufvertrag nach BGB nicht (mehr) zwischen Stück- und Gattungsschuld. Sehr umstritten ist dort insbesondere die Frage, ob beim Stückkauf eine Ersatzlieferung möglich ist: Nach einer Auffassung ist eine Nachlieferung bei Stückschulden generell ausgeschlossen, wobei teilweise eine Ausdehnung des Anwendungsbereichs des Gattungskaufs befürwortet wird (so ACKERMANN, JZ 2002, 379 ff., JZ 2003, 1155 f.; FAUST, ZGS 2004, 252 ff.; HUBER PETER, Der Nacherfüllungsanspruch im neuen Kaufrecht, NJW 2002, 1004 ff., 1006; HUBER ULRICH, Die Schadenersatzhaftung des Verkäufers wegen Nichterfüllung der Nacherfüllungspflicht und die Haftungsbegrenzung des § 275 Abs. 2 BGB neuer Fassung, in: SCHWENZER INGEBORG/HAGER GÜNTHER (Hrsg.), Festschrift für Peter Schlechtriem zum 70. Geburtstag, Tübingen 2003, 521 ff., 523 Fn. 9; LORENZ STEPHAN, Schadenersatz wegen Pflichtverletzung – ein Beispiel für die Überhastung der Kritik an der Schuldrechtsreform, JZ 2001, 742 ff., 744). Nach der vom BGH vertretenen Gegenauffassung soll vielmehr auf die Austauschbarkeit der Sache und nicht die stück- oder gattungsweise Bestimmtheit der Schuld abzustellen sein (so BGH, Urteil vom 7. Juni 2006, VIII ZR 209/05 = NJW 2006, 2839 ff., E. II.2a; BGH, Beschluss vom 24. November 2009, VIII ZR 124/09 = BeckRS 2010, 01615, E. 2a; OLG Braunschweig, NJW 2003, 1053 f., 1054; OLG Frankfurt a.M., BeckRS 2011, 05375, E. II.2b; LG Ellwangen, NJW 2003, 517 f., E. I.1c; Staudinger-MATUSCHE-BECKMANN, BGB 439 N 31; NK-BÜDENBENDER, BGB 439 N 26; Palandt-WEIDENKAFF, BGB 439 N 15; MünchKomm-WESTERMANN, BGB 439 N 11; MünchKomm-LORENZ, Vorb. BGB 474 N 17; ROTH HERBERT, Stückkauf und Nacherfüllung durch Lieferung einer mangelfreien Sache, NJW 2006, 2953 ff., 2954 ff.; CANARIS, JZ 2003, 836 ff., 1156 f.; vgl. auch BITTER/MEIDT, ZIP 2001, 2119; KAMANABROU, ZGS 2004, 57 ff.). Für eine detailliertere Zusammenfassung des Meinungsstands vgl. SZALAI, ZGS 2011, 203 ff. § 439 Abs. 3 BGB schränkt den Nachlieferungsanspruch des Käufers generell ein, wenn die Nachlieferung mit unverhältnismässigen Kosten für den Verkäufer verbunden wäre.

⁴⁶ OETKER/MAULTZSCH, § 2 Rz. 202, inkl. Fn. 380; KAMANABROU, ZGS 2004, 61 f.; vgl. auch BITTER/MEIDT, ZIP 2001, 2119 (zum alten Recht).

analog⁴⁷ oder direkt⁴⁸ zur Anwendung **[recht 2013, 212/213]** kommen, wobei einzelne Autoren präzisieren, nach dem Willen der Parteien liege i.d.R. eine beschränkte Gattungs- bzw. Vorratsschuld vor,⁴⁹ wobei der Käufer das Recht habe, das Stück vor Vertragsschluss zu bestimmen.⁵⁰

Auch im Selbstbedienungsladen ist das geschuldete Objekt primär durch Auslegung der Parteivereinbarung nach dem Vertrauensprinzip zu bestimmen.⁵¹ Da diese freilich oft konkludent erfolgt, kommt hilfsweisen Vermutungen eine besondere Bedeutung zu:

- Wird eine neue, serienmässig hergestellte *und* austauschbare Sache gekauft, liegt u.E. in aller Regel eine abgekürzte Gattungsvereinbarung vor. Illustrativ zeigt dies das folgende Beispiel:⁵² In günstigeren Möbelhäusern gibt es zwei Arten, wie der Käufer zum Kaufgegenstand kommt: die handlicheren Waren (z.B. ein Stuhl) entnimmt der Käufer selbst einem Selbstabholager, trägt sie zur Kasse und bezahlt, während er sperrigere Waren (z.B. einen Tisch) im Ausstellungsraum bestellt, sie an der Kasse bezahlt, ins Auto steigt, zur Rampe des Warenlagers fährt und die Ware dort gegen Vorweisung der Quittung entgegennimmt. Oft wird das Stück bei der Konkretisierung auch nicht eigentlich ausgewählt, sondern ist zur Unkenntlichkeit bzw. -prüfbarkeit verpackt. Die Zufälligkeit, ob das geschuldete Stück aufgrund seiner Tragbarkeit bereits konkretisiert ist, sollte aber über die Einordnung als Gattungs- oder Stückkauf nicht entscheiden.⁵³ Vielmehr wird es beiden Parteien in aller Regel gleichgültig sein, mit welchem (mängelfreien) Stück erfüllt wird, so dass u.E. in beiden Fällen eine Gattungsschuld vorliegt, wobei der Stuhl bereits konkretisiert ist, der Tisch aber noch nicht. Ob eine beschränkte oder unbeschränkte Gattungsschuld vorliegt, wird entscheidend von den Umständen des Einzelfalls und vom Wesen der Kaufsache abhängen;⁵⁴ lassen die Umstände nicht auf eine Beschaffungspflicht des Verkäufers schliessen, so wird im Zweifelsfall von einer auf sein Lager beschränkten Gattungsschuld auszugehen sein.⁵⁵
- Wird eine Sache gekauft, die entweder serienmässig hergestellt *oder* austauschbar ist, so ist die Gattung zu wenig homogen und dem gewählten Stück kommt ein gewisser individueller Wert zu. Ein Beispiel dafür sind Freitag-Taschen, die zwar serienmässig hergestellt sind, wobei aber der Käufer dem Einzelstück einen individuellen Wert beimisst und auch der Hersteller die einzelnen Stücke als «Unikate» anpreist. Die serienmässige Herstellung oder Austauschbarkeit der Ware bewirkt indes, dass die Konkretisierung durch den Käufer an sich wiederholbar ist, sofern mindestens ein anderes Stück der Gattung (bzw. des Vorrats) für den Käufer ebenfalls in Frage kommt. Entsprechend liegt auch in dieser Konstellation u.E. eine Gattungsschuld vor, wenngleich die vereinbarten Gattungsmerkmale vielleicht schwerer fest-

⁴⁷ Staudinger-SCHIAMANN, BGB 243 N 12 (Verweis auf frühere 13. Auflage); vgl. auch GERNHUBER JOACHIM, Das Schuldverhältnis, in: DERS. (Hrsg.), Handbuch des Schuldrechts in Einzeldarstellungen, Bd. 8, Tübingen 1989, 214.

⁴⁸ Staudinger-SCHIAMANN, BGB 243 N 12; Staudinger-KAISER, Eckpfeiler, Leistungsstörungen, Rz. 30; SCHULZE, AcP 2001, 236 ff.; TIEDTKE/SCHMITT, JuS 2005, 585 f.; OECHSLER, Rz. 140; BeckOK-FAUST, BGB 433 N 30; NK-TETTINGER, BGB 243 N 5; CANARIS, JZ 2003, 831 (inkl. Fn. 6); FAUST, ZGS 2004, 252, 255; ACKERMANN, JZ 2002, 381, JZ 2003, 1155.

⁴⁹ FAUST, ZGS 2004, 255; SCHULZE, AcP 2001, 237 f.; BeckOK-FAUST, BGB 433 N 30.

⁵⁰ SCHULZE, AcP 2001, 237 f.

⁵¹ Vgl. oben Kap. II.1.b.

⁵² Vgl. ACKERMANN, JZ 2002, 381.

⁵³ Ebenso ACKERMANN, JZ 2002, 381.

⁵⁴ Da der Verkäufer die oft konkludente Erklärung des Käufers nach dem Vertrauensprinzip zu deuten hat, wird es entscheidend auf die Umstände des Vertragsschlusses ankommen sowie darauf, wie die betreffende Ware typischerweise verwendet wird. Benötigt der Käufer die Sache dringend (z.B. Ventilator an einem heissen Hochsommertag), wird er lediglich eine Sache aus dem Vorrat des Verkäufers kaufen und sich ansonsten anderweitig eindecken wollen. Erwirbt er eine Sache hingegen nach einem längeren Entscheidungsprozess (z.B. Ventilator im Frühling), wird er ggf. auch eine Nachlieferung abwarten wollen. Entsprechend wird es sich auch nicht rechtfertigen, stets von einer beschränkten Gattungsschuld auszugehen.

⁵⁵ Vgl. dazu auch unten Kap. IV.1.

stellbar sind.⁵⁶ M.a.W. besteht die Gefahr, dass sich der Käufer – wenn es seinen Interessen entspricht – nachträglich auf den Standpunkt stellt, es sei eine Stückschuld vereinbart gewesen, obwohl eine abgekürzte Gattungsvereinbarung vorlag.

Diese Gedanken lassen sich auf verschiedene andere Konstellationen übertragen, in denen die Auswahl aus einer hinreichenden Menge akzeptabler Exemplare besteht und in denen die Unterschiede zwischen den zur Auswahl stehenden Stücken entweder nicht vorhanden oder gering sind. In diesen Fällen verlieren die unterschiedlichen Konsequenzen der Einordnung in Stück- und Gattungsschuld ihre innere Berechtigung.

IV. Verallgemeinerungsfähige Überlegungen?

Lassen sich die Überlegungen zur abgekürzten Gattungsvereinbarung in einer Weise verallgemeinern, dass sich daraus Folgerungen für die generelle Behandlung von Stück- und Gattungskäufen ableiten lassen? [recht 2013, 213/214]

1. Ersatzlieferung auch bei marktgängigen Stückschulden

Verschiedene Indizien sprechen dafür, Art. 206 OR angesichts der verbreiteten serienmässigen Herstellung identischer Ware zeitgemäss auszulegen und den Parteien auch bei gewissen Stückschulden ein Nachlieferungsrecht einzuräumen. Ein *erstes* Indiz hierfür lässt sich aus der Vertragspraxis in allgemeinen Geschäftsbedingungen herauslesen, in denen die Verkäufer die Wandlung oft ausschliessen und dafür Nachbesserung und Ersatzlieferung vorsehen, unabhängig vom Vorliegen eines Stück- oder Gattungskaufs.⁵⁷ Nicht nur im Selbstbedienungsladen kann man sich beim Kauf von ganz oder praktisch identischer Ware generell fragen, worin das Interesse an einem ausgewählten Stück liegen soll, wenn weitere Stücke einfach lieferbar sind⁵⁸ und bis zu einem gewissen Mass an Unterschieden die Wiederholung der Auswahl durch den Käufer eine subjektiv beurteilte Identität ermöglichen würde.⁵⁹ Ein *zweites* Indiz liegt in grösser gewordenen Märkten mit identischen Produkten. Dies betrifft nicht nur Neuware: Auch Gebrauchtware lässt sich heute im Internet weltweit suchen, bestellen und liefern. Die vom potentiellen Käufer gewählten Suchkriterien stellen die Gattungsmerkmale der gewünschten Sache dar. Erfüllen mehrere Stücke die Suchkriterien, handelt es sich um vergleich- bzw. austauschbare Ware, die auch erfüllungs- und ersatzlieferungstauglich sein sollte. Ein *drittes* Indiz bildet die Aufgabe der Unterscheidung zwischen Stück- und Gattungsschuld im deutschen Recht, wo der Bundesgerichtshof und ein Teil der Lehre den Ersatzlieferungsanspruch auch bei austauschbaren Stückschulden bejahen.⁶⁰

Die Betrachtung der Vorgängernormen von Art. 206 OR zeigt, dass stets auf die *Vertretbarkeit der*

⁵⁶ Die ausschlaggebenden Gattungsmerkmale können in dieser Konstellation nur implizit durch die Wahl eines bestimmten Stücks zum Ausdruck kommen. Für den Verkäufer birgt dies dann ein gewisses Risiko, wenn zwischen den zur Auswahl stehenden Stücken geringfügige (z.B. preisliche) Unterschiede bestehen. Selbst wenn der Käufer nämlich einzelnen Merkmalen bei Vertragsschluss keine Beachtung geschenkt hatte, wird er mangels klarer Vereinbarung *ex post* i.d.R. nur ein anderes Stück akzeptieren wollen, wenn dieses sämtliche Qualitäten des vorherigen Stücks erfüllt oder übertrifft.

⁵⁷ Vgl. etwa die Allgemeinen Garantiebedingungen eines Möbelhauses: „Im Garantiefalle wird IKEA dann das defekte Produkt nach eigenem Ermessen entweder reparieren oder durch ein gleiches oder vergleichbares Produkt ersetzen. [...] Falls das Produkt bei IKEA nicht mehr geführt wird, bietet IKEA ein geeignetes Ersatzprodukt an. IKEA entscheidet nach eigenem Ermessen, was als geeignetes Ersatzprodukt gilt. Es erfolgt keine Rückerstattung oder Minderung des Kaufpreises.“ (IKEA Katalog 2013, 310; vgl. das Bsp. bei Fn. 52 oben).

⁵⁸ Vgl. auch die Abgrenzung zwischen Kauf- und Werkvertrag beim Kauf künftiger Sachen, wo es bei der Auslegung der Leistungspflicht im Einzelfall für einen Kaufvertrag spricht, wenn eine marktgängige Sache nach Katalog oder Muster bestellt wird, wenn der Schuldner das Stück auch ohne vertragliche Verpflichtung herstellen würde, oder wenn es dem Gläubiger gleichgültig ist, ob das Stück bereits bestand oder nicht (dazu GAUCH, Rz. 126 ff. m.w.Nw.; s.a. BSK-ZINDEL/PULVER, OR 363 N 23).

⁵⁹ Vgl. bereits oben bei Fn. 56.

⁶⁰ Vgl. dazu Fn. 45 m.w.H.

Sache und nicht auf die gattungsweise Bestimmtheit der Schuld abgestellt wurde.⁶¹ Auch die Sonderregelung zum Gefahrenübergang bezog sich übrigens zunächst auf den Kauf „vertretbarer Sachen“⁶² und stellte erst ab dem Entwurf von 1871 darauf ab, ob die Kaufsache gattungsmässig bestimmt war.⁶³

⁶¹ Vgl. die Entwürfe MUNZINGERS und das aOR von 1881 (§ 223 Abs. 2 des Entwurfs zu einem Konkordat über Handels- und Verkehrsrecht 1863: „*Betrifft der Kauf eine Menge bestimmte vertretbarer Sachen, so hat der Käufer ausserdem die Wahl, andere währschafte Waare derselben Gattung zu fordern. Hinwieder ist im Platzverkehr der Verkäufer vertretbarer Sachen seinerseits berechtigt, durch Lieferung währschafter Waare derselben Gattung und Ersatz eines allfälligen Schadens sich von einer anderen Klage des Käufers zu schützen.*“ [FASEL, 132; vgl. auch Art. 253 Abs. 2 des Entwurfs Schweizerisches Handelsrecht 1865, FASEL, 206; vgl. auch MUNZINGERS Gedanken dazu in den Motiven, FASEL, 380]; § 244 des Entwurfs von 1869: „[Abs. 1] *Geht der Kauf auf eine bestimmte Quantität vertretbarer Sachen, so hat der Käufer die Wahl, statt der Wandlungs- oder Minderungsklage andere währschafte Waare derselben Gattung zu fordern.* [Abs. 2] *In gleicher Weise ist auch der Verkäufer berechtigt, durch sofortige Lieferung währschafter Waare derselben Gattung und Ersatz eines allfälligen Schadens sich von jedem anderen Anspruche des Käufers zu befreien.*“ [FASEL, 546]; Art. 254 der Entwürfe von 1875 und 1877: „[Abs. 1] *Geht der Kauf auf eine bestimmte Quantität vertretbarer Sachen, so hat der Käufer die Wahl, entweder die Wandelungs- oder Minderungsklage anzustellen oder andere währhafte Waare derselben Gattung zu fordern.* [Abs. 2] *Wenn es sich nicht um Waaren handelt, die dem Käufer von einem andern Orte her zugesandt worden sind (Art. 250), so ist auch der Verkäufer berechtigt, durch sofortige Lieferung währhafter Waare derselben Gattung und Ersatz eines allfälligen Schadens sich von jedem anderen Anspruche des Käufers zu befreien.*“ [FASEL, 739, 906; vgl. auch Art. 268 des Entwurfs von 1879, FASEL, 1091]; Art. 252 des aOR von 1881: „[Abs. 1] *Geht der Kauf auf eine bestimmte Quantität vertretbarer Sachen, so hat der Käufer die Wahl, entweder die Wandelungs- oder Minderungsklage anzustellen oder andere währhafte Waare derselben Gattung zu fordern.* [Abs. 2] *Wenn es sich nicht um Sachen handelt, welche dem Käufer von einem andern Orte her zugesandt worden sind, so ist auch der Verkäufer berechtigt, durch sofortige Lieferung währhafter Waare derselben Gattung und Ersatz eines allfälligen Schadens sich von jedem anderen Anspruche des Käufers zu befreien.*“ [FASEL, 1314]). Die Regelung lehnte sich an § 1420 des Privatrechtlichen Gesetzbuches für den Kanton Zürich von 1856 an (MUNZINGERS Motive, FASEL, 380; GELZER, AJP 1997, 705).

⁶² MUNZINGERS erste Entwürfe sahen noch vor, dass die Gefahr beim Kauf „vertretbare[r] Sachen nach Zahl, Mass oder Gewicht“ bei Zuzählung, Zumessung oder Zuwägung übergehe (vgl. Art. 236 f. des Konkordats Munzinger: „[Art. 236] *Sind vertretbare Sachen nach Zahl, Mass oder Gewicht verkauft worden, so hat der Verkäufer bis zu erfolgter Zuzählung, Zumessung oder Zuwägung die Gefahr zu tragen, von da an der Käufer.* [Art. 237] *Ist eine individuelle Sache (Spezies) Gegenstand des Kaufvertrages, so geht die Gefahr auf den Käufer über, sobald der Kaufvertrag vollendet (perfekt) erscheint und die Sache so zur Verfügung des Käufers steht, dass dieser sie beliebig zur Hand nehmen kann. Bis zu diesem Zeitpunkte trägt der Verkäufer die Gefahr.*“ [FASEL, 133]; Art. 257 f. des Entwurfs Schweizerisches Handelsrecht 1865, FASEL, 207; § 266 f. des Entwurfs von 1869, FASEL, 550). Die Regelung des Eigentumsübergangs sollte hingegen ursprünglich noch der kantonalen Gesetzgebung vorbehalten bleiben (vgl. dazu MUNZINGERS Motive, FASEL, 382 f.).

⁶³ Die bedeutendste Neuerung war dabei, dass der Entwurf von 1871 auch eine Regelung zum Eigentumsübergang vorsah, und zwar nach dem System des französischen *Code Civile* mit konsensualer Eigentumsübertragung durch Vertragsschluss (vgl. Art. 212 f. und Art. 215 des Entwurfs von 1871: „[Art. 212] *Ein Rechtsgeschäft, das auf die Übertragung von Eigentum an bestimmten beweglichen Sachen gerichtet ist, überträgt das Eigentum sofort, ohne dass die Übergabe der Sache oder die Bezahlung des Preises erforderlich ist.* [...] [Art. 213] *Sind die Sachen, an denen Eigentum übertragen werden soll, bloss der Gattung nach bestimmt, so geht das Eigentum erst in dem Zeitpunkte über, in welchem an den Erwerber oder an dessen Stellvertreter gezählt, zugemessen oder zugewogen wird.* [...] [Art. 215 Abs. 1] *Mit dem Eigentum an der Sache gehen auch Nutzen und Gefahr auf den Erwerber über.*“ [FASEL, 585]; ebenso Art. 202 f. und Art. 205 Abs. 1 des Entwurfs von 1875, FASEL, 730 f.; später auch Art. 203 und Art. 205 Abs. 1 des Entwurfs von 1877, FASEL, 898). Die Regelung erfuhr im Entwurf von 1879 eine fundamentale Änderung, indem Eigentum und Gefahr erst mit dem Besitz übertragen werden sollten (vgl. Art. 217, Art. 218 Abs. 2 und Art. 220 Abs. 1 des Entwurfs von 1879: „[Art. 217] *Soll in Folge eines Vertrags Eigentum an beweglichen Sachen übertragen werden, so ist Besitzesübergabe erforderlich.* [...] [Art. 218 Abs. 2] *Sind die veräusserten Sachen bloss der Gattung nach bestimmt, so vollzieht sich die Ausscheidung mit Zählung, Messung oder Wägung derselben.* [...] [Art. 220 Abs. 1] *Mit dem Eigenthume an der Sache gehen auch Nutzen und Gefahr auf den Erwerber über.*“ [FASEL, 1083]). Das aOR von 1881 sah dann erstmals die Schweizer Sonderlösung vor, bei welcher Eigentums- und Gefahrübergang auseinanderfallen (Art. 199 und Art. 204 Abs. 1 des aOR von 1881: „[Art. 199] *Soll in Folge eines Vertrags Eigentum an beweglichen Sachen übertragen werden, so ist Besitzesübergabe erforderlich.* [...] [Art. 204 Abs. 1] *Sofern nicht besondere Verhältnisse oder Verabredungen eine Ausnahme begründen, gehen Nutzen und Gefahr der Sache mit dem Abschlusse des Veräusserungsvertrages auf den Erwerber über; ist die veräusserte Sache nur der Gattung nach bestimmt, so ist überdies erforderlich, dass sie ausge-*

Da die juristische Begriffsbildung [recht 2013, 214/215] aber just in dieser Zeit präzisiert wurde, sich der Gattungsbegriff zu relativieren⁶⁴ und der Begriff der „vertretbaren Sache“ zu verselbständigen begann,⁶⁵ lassen sich aus den Materialien u.E. keine begriffsjuristischen Schlüsse ziehen: In der patchworkartigen Geschichte des Gattungskaufs⁶⁶ war die Scheidung der vertraglichen Bestimmtheit (Gattung) und der Austauschbarkeit der Ware (Vertretbarkeit) erst im Gange, so dass sich nicht mit Sicherheit sagen lässt, worauf sich der Gesetzgeber 1881 bei Erlass des aOR bezog.⁶⁷ Darauf, dass die Bezugnahme auf „vertretbare Sachen“ in Art. 252 Abs. 1 aOR⁶⁸ auch nach der begrifflichen Konkretisierung dem Willen des Gesetzgebers entsprach, lässt höchstens die Tatsache schliessen, dass die Bestimmung bei der Integration des aOR in das ZGB zwar redaktionell überarbeitet, aber diesbezüglich nicht verändert in Art. 206 Abs. 1 OR überführt wurde.⁶⁹

Erlangt die Vertretbarkeit von Sachen Relevanz für das Bestehen eines Ersatzlieferungsanspruchs, ist eine Präzisierung des Begriffsverständnisses von Nöten. Wie erwähnt,⁷⁰ sind Sachen für die h.L. und Rechtsprechung „vertretbar“, wenn sie nach der Verkehrsanschauung nach Zahl, Mass oder Gewicht bestimmt zu werden pflegen.⁷¹ Diese Definition zäumt das Pferd allerdings beim Schwanz auf. Ausgangspunkt bildet die Tatsache, dass zwischen solchen Sachen keine relevanten Unterschiede bestehen bzw. es auf individuelle Eigenschaften nicht ankommt,⁷² so dass sich die Qualifikationsmerkmale

schieden und, wenn sie versendet werden muss, zur Versendung abgegeben worden sei.“ [FASEL, 1306 f.]; vgl. dazu auch BUCHER EUGEN, Römisches Recht: Dessen gewundene Wege bei seinen Rezipienten, in: PICHONNAZ PASCAL/VOGT NEDIM PETER/WOLF STEPHAN (Hrsg.), Spuren des römischen Rechts, Festschrift für Bruno Huwiler zum 65. Geburtstag, Bern 2007, 137 ff., 144, 148 f.; BUCHER, ZSR 1970, 288 f.; s. ferner BGE 128 III 370, 372 f. = Pra 2002 Nr. 190, 1013 f., E. 4b/aa).

⁶⁴ Vgl. ERNST, ZEuP 1999, 638 m.H. auf VON JHERING, 405 f.

⁶⁵ Vgl. dazu ERNST, ZEuP 1999, 638 f.; RÜFNER, 102 ff. m.w.Nw.; vgl. auch WENDT, 443. So tendierte der Begriff der „vertretbaren Sache“ in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts erst langsam in Richtung eines objektiven Verständnisses (RÜFNER, 103 ff.). Gestützt auf Vorarbeiten von VON JHERING, 405 f., gelang schliesslich GOLDSCHMIDT eine klare Trennung der Begriffe „Gattungsschuld“ und „vertretbare Sache“, welche sich ab Ende der 1880er-Jahre durchzusetzen begann (RÜFNER, 105 f. m.H. auf die Aufnahme in die 6. Auflage von WINDSCHEIDS Lehrbuch des Pandektenrechts 1887). Vgl. auch die Materialien zur Entstehung von § 91 BGB zit. bei RÜFNER, 106 f.

⁶⁶ Dazu aufschlussreich ERNST, ZEuP 1999, 583 ff. Zum Lehrstreit um den Gattungskauf im römischen Recht vgl. ferner BESSENYÖ, 3 ff.

⁶⁷ Illustrativ diesbezüglich sind die ersten Entwürfe MUNZINGERS, in welchen die Unterscheidung danach vorgenommen wurde, ob „vertretbare Sachen nach Zahl, Mass oder Gewicht verkauft“ wurden oder ob „eine individuelle Sache (Spezies) Gegenstand des Kaufvertrages“ sei (vgl. Art. 236 f. des Konkordat Munzinger: „[Art. 236] Sind vertretbare Sachen nach Zahl, Mass oder Gewicht verkauft worden, so hat der Verkäufer bis zu erfolgter Zuzählung, Zumessung oder Zuwägung die Gefahr zu tragen, von da an der Käufer. [Art. 237] Ist eine individuelle Sache (Spezies) Gegenstand des Kaufvertrages, so geht die Gefahr auf den Käufer über, sobald der Kaufvertrag vollendet (perfekt) erscheint und die Sache so zur Verfügung des Käufers steht, dass dieser sie beliebig zur Hand nehmen kann. Bis zu diesem Zeitpunkte trägt der Verkäufer die Gefahr.“ [FASEL, 133]; Art. 257 f. des Entwurfs Schweizerisches Handelsrecht 1865, FASEL, 207; § 266 f. des Entwurfs von 1869, FASEL, 550). Zwar lässt sich feststellen, dass MUNZINGER die Arbeiten von GOLDSCHMID verfolgte (vgl. MUNZINGERS Motive von 1865, FASEL, 382), doch gelang letzterem die Abgrenzung zwischen Gattungsschuld und vertretbaren Sachen erst später (vgl. Fn. 65).

⁶⁸ Art. 252 Abs. 1 aOR: „Geht der Kauf auf eine bestimmte Quantität vertretbarer Sachen, so hat der Käufer die Wahl, entweder die Wandelungs- oder die Minderungsklage anzustellen oder andere wahrhafte Waare derselben Gattung zu fordern.“ Art. 206 Abs. 1 OR: „Geht der Kauf auf die Lieferung einer bestimmten Menge vertretbarer Sachen, so hat der Käufer die Wahl, entweder die Wandelungs- oder die Minderungsklage anzustellen oder andere wahrhafte Ware derselben Gattung zu fordern.“

⁶⁹ Vgl. GELZER, AJP 1997, 705 f.

⁷⁰ Vgl. Kap. II.2.c oben, insb. Fn. 31.

⁷¹ Dies in Anlehnung an § 91 BGB: „Vertretbare Sachen im Sinne des Gesetzes sind bewegliche Sachen, die im Verkehr nach Zahl, Maß oder Gewicht bestimmt zu werden pflegen.“ Der Begriff folgt der Formulierung des römischen Rechts (*res, quae pondere numero mensura constant*; Staudinger-JICKELI/STIEPER, BGB 91 N 1; WENDT, 443; VON TUHR/PETER, 54 Anm. 5).

⁷² BK-MEIER-HAYOZ, Syst. Teil N 175; ZK-HAAB, Einl. N 29.

gegenüber den anderen Sachen derselben Art eben nur aus Zahl, Mass oder Gewicht ergeben.⁷³ Folge davon ist, dass der Verkehr diese Sachen nach Zahl, Mass oder Gewicht bezeichnet.⁷⁴ In einer vorindustriellen Wirtschaft traf diese Folge wohl auch generell zu: Vertretbar waren primär Sachen wie z.B. Geld, Rohstoffe oder Nahrungsmittel, da es kaum kompliziertere Waren gab, die so identisch produziert werden konnten, dass sie als austauschbar erschienen. Dies änderte sich freilich mit der Evolution der Fabrikations- und Reproduktionsmethoden seit dem 19. Jahrhundert, welche die Produktion von gleichwertigen Serien komplizierterer Produkte er- **[recht 2013, 215/216]** möglichten.⁷⁵ Solche Sachen, die massenhaft in gleicher Art vorhanden und im Verkehr ohne Rücksicht auf einzelne individuelle Merkmale als gleichwertig eingestuft werden, sind nun aber auch dann vertretbar, wenn sie nicht üblicherweise nach Zahl, Mass oder Gewicht bezeichnet werden. Einen Neuwagen, eine Stereoanlage oder einen limitierten Kunstdruck pflegt man nicht nach Zahl, Mass oder Gewicht zu kaufen, sondern eben nur ein Stück aus der entsprechenden Serie; vertretbar sind solche Waren trotzdem, weil es keine (relevanten) Unterschiede zwischen den austauschbaren Stücken gibt.

In der Schweizer Lehre gibt es denn auch Autoren, die „industrielle Serienfabrikate“⁷⁶ bzw. „Handelsware“⁷⁷ als grundsätzlich vertretbare Sachen einordnen; nach deutschem Recht ist dies allgemein anerkannt, solange die Sachen neuwertig und einfach absetzbar sind.⁷⁸ Strittig ist, ob eine Sache im Verkehr allgemein als vertretbar aufgefasst werden muss, oder ob die Auffassung des betreffenden Verkehrskreises ausschlaggebend ist, ob m.a.W. eine Sache gleichzeitig vertretbar oder unvertretbar sein kann, je nach dem in welchem Kontext sie betrachtet wird.⁷⁹ U.E. muss die objektivierte Beurteilung der Vertretbarkeit die konkrete Konstellation berücksichtigen: Vertretbarkeit ist rascher anzunehmen, wenn der Sachschuldner im Rahmen gewerblicher Verrichtung agiert und einen Vorrat der betreffenden Sache hält oder durch seine Teilnahme am Grosshandel rasch austauschbare Stücke beschaffen kann. Zusammengefasst, bedarf die traditionelle Definition der Vertretbarkeit u.E. in Anlehnung an den Vorschlag von WIEACKER⁸⁰ einer Anpassung: Ausschlaggebend muss nicht die Bestimmtheit nach Mass, Zahl oder Gewicht sein, sondern vielmehr dass die Sache zur gewerbsmässigen Veräußerung (oder Verarbeitung) bestimmt ist und nach Auffassung des betreffenden Verkehrs-

⁷³ BGH, Urteil vom 24. April 1985, VIII ZR 88/84 = NJW 1985, 2403, E. II.2b; WIEACKER, AcP 1943, 71.

⁷⁴ ZK-HAAB, Einl. N 29; vgl. auch MünchKomm-STRESEMANN, BGB 91 N 1; vgl. ebenso Staudinger-JICKELI/STIEPER, BGB 91 N 1.

⁷⁵ So hatten sich das deutsche Reichs-Oberhandelsgericht und das Reichsgericht wohl nicht zufällig ab 1870 verschiedentlich mit dieser Frage zu beschäftigen (vgl. Reichsgericht, 12.12.1899, RGZ 45 Nr. 14, 64 [Maschinen bekannter, gewöhnlicher Art und üblicher Beschaffenheit als vertretbare Sachen]; Reichs-Oberhandelsgericht, 12.5.1871, ROHGE 2 Nr. 68, 289 [Vertretbarkeit für nach besonderen technischen Zeichnungen angefertigte Maschinen zum Betrieb einer Zuckerfabrik verneint]; Reichs-Oberhandelsgericht, 26.3.1872, ROHGE 6 Nr. 9, 31 f. [Vertretbarkeit einer spezifisch für ein individuell bestimmtes Schiff angefertigten Dampfmaschine verneint]; vgl. auch Reichsgericht, 24.3.1890, RGZ 25 Nr. 22, 91 [Vertretbarkeit von je zwei grossen und kleinen Zahnrädern für ein Pumpwerk verneint, wobei unbekannt ist, ob es sich dabei um Standard- oder Einzelanfertigungen handelte]).

⁷⁶ BK-MEIER-HAYOZ, Syst. Teil N 175.

⁷⁷ ZK-SCHRANER, OR 71 N 20; vgl. auch die Auffassung von WEBER (bei Fn. 42).

⁷⁸ WOLF MANFRED/NEUNER JÖRG, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 10. Aufl., München 2012, § 25 Rz. 14; BeckOK-FRITZSCHE, BGB 91 N 4 f.; MünchKomm-STRESEMANN BGB 91 N 1; BGH, Urteil vom 30. Juni 1971, VIII ZR 39/70 = NJW 1971, 1793 ff., E. II.1; vgl. RGRK-KREGEL, BGB 91 N 5; Palandt-ELLENBERGER, BGB 91 N 1 f.; ERNST, FS Zöllner, 1115; vgl. auch die bereits in Fn. 75 zitierten Entscheidungen; vgl. ferner WIEACKER, AcP 1943, 70 ff.

⁷⁹ So ZK-HAAB, Einl. N 29; s.a. zum deutschen Recht WENDT, 453; WIEACKER, AcP 1943, 71; a.M. WOLFF MARTIN, Die Ware, in: EHRENBURG VICTOR (Hrsg.), Handbuch des gesamten Handelsrechts, IV. Band, I. Abteilung, Leipzig 1917, 10.

⁸⁰ WIEACKER, AcP 1943, 71 f. fordert die Aufteilung des Begriffs der vertretbaren Sache in „Geld“ und „Ware“. Als „Ware“ bezeichnet er Sachen, „die zur gewerbsmässigen Bearbeitung, Verarbeitung oder Veräußerung bestimmt“ sind. Die Eigenschaft als „Ware“, sei nicht dauernd, sondern eine vorübergehende Altersstufe der Sache, die ende, wenn diese an den Verbraucher veräußert sei. Hinzuweisen ist auch auf den Ansatz von BALLERSTEDT, der den „marktbezogenen Gattungskauf“ vom „einfachen Gattungskauf“ und dem „Gattungskauf aus einem Vorrat“ unterscheidet und so – primär im Hinblick auf die Beschaffungs- und Ersatzlieferungspflicht – ein ähnliches Ergebnis erreicht (BALLERSTEDT KURT, Zur Lehre vom Gattungskauf, in: DIETZ ROLF/HUECK ALFRED/REINHARDT RUDOLF (Hrsg.), Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 60. Geburtstag, München/Berlin 1955, 261 ff., 264 ff.; kritisch ERNST, FS Zöllner, 1115 ff.).

kreises gegenüber Sachen derselben Art keine relevanten Unterschiede bestehen, sie m.a.W. *aus-tauschbar* bzw. *markt-gängig* ist.

Was bedeutet dies nun für den Ersatzlieferungsanspruch nach Art. 206 Abs. 1 OR? Wie erwähnt,⁸¹ geht die herrschende Lehre davon aus, dass der Wortlaut von Art. 206 Abs. 1 OR ungenau sei und sich nicht auf den Kauf vertretbarer Sachen, sondern vielmehr auf den Kauf gattungsweise bestimmter Sachen beziehen müsste.⁸² Begründet wird diese Auffassung – falls überhaupt – unter Hinweis auf die alte Fassung von § 480 Abs. 1 BGB⁸³ sowie auf BGE 94 II 26.⁸⁴ Beide Begründungen erweisen sich bei näherer Betrachtung aber als nicht zwingend:

- (i) Der Wortlaut des im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung aufgehobenen § 480 BGB a.F.⁸⁵ bezog sich eben gerade nicht auf den Kauf „vertretbarer“, sondern auf den Kauf „nur der Gattung nach bestimmter Sachen“.⁸⁶ [recht 2013, 216/217]
- (ii) BGE 94 II 26 hatte den Kauf eines Automobils vom Typ Jaguar Mk X, Modell 1964 zum Gegenstand.⁸⁷ Zur hier interessierenden Frage, ob Art. 206 OR auf Käufe vertretbarer Sachen, auf Käufe gattungsmässig bestimmter Sachen oder auf beide (sich überschneidenden) Kategorien anwendbar sei, hielt das Bundesgericht zunächst fest: „*In realtà, non c'è alcun motivo di limitare la portata dell'art. 206 CO alle sole cose fungibili, quando la difficoltà ch'esso ha lo scopo di sciogliere è comune a tutte le vendite di oggetti determinati solo nella specie.*“⁸⁸ Es lehnte also eine *Einschränkung des Anwendungsbereichs* der Bestimmung auf den Kauf vertretbarer Sachen ab und befand, dass Gattungskäufern *auch* bei einem Kauf unvertretbarer Sachen ein Ersatzlieferungsanspruch zukommen müsse.⁸⁹ In einem *obiter dictum* wies das Bundesgericht dann auf BGE 41 II 430, 436 hin und bestätigte, dass Art. 206 OR nicht anwendbar sei, wenn ein gesamter Vorrat einer vertretbaren Sache Gegenstand eines Stückkaufs bilde („*una vendita ha per oggetto un quantitativo completo di cose fungibili determinate*“).⁹⁰ Nach Berücksichtigung von Gattungskäu-

⁸¹ Vgl. oben Kap. II.2.c.

⁸² Vgl. die oben in Fn. 30 zit. Autoren; wohl auch BUCHER, AT, 297 Anm. 19, der sich aber in DERS., BT, 118 für eine Ausdehnung von Art. 206 OR auf Stückkäufe ausspricht, wenn die Auswahl aus einer industriellen Serie zufällig ist.

⁸³ Vgl. etwa CAVIN, SPR VII/1, 123.

⁸⁴ So etwa BK-WEBER, OR 71 N 27; BSK-HONSELL, OR 206 N 1; CR-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, OR 206 N 3.

⁸⁵ § 480 Abs. 1 BGB lautete: „Der Käufer einer nur der Gattung nach bestimmten Sache kann statt der Wandelung oder der Minderung verlangen, daß ihm an Stelle der mangelhaften Sache eine mangelfreie geliefert wird. Auf diesen Anspruch finden die für die Wandelung geltenden Vorschriften der §§ 464 bis 466, des § 467 Satz 1 und der §§ 469, 470, 474 bis 479 entsprechende Anwendung.“ (Hervorhebung durch die Verfasser; s.a. Fn. 45).

⁸⁶ Interessant scheint an dieser Stelle der Hinweis, dass die Begriffe „Vertretbarkeit“ (vgl. Entwurfsbegründung, BT-Drs. 14/6040, 209) bzw. „Austauschbarkeit“ (vgl. Fn. 45) in der Diskussion um die Ersatzlieferungspflicht des Verkäufers bei Stückschulden seit der Schuldrechtsreform nun grosse Bedeutung erhalten haben.

⁸⁷ Zu Art. 206 OR äusserte sich das Bundesgericht übrigens nur deshalb, weil es die Gewährleistungsrechte neben den allgemeinen Verzugsregeln für anwendbar hielt (BGE 94 II 26, 34 f.). Dieses Verständnis hat das Bundesgericht später bekanntlich im sog. Hubstapler-Fall korrigiert (BGE 121 III 453, 457 f.).

⁸⁸ BGE 94 II 26, 34 (Hervorhebung durch die Verfasser). Die Passage wird in Pra 1968 Nr. 145, 513 wie folgt übersetzt: „*In der Tat besteht kein Grund, die Tragweite von OR 206 auf vertretbare Sachen zu beschränken, während doch die Unzukömmlichkeit, die die Bestimmung zu beheben bezweckt, auch bei allen Käuferschaften über nur der Gattung nach bestimmte Sachen in gleicher Weise zutrifft.*“ (E. 4a, Hervorhebung durch die Verfasser).

⁸⁹ So auch AKIKOL, Rz. 112 Fn. 196; CAVIN, SPR VII/1, 123 Fn. 2; CAVIN PIERRE, *Considérations sur la garantie en raison de défauts de la chose vendue*, SJ 1969, 329 ff., 338; vgl. auch BK-GIGER, OR 206 N 4, der allerdings in N 5 einen Ersatzlieferungsanspruch des Stückkäufern vertretbarer Sachen generell ausschliesst.

⁹⁰ BGE 94 II 26, 34. Die Passage wird in Pra 1968 Nr. 145, 513 wie folgt übersetzt: „*Wie übrigens v. Tuhr/Siegmund (a.a.O.) zutreffend bemerken, ist die erwähnte Bestimmung nicht anwendbar, wenn der Kaufvertrag sich auf den gesamten Vorrat einer bestimmten vertretbaren Sache bezieht (vgl. ferner BGE 41 II 436 = Pr 4 Nr. 164).*“ (gl.M. BK-GIGER, OR 206 N 5; VON TUHR/PETER, 54 Fn. 7). Hinzuweisen ist bereits hier darauf, dass BGE 41 II 430, 435 f. den Verkauf eines bestimmten, vollständigen Vorrats Heu im Rahmen eines Stückkaufs zum Inhalt hatte und damit keine begrenzte Gattungs- bzw. Vorratsschuld (vgl. Fn. 14).

fen über unvertretbare Sachen und Stückkäufen über ganze Vorräte vertretbarer Sachen findet das Bundesgericht – vor einem Hinweis auf § 480 BGB a.F. – zur von der h.L. referenzierten Aussage: „*Per l'applicabilità dell'art. 206 CO non è quindi determinante il fatto che la vendita porti su una cosa fungibile, bensì quello che essa si riferisca ad un oggetto non individualmente determinato.*“⁹¹ Diese letzte Aussage erscheint aber deshalb zu apodiktisch, weil das Bundesgericht noch in der ersten zitierten Passage Raum für eine Anwendung von Art. 206 OR auf Stückkäufe über vertretbare Sachen offen liess, diese dann aber in der letzten zitierten Passage schloss, ohne eine weitere wesentliche Kategorie zu berücksichtigen: den Stückkauf über eine vertretbare Sache aus einem (nicht vollständig verkauften) Vorrat.⁹²

Nach dem Gesagten scheint es zwar richtig, dass der Ersatzlieferungsanspruch nach Art. 206 Abs. 1 OR auf Käufe gattungsmässig bestimmter Sachen erweitert wird.⁹³ Es ist ebenfalls sinnvoll, dass dem Stückkäufer im Grundsatz kein Ersatzlieferungsanspruch zukommt, sofern der Verkäufer alle Stücke verkauft hat, über die er verfügt, weil beim Stückkauf in aller Regel keine Beschaffungspflicht übernommen wurde. Verfügt der Verkäufer aber noch über einen Vorrat an weiteren Exemplaren oder kann er weitere Exemplare der zur gewerbmässigen Veräusserung bestimmten Sache durch seine Teilnahme am Grossverkehr ohne Weiteres beschaffen, so rechtfertigt es sich, dem Stückkäufer der gemäss vorstehender Definition⁹⁴ vertretbaren Sache gestützt auf den Wortlaut von Art. 206 Abs. 1 OR ebenfalls einen Anspruch auf Ersatzlieferung einzuräumen, da dies auch dem Verkäufer als zumutbar erscheint.⁹⁵ Solche Konstellationen treten insbesondere dann gehäuft auf, wenn man – entgegen der hier vertretenen Ansicht⁹⁶ – abgekürzte Gattungsbeschreibungen ablehnen sollte und in den entsprechenden Konstellationen von Stückkäufen über vertretbare Sachen ausgeht.

Den nichtgewerblichen und vorratslosen Stückverkäufer einer vertretbaren Sache trifft hingegen keine Ersatzlieferungspflicht, weil sich die Vertretbarkeit als Marktgängigkeit nach dem relevanten Verkehrskreis richtet.⁹⁷ Die Bejahung eines Ersatzlieferungsanspruchs wäre bei nichtgewerblichen Verkäufern eines einzigen Stücks erst dann denkbar, wenn zugunsten des Verkäufers die Zumutbarkeit der Beschaffung eng definiert würde.⁹⁸ Immerhin **[recht 2013, 217/218]** könnte aber auch der Verkäufer ein berechtigtes Interesse am Nachlieferungsrecht (Art. 206 Abs. 2 OR) haben.

Als zusammenfassende Faustregel wäre die *Wiederholbarkeit der Wahl* denkbar. Bei einem Verkauf einer einzelnen Sache durch einen nichtgewerblichen Anbieter kommt dies i.d.R. nicht in Betracht, weil mangels Vorrat von Anfang an keine Wahl vorliegt und die Möglichkeit eines Gattungskaufs ohnehin ausser Frage steht. Wo aber eine Auswahl möglich ist, was bei gewerblichen Händlern oder dem Verkauf aus einem Vorrat zutrifft, wäre die *erneute Wahl* bei diesem Verkäufer möglich. Dies legt einerseits die Annahme einer abgekürzten Gattungsbeschreibung und damit eines Gattungskaufs nahe⁹⁹ und rechtfertigt es andererseits, auch dem Stückkäufer einen Ersatzlieferungsanspruch und dem Stückverkäufer ein Ersatzlieferungsrecht zuzugestehen.

2. Grundlagenirrtum auch bei Gattungsschulden

Ein Käufer hat normalerweise klare Qualitätsvorstellungen. Dies gilt auch für den Gattungskauf, wo

⁹¹ BGE 94 II 26, 34. Die Passage wird in Pra 1968 Nr. 145, 513 wie folgt übersetzt: „Für die Anwendbarkeit von OR 206 ist demnach nicht entscheidend, dass der Verkauf sich auf eine vertretbare Sache bezieht, sondern massgebend ist, dass Kaufgegenstand nicht eine individuell bestimmte Sache ist.“ (E. 4a).

⁹² Ebenso wie das Bundesgericht argumentiert BK-GIGER, OR 206 N 5 (wohl auch CAVIN, SPR VII/1, 123 Fn. 2).

⁹³ A.M. GELZER, AJP 1997, 705 f.

⁹⁴ Vgl. oben bei Fn. 80.

⁹⁵ Vgl. schon CYPRIAN, 72. Vgl. auch Fn. 98 zu § 439 Abs. 3 BGB.

⁹⁶ Dazu oben Kap. III.

⁹⁷ Vgl. oben bei Fn. 79.

⁹⁸ Vgl. auch § 439 Abs. 3 BGB, wonach der (Stück- und Gattungs-)Verkäufer die Nacherfüllung verweigern kann, wenn sie nur mit unverhältnismässigen Kosten möglich ist (vgl. auch oben Fn. 45).

⁹⁹ Dazu oben Kap. III.

die entsprechenden Vorgaben jedoch nicht immer – oft als selbstverständlich vorausgesetzt¹⁰⁰ – in die vertragliche Gattungsbeschreibung einfließen. Gerade im Kleinverkehr ist häufig von Lagerkapazitäten oder anderen Zufälligkeiten abhängig, ob im Einzelfall eine Stück- oder Gattungsschuld vereinbart wird: Wer an einer Messe ein paar Weinflaschen als Stückkauf erwirbt und bei demselben Verkäufer als Gattungskauf nachbestellt, weil sie ihm so gut schmecken, schafft für den gleichen Wein ein unterschiedliches Irrtumsregime.¹⁰¹

Reduzieren nämlich das Bundesgericht und die herrschende Lehre den Grundlagenirrtum beim Gattungskauf auf Fälle, in denen der Mangel die gesamte Gattung betrifft,¹⁰² bewirkt dies eine Benachteiligung des Gattungskäufers gegenüber dem Stückkäufer: Wenn (i) kein *aliud* geliefert wurde und der Erfüllungsanspruch deshalb erloschen ist,¹⁰³ (ii) die Fristen nach Art. 201 und 210 OR nach Lieferung des *peius* verstrichen sind und (iii) dem Verkäufer keine absichtliche Täuschung i.S.v. Art. 203 bzw. Art. 210 Abs. 6 OR¹⁰⁴ nachgewiesen werden kann, trägt der Gattungskäufer das Risiko einer Schlechterfüllung vollständig, selbst wenn bei einem Stückkauf die Voraussetzungen des Grundlagenirrtums in Bezug auf das gelieferte Stück erfüllt wären. Dieses Resultat ist umso unbefriedigender, wenn man berücksichtigt, dass der Gattungskäufer das betreffende Stück bei Vertragsschluss noch nicht einmal kennen konnte und der „Konkretisierungswillkür“ des Verkäufers ausgesetzt ist. Im Extremfall kann der Verkäufer – ohne dies dem Käufer mitzuteilen – bei Abschluss eines Gattungskaufvertrags bereits wissen, mit welchem Stück er erfüllen möchte, hat z.B. den Unfallwagen hinten im Hof¹⁰⁵ in Gedanken bereits konkretisiert.¹⁰⁶ Schliesslich überzeugt die Rechtsprechung auch wertungsmässig nicht, rechtfertigt doch das Bundesgericht die Alternativität von Irrtums- und Gewährleistungsrecht beim Stückkauf u.a. just mit der Notwendigkeit des Käuferschutzes.¹⁰⁷ Gerade bei Sachen wie Weinflaschen, bei welchen der bestimmungsgemässe Gebrauch und die Prüfung auf Mängel oft erst nach Ablauf der Gewährleistungsfrist nach Art. 210 Abs. 1 OR erfolgt, wäre die Irrtumsanfechtung besonders wichtig.

Anerkennt man die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Alternativität von Irrtums- und Gewähr-

¹⁰⁰ Z.B., dass eine Hebebühne bei sachgemäßem Gebrauch nicht kippt (vgl. BGer, Urteil vom 1. Mai 2007, 4C.321/2006, Sachverhalt) oder Brandschutzglas nicht in Abständen von 2 cm Flecken entwickelt (vgl. BGE 133 III 335, Sachverhalt).

¹⁰¹ Beispiel nach RUSCH, SJZ 2010, 554; vgl. auch das Beispiel oben bei Fn. 52.

¹⁰² Vgl. oben Kap. II.2.e sowie Fn. 39.

¹⁰³ Vgl. zur Abgrenzung zwischen *aliud* und *peius* oben Kap. II.2.d sowie eingehender unten Kap. IV.3.

¹⁰⁴ Die Bestimmungen finden Anwendung auf die absichtliche Täuschung über Mängel oder Eigenschaften der Kaufsache (BSK-HONSELL, OR 203 N 1; BK-GIGER, OR 203 N 5, OR 210 N 72).

¹⁰⁵ Vgl. ERNST, SZ 1997, 275 sowie den Sachverhalt zu OGH, Urteil vom 27. April 1976, 3Ob511/76 = SZ 49/56: Die Parteien vereinbarten einen Kaufvertrag über ein fabrikneues Auto, wobei der Verkäufer ein Auto dieses Typs drei Tage später auch übergab, das allerdings beim Import einen mittelschweren Vorschaden erlitten hatte, den der Verkäufer zuvor hatte reparieren lassen. Umgekehrt war die Interessenlage im Sachverhalt von OGH, Urteil vom 22. Januar 1992, 3Ob124/91: Hier machte der Käufer geltend, der Verkäufer könne den Kaufpreis nicht fordern, da er die besichtigten Fahrzeuge weiterverkauft habe und nicht mehr liefern könne; der Verkäufer argumentierte, er habe die besichtigten Fahrzeuge weiterverkauft, als die Kaufpreiszahlung ausblieb, doch könne er das verkaufte Modell problemlos wieder beschaffen.

¹⁰⁶ Abgesehen davon, dass dem Käufer die Berufung auf Grundlagenirrtum verunmöglicht wird, ist dies für den Verkäufer indes kaum empfehlenswert, da er eine Beschaffungspflicht übernimmt, dem Käufer ein Recht auf Ersatzlieferung einräumt und den Gefahrenübergang hinauszögert.

¹⁰⁷ BGE 114 II 131, 138; vgl. BGE 82 II 411, 423; vgl. auch GAUCH PETER, Sachgewährleistung und Willensmängel beim Kauf einer mangelhaften Sache – Alternativität der Rechtsbehelfe und Genehmigung des Vertrages BGE 127 III 83 ff. (S. 85 f.), recht 2001, 184 ff., 185, 188; BK-SCHMIDLIN, OR 23/24 N 344; MAUCHLE, AJP 2012, 950. Kritisch gegenüber dieser verallgemeinernden Wertung: WIEGAND WOLFGANG, Bemerkungen zum Picasso-Entscheid, recht 1989, 101 ff., 103 f.; GAUCH PETER, Urteilsbesprechung zu BGE 114 II 131, SAG 1989, 152 ff., 154; HONSELL, SJZ 2007, 139; MERZ HANS, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 1988, ZBJV 1990, 252 ff., 256; KOLLY, Rz. 499 ff.; a.M. HOTZ SANDRA, Japanische, deutsche und schweizerische Irrtumsregelungen, Diss. Zürich, Tübingen 2006, 134 ff.

leistungsrecht als (kritisierte)¹⁰⁸ aktuelle Rechtslage, so sind zur Korrektur der Benachteiligung des Gattungskäufers verschiedene Lösungsansätze denkbar:¹⁰⁹ [recht 2013, 218/219]

- Dass der Gattungskäufer bei Vertragsschluss einem Grundlagenirrtum unterliegen kann, obwohl das Stück noch nicht konkretisiert ist, lässt sich zum einen damit begründen, dass die *Qualität beim Gattungskauf Teil des Leistungsprogramms* ist. Die Konkretisierung ist zwar (dispositiv) dem Verkäufer überlassen,¹¹⁰ dieser ist dabei aber nicht einfach frei, sondern hat nach Art. 71 Abs. 2 OR Stücke nicht unter mittlerer Qualität auszusondern. Da damit die Qualität des Stücks (stillschweigend bzw. ansonsten gesetzlich definierter) Vertragsinhalt bildet,¹¹¹ kann der Gattungskäufer diesbezüglich auch irren, wenn nicht die gesamte Gattung mangelhaft ist.¹¹² Statt dass der Käufer bei Vertragsschluss – wie beim Stückkauf – über die identifizierte Sache irrt, kann sich der Irrtum beim Gattungskauf auf die Einhaltung der vereinbarten Qualität beziehen, die objektiv und subjektiv wesentlich und für den Verkäufer erkennbar gefordert war. Weist das später ausgesonderte Stück einen verborgenen Sachmangel auf,¹¹³ so ist ein allfälliger Grundlagenirrtum des Gattungskäufers nicht geringer zu werten als ein Grundlagenirrtum des Stückkäufers, der das Stück bei Vertragsschluss zwar bereits identifiziert hat, den verborgenen Sachmangel aber auch erst später entdeckte.¹¹⁴ Der Gattungskäufer hat bei Vertragsschluss vorausgesetzt, dass er z.B. ein Stück mindestens mittlerer Qualität kaufe; wird ihm später ein Stück geliefert, das im Verhältnis zu dieser Qualitätsvereinbarung ein *peius* darstellt, spricht nichts dagegen, die Berufung auf Grundlagenirrtum zuzulassen.
- Einen weiteren Lösungsansatz hat das Bundesgericht in einem einzelnen Entscheid im Verfahren 4C.321/2006¹¹⁵ bejaht, indem es den für den Irrtum *relevanten Zeitpunkt* vom Vertragsschluss (Art. 23 OR)¹¹⁶ auf den *Gefahrenübergang verschoben* hat.¹¹⁷ Die in der Lehre kritisierte¹¹⁸ bundesgerichtliche Argumentation liesse sich mit der Vorstellung der *emptio ad mensuram* im antiken römischen Recht¹¹⁹ begründen, wonach erst die *mensura* den Kauf als Verpflichtungsgeschäft zum Erwerb vertretbarer Sachen perfektionierte.¹²⁰

¹⁰⁸ Vgl. die Verweise in Fn. 39.

¹⁰⁹ Vgl. dazu bereits eingehend RUSCH, SJZ 2010, 556 ff.

¹¹⁰ Art. 71 Abs. 1 OR.

¹¹¹ Vgl. BK-GIGER, Vorb. OR 197-210 N 14; GINTER PETRA, Verhältnis der Sachgewährleistung nach Art. 197 ff. OR zu den Rechtsbehelfen in Art. 97 ff. OR, Diss. St.Gallen, Zürich 2005, 70; MÜLLER-CHEN, 138; BUCHER, AT, 297; KELLER/SIEHR, 71; AKIKOL, Rz. 56.

¹¹² Vgl. bereits RUSCH, SJZ 2010, 559.

¹¹³ Vorausgesetzt ist dabei natürlich, dass das gelieferte, mangelhafte Stück die vereinbarten Gattungsmerkmale erfüllt, ansonsten ein *aliud* vorliegt und gem. BGer nach den Regeln des Verzugs vorzugehen ist (s. dazu oben Kap. II.2.d sowie zur Kritik unten Kap. IV.3).

¹¹⁴ So aber SCHUBIGER, 131.

¹¹⁵ Vgl. BGer, Urteil vom 1. Mai 2007, 4C.321/2006, E. 4.3.1: „*Ces principes peuvent être repris sous l'angle de l'erreur de base. L'acheteur peut donc invalider le contrat, aux conditions de l'art. 24 al. 1 ch. 4 CO, s'il découvre qu'on lui a vendu une chose défectueuse, pour autant que le défaut ait déjà existé au moment du transfert des risques ou qu'il ait pour origine un défaut ayant déjà existé à ce moment-là.*“ (vgl. dazu BRUNNER/VISCHER, Rz. 37 ff.; RUSCH, SJZ 2010, 556 ff.; s.a. MAUCHLE, AJP 2012, 948 Anm. 142). Dem Entscheid ist allerdings nicht zu entnehmen, ob ein Stück- oder Gattungskauf zu beurteilen war.

¹¹⁶ So denn auch BGer, Urteil vom 1. Mai 2007, 4C.321/2006, E. 4.1; BGer, Urteil vom 29. Oktober 2002, 4C.236/2002, E. 3.

¹¹⁷ So hat auch der österreichische OGH in einem Fall arglistiger Täuschung den relevanten Zeitpunkt auf die Konzentration zurückverlagert (vgl. OGH, Urteil vom 27. April 1976, 3Ob511/76 = SZ 49, 56).

¹¹⁸ MAUCHLE, AJP 2012, 948 Anm. 142; vgl. auch BRUNNER/VISCHER, Rz. 41 f.

¹¹⁹ Dazu ERNST, ZEuP 1999, 597 ff., 620 ff.; ERNST, SZ 1997, 315 ff. Zum Lehrstreit um den Gattungskauf im römischen Recht vgl. ferner BESSENYÖ, 3 ff.

¹²⁰ Das römisch-rechtliche Konzept entspricht freilich nicht einem aktuellen Verständnis von Konsens und Gattungskauf, gemäss welchem die Verpflichtung zur Beschaffung von Stücken aus einer (unbeschränkten) Gattung als möglich und der Konsens im Zeitpunkt dieser Verpflichtung als abgeschlossen gilt. Eine Verschiebung des relevanten Zeitpunkts wird

- In der Lehre wird ferner vorgeschlagen, die Problematik gestützt auf den *Grundlagenirrtum über einen zukünftigen Sachverhalt*¹²¹ zu lösen.¹²² Diese Argumentation hat für sich, dass sie die unbefriedigende Unterscheidung zwischen den Möglichkeiten zur Irrtumsanfechtung bei Stück- und Gattungskauf korrigiert, indem sie die rechtliche Schlechterstellung des Gattungskäufers aufgrund des noch nicht bestimmten Stücks aufhebt.¹²³ Sie steht und fällt aber mit der Frage, ob man in der späteren Aussonderung eines mangelhaften Stücks durch den Verkäufer die Enttäuschung einer vom Käufer als sicher vorausgesetzten Vertragsgrundlage sehen will.¹²⁴ [recht 2013, 219/220]

Angesichts der Vielzahl der Sachverhalte, die mehr zufällig zur Vereinbarung eines Stück- oder Gattungskaufs führen, und angesichts der den Rechtsgeossen meist unbekannten Relevanz dieser Unterscheidung im Irrtumsrecht, würde eine ausgewogene Beurteilung eine Zulassung des Grundlagenirrtums bei Gattungskäufen empfehlen. Das Vorstehende zeigt,¹²⁵ dass es durchaus vertretbare Argumentationen gibt, welche eine Wertungsparallelität zwischen dem Grundlagenirrtum des Stück- und des Gattungskäufers zu erreichen erlauben.¹²⁶

3. Aufgabe der Unterscheidung zwischen *aliud* und *peius*

Die Unterscheidung zwischen *aliud* und *peius* ist anerkanntermassen kompliziert und führt „nicht selten zu wenig plausiblen Ergebnissen“¹²⁷. Sie wird von einem Teil der Lehre denn auch vehement kritisiert.¹²⁸ Berücksichtigt man neben diesen Abgrenzungsschwierigkeiten auch die Zufälligkeit, ob im Einzelfall eine Gattungs- oder Stückschuld vereinbart wird, trübt sich das Bild weiter: Kauft z.B. ein Käufer im obigen Beispiel Weinflaschen an einer Messe und stellt sich in der Folge heraus, dass der Wein mit Glykol gepanscht war, hat der Käufer Sachgewährleistungsrechte und kann sich zudem auf Grundlagenirrtum berufen; bestellt er den Wein später nach Gattungsmerkmalen nach und erhält

von einzelnen Autoren immerhin bezüglich der Gültigkeit von Haftungsausschlussklauseln vertreten: Nach diesen kann der Zeitpunkt, in dem der Gattungsverkäufer den Mangel kennt und arglistig verschweigt (Art. 199 OR) auch nach Abschluss der Freizeichnungsklausel liegen (ZK-SCHÖNLE/HIGI, OR 199 N 61a). Im Werkvertragsrecht postuliert GAUCH, Rz. 2580 ff. dieselbe Rechtsfolge ohne Verschiebung des massgeblichen Zeitpunkts, indem er dem Unternehmer die Berufung auf eine frühere Haftungsausschlussklausel als unzulässig i.S.v. Art. 20 OR versagt, wenn er später Mängel arglistig verschwiegen hat (a.M. ZK-BÜHLER, OR 368 N 249 Ziff. 1).

¹²¹ Zur umstrittenen Behandlung des Grundlagenirrtums über einen zukünftigen Sachverhalt i.Allg. vgl. BSK-SCHWENZER, OR 24 N 18 f.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 795 ff.; BK-SCHMIDLIN, OR 23/24 N 244 ff.; SCHMIDLIN BRUNO, Der Irrtum über zukünftige Sachverhalte nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR: Fehldiagnose oder Fehlprognose, AJP 1992, 1386 ff.; SCHMIDLIN BRUNO/MEYER-PRITZL RUDOLF, Interessenabwägung bei der Irrtumsanfechtung und Irrtum über künftige Sachverhalte, BGE 123 III 200-204, recht 1997, 256 ff., 259 f.; REISER, Rz. 22 ff.; BUCHER, OR AT, 204 f.; GUHL/KOLLER, § 16 N 16 f.; BERGER, Rz. 994 ff.; ADAMS MICHAEL, Der Irrtum über „künftige Sachverhalte“ – Anwendungsbeispiel und Einführung in die ökonomische Analyse des Rechts, recht 1986, 14 ff., 19 ff.; HEIZ CHRISTOPH, Grundlagenirrtum, Diss. Zürich, Zürich 1985, 88 ff.; KOLLY, Rz. 86 ff., 265 ff.; KLAUSBERGER KURT, Die Willensmängel im schweizerischen Vertragsrecht, Diss. Zürich, Zürich 1989, 59 ff.

¹²² Vgl. RUSCH, SJZ 2010, 558 f.

¹²³ Vgl. RUSCH, SJZ 2010, 558 f.

¹²⁴ So RUSCH, SJZ 2010, 558 f.; a.M. BGer, Urteil vom 19. Februar 2007, 4C.300/2006, E. 5.3; BSK-HONSELL, Vorb. 197-210 N 9; KELLER/SIEHR, 108; SCHUBIGER, 131; ebenso OGH, Urteil vom 23. April 2003, 9Ob247/02t.

¹²⁵ Vgl. dazu bereits RUSCH, SJZ 2010, 553 ff.

¹²⁶ Lehnt man die hier vertretene Ansicht ab, dass sich ein Gattungskäufer auch dann auf Grundlagenirrtum berufen können sollte, wenn nur das gelieferte Stück, nicht aber die ganze Gattung mangelhaft ist, liesse sich eine Wertungsparallelität in Anlehnung an GAUCH (s. Fn. 120 i.f.) auch dadurch erreichen, dass man dem Gattungsverkäufer analog Art. 203 bzw. Art. 210 Abs. 6 OR verböte, sich auf die verstrichenen Fristen nach Art. 201 und 210 OR zu berufen, so dass dem Gattungskäufer die Sachgewährleistungsrechte nach wie vor zur Verfügung ständen.

¹²⁷ HONSELL, BT, 130. MÜLLER-CHEN, 148 spricht von „juristischen Glasperlenspielen“, KRAMER, recht 1997, 82 von „scholastischen, ja geradezu beschämenden Haarspaltereien“ (je mit Bsp.).

¹²⁸ Vgl. dazu eingehend KRAMER, recht 1997, 79 ff.; KRAMER, FS Honsell, 249 ff.; MÜLLER-CHEN, 147 ff.; SCHWENZER, Rz. 8.07.

Wein, der sämtlichen Gattungsmerkmalen entspricht, aber gepanscht ist, so hat er entweder (nur) Ansprüche aus Schuldnerverzug (bei *aliud*) oder Sachmängel- und Irrtumsrechte (bei *peius*). Nur wenige Rechtsgenossen wissen, dass bei *aliud* die Nachfristsetzung erforderlich ist, während Mängelrüge oder Anfechtungserklärung die richtigen Reaktionen auf ein *peius* bilden. Die Gefahr ist gross, dass ein Rechtssuchender die „falschen“ Rechtshandlungen vornimmt und in der Folge seines Anspruchs verlustig geht.¹²⁹

Das Vorstehende unterstützt die von einem Teil der Lehre¹³⁰ geforderte und in moderneren Kodifikationen verwirklichte¹³¹ Unterstellung der *aliud*-Lieferung unter die Sachgewährleistungsregeln, die sich *de lege lata* ohne Weiteres analog auf diese Konstellation anwenden lassen.¹³² Die dadurch eingeführte Obliegenheit des Käufers, die Fristen nach Art. 201 und 210 OR zu beachten, ist einerseits wertungsmässig angebracht;¹³³ andererseits werden allfällige Härten dieser dem Verkehrsschutz dienenden Fristen dadurch gemildert, dass sich auch der Gattungskäufer auf Grundlagenirrtum berufen können muss¹³⁴ und in krassen *aliud*-Fällen auf diese Weise geschützt wird.¹³⁵

4. Verschiebung des Gefahrenübergangs

Wird der Kauf marktgängiger Ware mit abgekürzter Gattungsbeschreibung als Gattungskauf verstanden, so unterstützt dies gleichzeitig die Begradigung weiterer dogmatischer „Pirouetten“ beim Gefahrenübergang. Das Bundesgericht¹³⁶ und die herrschende Lehre¹³⁷ befürworten bekanntlich und explizit eine extensive Auslegung der Ausnahmen vom als unbefriedigend empfundenen Gefahrübergang bei Abschluss des Stückkaufvertrags. Unter den Vorbehalt *besonderer Verhältnisse oder Vereinbarungen* subsumiert das Bundesgericht insbesondere Fälle, in welchen „*la séparation temporelle entre l'acte obligationnel et l'acte de disposition intervenait non pas dans l'intérêt de l'acheteur, mais seulement ou de manière prépondérante dans celui du vendeur.*“¹³⁸ Wie rasch die Rechtsprechung besondere Verhältnisse bzw. Vereinbarungen annimmt, erscheint in der Tat oft als ein vom Ergebnis her gerechtfertigter Kunstgriff.¹³⁹ Wird [recht 2013, 220/221] die Bestimmung eines marktgängigen Stücks hingegen als abgekürzte Gattungsvereinbarung verstanden, kann in zahllosen Fällen eine solche Ausdehnung der Ausnahmeregelung unterbleiben, da die Gefahr dann nach Art. 185 Abs. 2 OR bis zur Aussonderung und Versendung beim Verkäufer verbleibt.¹⁴⁰

Sucht z.B. ein Fahrzeughändler auf Anfrage eines Kunden landesweit ein passendes Fahrzeug und schliessen die Parteien dann einen Kaufvertrag über ein konkret identifiziertes Stück, das aber erst noch bei einem anderen Händler beschafft werden muss, so ginge die Gefahr nach der dispositiven Regelung des Stückkaufs grundsätzlich bei Vertragsschluss über (Art. 185 Abs. 1 OR) und der Erfül-

¹²⁹ Vgl. auch MÜLLER-CHEN, 148.

¹³⁰ Vgl. die in Fn. 33 zur dritten Ansicht zit. Autoren.

¹³¹ Vgl. dazu die Hinweise bei MÜLLER-CHEN, 149 f.; KRAMER, FS Honsell, 251 ff.; KRAMER, recht 1997, 83.

¹³² KRAMER, recht 1997, 79 ff. Wollte man die Unterscheidung der Rechtsfolgen einer *aliud*- oder *peius*-Lieferung im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung beibehalten, so wäre im Mindesten eine Vereinheitlichung der vom Käufer geforderten Rechtshandlungen erforderlich. Eine solche Lösung würde sich freilich höchstens *de lege ferenda* durch den Gesetzgeber umsetzen lassen.

¹³³ Gl.M. KRAMER, recht 1997, 80 f.; KRAMER, FS Honsell, 249 f.

¹³⁴ Vgl. dazu oben Kap. IV.2.

¹³⁵ Was zur Verwirklichung des Anliegen der in Fn. 33 zur zweiten Ansicht zit. Autoren beiträgt.

¹³⁶ BGE 128 III 370, 372 = Pra 2002 Nr. 190, 1012, E. 4a; BGE 84 II 158, 161.

¹³⁷ Vgl. etwa BK-GIGER, OR 185 N 74; BSK-KOLLER, OR 185 N 35; BUCHER, ZSR 1970, 285; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz. 2551; HONSELL, BT, 55.

¹³⁸ Vgl. BGE 128 III 370, 374 = Pra 2002 Nr. 190, 1015, E. 4c. Zu den einzelnen Fallgruppen vgl. BK-GIGER, OR 185 N 76 ff.; ZK-SCHÖNLE, OR 185 N 64 ff.

¹³⁹ Vgl. auch die Kritik bei KELLER/SIEHR, 26 f.

¹⁴⁰ In der Lehre wird immerhin teilweise vertreten, dass Art. 185 Abs. 2 OR auch auf den Versendungsstückkauf Anwendung finden solle (BSK-KOLLER, OR 185 N 15; HONSELL, BT, 58; a.M. ZK-SCHÖNLE, OR 185 N 46; BK-GIGER, OR 185 N 36 f. *e contrario*).

lungsort befände sich am Ort, an dem sich das Fahrzeug bei Vertragsschluss befindet (Art. 74 Abs. 2 Ziff. 2 OR).¹⁴¹ Um den Gefahrübergang auf einen späteren Zeitpunkt hinauszuschieben, muss man besondere Verhältnisse bzw. Vereinbarungen konstruieren, wobei an dieser Stückschuld eigentlich nur „besonders“ ist, dass keinerlei Interesse am konkreten Stück besteht, sondern schlicht an Ware, die sämtliche Gattungsmerkmale erfüllt. Überzeugender scheint hier, einen Gattungskauf anzunehmen: Hier sieht bereits das dispositive Recht vor, dass der Verkäufer das Fahrzeug erst beschaffen muss und die Gefahr erst dann übergeht, wenn es sich in seinen Machtbereich befindet und er es für den Käufer aussondert bzw. ggf. versendet (Art. 185 Abs. 2 OR). Die Versendung ab Beschaffungsort an den Verkäufer geht den Käufer richtigerweise ohnehin nichts an; die Gefahr kann erst nach dem Zeitpunkt übergehen, in dem das Fahrzeug den Erfüllungsort erreicht (bzw. bei einer Versendungsschuld zur Versendung aufgegeben wurde).¹⁴² Überdies passt auch die dispositive Regelung zum Erfüllungsort, der am Wohnsitz des Verkäufers fixiert wird (Art. 74 Abs. 2 Ziff. 3 OR). Die hier vertretene Lösung führt somit in vielen Fällen zu einer einfachen und klaren Festlegung des Gefahrübergangs und trägt damit zur Rechtssicherheit bei.

V. Fazit

Die für die Abgrenzung von Stück- und Gattungskauf ausschlaggebende Interpretation der Parteivereinbarung sollte berücksichtigen, dass bei der Auswahl eines konkreten Stücks vor Vertragsschluss nicht zwingend ein Stückkauf vorliegen muss, sondern ebenfalls eine abgekürzte Gattungsvereinbarung möglich ist. Liegt tatsächlich ein Stückkauf vor, ist aber die Wahl bei marktgängigen Sachen wiederholbar, muss auch ein Anspruch auf Ersatzlieferung wahrhafter Ware im Sinne von Art. 206 Abs. 1 OR bestehen. Im Sinne der Praktikabilität und angesichts der verschwimmenden Unterschiede zwischen Stück- und Gattungskauf wäre es generell richtig, die Abgrenzung zwischen *aliud* und *peius* aufzugeben und die entsprechenden Leistungsstörungen generell dem Sachgewährleistungsrecht zu unterstellen. Als Korrektiv für hieraus folgende Härten drängt sich auf, die ungerechtfertigte Benachteiligung des Gattungskäufers beim Grundlagenirrtum wegen Sachmängeln aufzugeben.

Literaturverzeichnis

- ACKERMANN THOMAS, Die Nacherfüllungspflicht des Stückverkäufers, JZ 2002, 378 ff.
- ACKERMANN THOMAS, Erwiderung auf Canaris JZ 2003, 831, JZ 2003, 1154 ff.
- AEPLI VIKTOR, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Teilband V 1h, Erste Lieferung, Art. 114-126 OR, 3. Aufl., Zürich 1991 (zitiert: ZK-AEPLI)
- AKIKOL DIANA, Die Voraussetzungen der Sachmängelhaftung beim Warenkauf – Obligationenrecht und UN-Kaufrecht (CISG), Diss. Luzern, Zürich 2008 (= Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft, Bd. 31)
- AMSTUTZ MARC/BREITSCHMID PETER/FURRER ANDREAS/GIRSBERGER DANIEL/HUGUENIN CLAIRE/MÜLLER-CHEN MARKUS/ROBERTO VITO/RUMO-JUNGO ALEXANDRA/SCHNYDER ANTON K./TRÜEB HANS RUDOLF (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2. Aufl., Zürich 2012 (zitiert: CHK-VERFASSER)
- BAMBERGER HEINZ GEORG/ROTH HERBERT (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar – BGB, Stand: 1.5.2013, Edition 27, München 2013 (zitiert: BeckOK-VERFASSER)
- BERGER BERNHARD, Allgemeines Schuldrecht, 2. Aufl., Bern 2012
- BESSENYÖ ANDRÁS, Zum Problem des römischen Gattungskaufs, in: JAKOB EVA/ERNST WOLFGANG (Hrsg.), Kaufen nach Römischem Recht – Antikes Erbe in den europäischen Kaufrechtsordnungen, Berlin/Heidelberg 2008, 1 ff.
- BITTER GEORG/MEIDT EVA, Nacherfüllungsrecht und Nacherfüllungspflicht des Verkäufers im neuen Schuldrecht, ZIP 2001, 2114 ff.
- BRUNNER CHRISTOPH/VISCHER MARKUS, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht im Jahr 2007, Jusletter vom 13. Oktober 2008
- BUCHER EUGEN, Notizen zu Art. 185 OR (Gefahrtragung durch den Käufer), ZSR 1970, 281 ff. (zitiert: BUCHER, ZSR 1970) [recht 2013, 221/222]
- BUCHER EUGEN, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Zürich 1988 (zitiert: BUCHER, AT)
- BUCHER EUGEN, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich 1988 (zitiert: BUCHER, BT)

¹⁴¹ Diesen Ort müssen allerdings beide Parteien kennen, wenn er sich nicht mit dem Wohn- oder Geschäftssitz des Schuldners der Sachleistung deckt (vgl. BSK-LEU, OR 74 N 5; CHK-WULLSCHLEGER, OR 74 N 8).

¹⁴² Vgl. BSK-KOLLER, OR 185 N 32; ZK-SCHÖNLE, OR 185 N 84; HONSELL, BT, 56.

- CANARIS CLAUS-WILHELM, Die Nacherfüllung durch Lieferung einer mangelfreien Sache beim Stückkauf, JZ 2003, 831 ff.
- CANARIS CLAUS-WILHELM, Schlusswort, JZ 2003, 1156 f.
- CAVIN PIERRE, Kauf, Tausch und Schenkung, in: VISCHER FRANK (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII/1, Obligationenrecht – Besondere Verhältnisse, Basel/Stuttgart 1977, 1 ff. (zit. CAVIN, SPR VII/1)
- CYPRIAN ROBERTO, Die aliud-Lieferung im schweizerischen Kaufvertragsrecht, Diss. St.Gallen, St.Gallen 1981
- DAUNER-LIEB BARBARA/LANGEN WERNER (Hrsg.), NomosKommentar BGB Schuldrecht, Bd. 2/1, 2. Aufl., Baden-Baden 2012 (zitiert: NK-VERFASSER)
- ERNST WOLFGANG, Gattungskauf und Lieferungskauf im römischen Recht, SZ 1997, 272 ff. (zitiert: ERNST, SZ 1997)
- ERNST WOLFGANG, Das Lieferungsgeschäft als Vertragstyp seit dem preußischen Allgemeinen Landrecht, in: LIEB MANFRED/NOACK ULRICH/WESTERMANN HARM PETER (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Zöllner zum 70. Geburtstag, Bd.II, Köln 1998, 1097 ff. (zitiert: ERNST, FS Zöllner)
- ERNST WOLFGANG, Kurze Rechtsgeschichte des Gattungskaufs, ZEuP 1999, 583 ff. (zitiert: ERNST, ZEuP 1999).
- FASEL URS, Handels- und obligationenrechtliche Materialien, Bern 2000.
- FAUST FLORIAN, Grenzen des Anspruchs auf Ersatzlieferung bei der Gattungsschuld, ZGS 2004, 252 ff.
- FURRER ANDREAS/MÜLLER-CHEN MARKUS, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012.
- GAUCH PETER, Der Werkvertrag, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2011
- GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG/EMMENEGGER SUSAN, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bd. 1 und 2, 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008 (zitiert Bd. 1: GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Bd. 2: GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER).
- GELZER PHILIPP, Aliud und peius beim Gattungskauf, AJP 1997, 703 ff.
- GIGER HANS, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, 2. Abteilung, 1. Teilband, 1. Abschnitt, Art. 184-215 OR, 2. Aufl., Bern 1980 (zitiert: BK-GIGER)
- GUHL THEO (Begr.), Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl, Zürich 2000 (zitiert GUHL/VERFASSER).
- HAAB ROBERT, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, IV. Band, 1. Abteilung, Art. 641-729 ZGB, 2. Aufl., Zürich 1977 (zitiert: ZK-HAAB)
- HONSELL HEINRICH, Die Konkurrenz von Sachmängelhaftung und Irrtumsanfechtung – Irrungen und Wirrungen, SJZ 2007, 137 ff. (zit. HONSELL, SJZ 2007)
- HONSELL HEINRICH, Kurzkommentar OR, Art. 1-529, Basel 2008 (zit. KUKO-VERFASSER)
- HONSELL HEINRICH, Schweizerisches Obligationenrecht – Besonderer Teil, 9. Aufl., Bern 2010 (zit. HONSELL, BT)
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 5. Aufl., Basel 2011 (zitiert: BSK-VERFASSER)
- HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, Zürich/Basel/Genf 2012.
- JHERING RUDOLF, Beiträge zur Lehre von der Gefahr beim Kaufcontracte, JheringsJb 1861, 366 ff.
- JOHANNSEN KURT HERBERT/KREGEL WILHELM/KRÜGER-NIELAND GERDA/PIPER HENNING/STEFFEN ERICH (Bearb.), Bd. I §§ 1-240 BGB, in: MITGLIEDER DES BUNDESGERICHTSHOFES (Hrsg.), Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, 12. Aufl., Berlin/New York 1982 (zit. RGRK-BEARBEITER)
- KAMANABROU SUDABEH, Der Nachlieferungsanspruch beim Stückkauf, ZGS 2004, 57 ff.
- KELLER MAX/SCHÖBI CHRISTIAN, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, in: Das Schweizerische Schuldrecht, Bd. 1, 3. Aufl., Basel/Frankfurt a.M. 1988
- KELLER MAX/SIEHR KURT, Kaufrecht, 3. Aufl., Zürich 1995
- KOLLER ALFRED, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil – Handbuch des allgemeinen Schuldrechts, 3. Aufl., Bern 2009 (zitiert: KOLLER, AT)
- KOLLER ALFRED, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil – Die einzelnen Vertragsverhältnisse Art. 184-318 OR, Bd. I, Bern 2012 (zitiert: KOLLER, BT)
- KOLLY GILBERT, Der Grundlagenirrtum nach Art. 24 OR: Rechtsprechung des Bundesgerichts, Diss. Fribourg, Zürich 1978.
- KRAMER ERNST A., Noch einmal zur aliud-Lieferung beim Gattungskauf, recht 1997, 78 ff. (zitiert: KRAMER, recht 1997)
- KRAMER ERNST A., Abschied von der aliud-Lieferung?, in: HARRER FRIEDRICH/PORTMANN WOLFGANG/ZÄCH ROGER (Hrsg.), Besonderes Vertragsrecht – aktuelle Probleme, Festschrift für Heinrich Honsell zum 60. Geburtstag, Zürich 2002, 247 ff. (zit. KRAMER, FS Honsell)
- LANZ RAPHAEL, Die Abgrenzung zwischen Falschlieferung (aliud) und Schlechtlieferung (peius) und ihre Relevanz, recht 1996, 248 ff.
- MAUCHLE YVES, Normenkonkurrenzen im Obligationenrecht - zugleich ein Beitrag zum Verhältnis von Irrtumsanfechtung und Sachmängelhaftung, AJP 2012, 933 ff.
- MEIER-HAYOZ ARTHUR, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band IV, 1. Abteilung, 1. Teilband, Systematischer Teil und Art. 641-654 ZGB, 5. Aufl., Bern 1981 (zitiert: BK-MEIER-HAYOZ)
- MERZ HANS, Schweizerisches Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 1. Teilbd., in: VON GREYERZ CHRISTOPH ET AL. (Hrsg.), Bd. VI/1, Basel/Frankfurt am Main, 1984 (zit. MERZ, SPR VI/1)
- MÜLLER-CHEN MARKUS, Folgen der Vertragsverletzung, Habil. Basel, Zürich 1999 (= Veröffentlichungen des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung, Bd. 37)
- OECHSLER JÜRGEN, Vertragliche Schuldverhältnisse, 2. Aufl., München 2007
- OETKER HARTMUT/MAULTZSCH FELIX, Vertragliche Schuldverhältnisse, 3. Aufl., Berlin 2007
- OSER HUGO/SCHÖNENBERGER WILHELM, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band, 1. Halbband, Art. 1-183, 2. Aufl., Zürich 1929 (zitiert: ZK-OSER/SCHÖNENBERGER)
- OSER HUGO/SCHÖNENBERGER WILHELM, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band, 2. Teil (Halbband), Art. 184-418, 2. Aufl., Zürich 1936 (zitiert: ZK-OSER/SCHÖNENBERGER) **[recht 2013, 222/223]**
- PALANDT OTTO (Begr.), BASSENGE PETER/BRUDERMÜLLER GERD/ELLENBERGER JÜRGEN/ GÖTZ ISABELL/GRÜNEBERG CHRISTIAN/SPRAU HARTWIG/THORN KARSTEN/WEIDENKAFF WALTER/WEIDLICH DIETMAR (Bearb.), Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 72. Aufl., München 2013 (zitiert: Palandt-VERFASSER)
- REISER NINA, Fahrlässiger Irrtum nach Art. 26 OR, Diss. Zürich, Zürich 2012 (= Zürcher Studien zum Privatrecht, Bd. 239).
- RÜFNER THOMAS, Vertretbare Sachen? Die Geschichte der res, quae pondere numero mensura constant, Diss. Tübingen, Berlin 2000 (= Schriften zur Europäischen Rechts- und Verfassungsgeschichte, Bd. 31)
- RUSCH ARNOLD F., Grundlagenirrtum bei mangelhaften Gattungssachen und Werken, SJZ 2010, 553 ff.
- SÄCKER FRANZ JÜRGEN/RIXECKER ROLAND (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 6. Aufl., München 2012 (zit. MünchKomm-VERFASSER)

- SCHMIDLIN BRUNO, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Mängel des Vertragsabschlusses, Art. 23-31 OR, 2. Aufl., Bern 2013 (zitiert: BK-SCHMIDLIN).
- SCHÖNLE HERBERT, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Teilband V 2a, Erste Lieferung, Art. 184-191 OR, Zürich 1993 (zitiert: ZK-SCHÖNLE).
- SCHÖNLE HERBERT/HIGI PETER, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Teilband V 2a, Zweite Lieferung, Art. 192-204 OR, 3. Aufl., Zürich 2005 (zitiert: ZK-SCHÖNLE/HIGI).
- SCHRANER MARIUS, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Teilband V 1e, Art. 68-96 OR, Zürich 2000 (zitiert: ZK-SCHRANER).
- SCHUBIGER ALFRED, Verhältnis der Sachgewährleistung zu den Folgen der Nichterfüllung oder nicht gehörigen Erfüllung, Diss. Bern, Bern 1957 (= Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Heft 325).
- SCHULZE GÖTZ, Rechtsfragen des Selbstbedienungskaus, AcP 2001, 232 ff.
- SCHWENZER INGEBORG, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Bern 2012.
- STAUBER DEMIAN, Die Rechtsfolgen des Gläubigerverzugs, Diss. Bern, Bern 2009 (= Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Heft 757).
- STAUDINGER JULIUS VON (Begr.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Berlin 1903 ff. (zitiert: Staudinger-VERFASSTER).
- STAUDINGER JULIUS VON (Begr.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen - Eckpfeiler des Zivilrechts, Neubearbeitung 2012/2013, Berlin 2012 (zitiert: Staudinger-VERFASSTER, Eckpfeiler).
- SZALAI STEPHAN, Nochmal – Nachlieferung beim Stückkauf, ZGS 2011, 203 ff.
- THÉVENOZ LUC/WERRO FRANZ (Hrsg.), Commentaire Romand, Code des obligations I, art. 1-529 CO, 2. Aufl., Basel 2012 (zit. CR-VERFASSTER).
- TIEDTKE KLAUS/SCHMITT MARCO, Ersatzlieferung beim Stückkauf, JuS 2005, 583 ff.
- VON TUHR ANDREAS/ESCHER ARNOLD, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 3. Aufl., Zürich 1974.
- VON TUHR ANDREAS/PETER HANS, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 3. Aufl., Zürich 1979.
- WEBER ROLF H., Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, 1. Abteilung, 4. Teilband, Art. 68-96 OR, 2. Aufl., Bern 2005 (zitiert: BK-WEBER).
- WENDT OTTO, Wie etwas heisst und was es ist!, AcP 1908, 417 ff.
- WIEACKER FRANZ, Sachbegriff, Sacheinheit und Sachzuordnung, AcP 1943, 57 ff.