

UNIVERSITÄT BERN
Rechtswissenschaftliche Fakultät

PD Dr. iur. Martin Philipp Wyss

**Hausarbeit im Rahmen der „Einführung in die juristische
Arbeitstechnik“**

PRIVATRECHT

DIE GEFAHRENTRAGUNG NACH ART. 185 OR

vorgelegt am ...

Name Vorname
Strasse
PLZ Ort

E-Mail:
Matrikelnummer:

N. Semester

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	I
Literaturverzeichnis	II
Abkürzungsverzeichnis	III
§ 1 Einleitung	1
§ 2 Problemstellung	1
2.1 Begriff "Gefahr"	1
2.2 Die Grundregel der Gefahrentragung	1
2.3 Die Gefahrentragung beim Kaufvertrag	2
§ 3 Anwendungsbereich von Art. 185 OR	2
3.1 Allgemeine Voraussetzungen	2
3.2 Die einzelnen Norminhalte	3
3.2.1 Die Grundregel der Preisgefahr (Abs. 1).....	3
3.2.2 Spezifikation und Versendung bei Gattungswaren (Abs. 2).....	4
3.2.3 Die Gefahrentragung beim suspensiv bedingten Kauf (Abs. 3)	5
3.3 Restriktive Anwendung der periculum est emptoris-Regel	5
§ 4 Einige ausgewählte Sonderbestimmungen zu Art. 185 OR	6
4.1 Besondere Verhältnisse	6
4.1.1 Wahlobligation mit Wahlrecht des Verkäufers.....	6
4.1.2 Mehrfachverkauf.....	7
4.2 Besondere Verabredungen	7
4.2.1 Vereinbarung über den Erfüllungsort – die Loco-Klausel.....	7
4.2.2 Incoterms.....	8
§ 5 Zusammenfassung	8
§ 6 Selbstständigkeitserklärung	9

Literaturverzeichnis

Zitierweise

Falls nicht anders vermerkt, werden Zitate im Text mit dem Nachnamen des Autors sowie der Fundstelle innerhalb des Werkes, wenn vorhanden mit Seitenzahl plus Randnummer, ansonsten als Seitenzahl genannt.

CORTESI Oreste, Die Kaufpreisgefahr, Eine dogmatische Analyse des schweizerischen Rechts aus rechtshistorischer und rechtsvergleichender Sicht unter besonderer Berücksichtigung des Doppelverkaufs, Diss. Zürich, Zürich 1996

GAUCH Peter / SCHLUEP Walter R. / SCHMID Jörg / REY Heinz, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, 2 Bde., 8. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2003 (zit.: Gauch/Schluep/Schmid/Rey, Bd., S. Rn.)

HONSELL Heinrich / VOGT Nedim Peter / WIEGAND Wolfgang (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 3. Aufl., Basel/Genf/München 2003 (zit.: BSK-BEARBEITER, Art. N)

HONSELL Heinrich, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 7. Aufl., Bern 2003

KELLER Stefan, Die Gefahrtragungsregeln im Obligationenrecht, in: AJP 2003, S. 1152 ff.

KOLLER Thomas / SCHWANDER Ivo, Bundesgerichtsentscheide zum Allgemeinen Teil des OR und zum Kaufrecht, St. Gallen 2004

SCHMUTZ Pascal, Die Gefahrtragung beim Kaufvertrag nach Schweizerischem und UN-CITRAL-Kaufrecht, Diss. Basel, Basel 1983

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (St. Gallen/Lachen)
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
Bd./Bde.	Band/Bände
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BSK	Basler Kommentar
bzw.	beziehungsweise
CIF	cost, insurance, freight
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
E.	Erwägung
f./ff.	folgende/fortfolgende
Fn.	Fussnote
FOB	free on board
Hrsg.	Herausgeber
i.d.R.	in der Regel
i.S.v.	im Sinne von
m.E.	meines Erachtens
N	Note; Randnote
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Fünfter Teil: Obligationenrecht (SR 220)
Rn.	Randnummer
S.	Seite
sog.	so genannt
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (Systematische Rechtssammlung)
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
v.a.	vor allem
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert

§ 1 Einleitung

Mit Art. 185 OR wird die Gefahrentragung beim Kaufvertrag geregelt. Die Norm antwortet auf die Frage, von welcher Partei die Preisgefahr nach Gesetz zu tragen ist, wenn der Leistungsgegenstand in der Zeitspanne zwischen Vertragsabschluss und Vertragserfüllung durch Zufall untergeht oder sich verschlechtert.

Eingeleitet wird diese Hausarbeit mit der Grundregel der Gefahrentragung – Art. 119 OR. Mit der Gefahrentragung im Kaufvertrag wird danach auf den Art. 185 OR übergeleitet. Daran schliesst sich eine Ausführung über den allgemeinen Anwendungsbereich von Art. 185 OR, die einzelnen Norminhalte sowie über seine Anwendung. Abgeschlossen wird diese Arbeit mit ausgewählten Sonderbestimmungen aus Rechtsprechung und Lehre.

§ 2 Problemstellung

2.1 Begriff "Gefahr"

Allgemein wird der Begriff "Gefahr" als Bezeichnung für ein zufälliges Ereignis verwendet, welches von keiner der beteiligten Vertragsparteien oder ihrer Hilfspersonen zu verantworten ist.¹ Weiter versteht man unter dem Gefahrenbegriff das Risiko für die Kosten bei einem zufälligen Untergang oder Verschlechterung der Kaufsache im Zeitraum nach Vertragsabschluss und vor Erfüllung eintreten zu müssen.² Unter dem Begriff "Zufall" fallen namentlich unvorhersehbare und aussergewöhnliche Ereignisse, welche mit unabwendbarer Gewalt von aussen hereinbrechen (sog. "höhere Gewalt").³ Dazu gehört auch ein "von Menschenhand abhängiges Ereignis geringerer Intensität."⁴ Als Beispiel ist hier der Diebstahl zu erwähnen. Im nachfolgenden Text ist, soweit nicht anders vermerkt, stets die Kaufpreisgefahr gemeint.

2.2 Die Grundregel der Gefahrentragung

Die allgemeine Grundregel zur Gefahrentragung im Schweizerischen Obligationenrecht findet man in Art. 119 OR.⁵ Sie regelt die nachträgliche objektive von keiner Vertragspartei zu vertretende, Unmöglichkeit. "Nach dem Grundsatz von Art. 119 Abs. 2 OR verliert beim synallagmatischen Vertrag derjenige, der gestützt auf Abs. 1 von seiner Leistungspflicht befreit worden ist, seinerseits den Anspruch auf die Gegenleistung bzw. hat bereits Empfangenes zurückzuerstatten."⁶ Der gegenseitig voneinander abhängige Austauschcharakter des vollkommen zweiseitigen Vertrages wird in dieser Norm verdeutlicht, welche bei einer nachträglichen Un-

¹ Vgl. KELLER, S. 1152.

² Vgl. HONSELL, S. 48; KELLER, S. 1152.

³ Vgl. CORTESI, S. 4 Fn. 9.

⁴ CORTESI, S. 4 Fn. 9.

⁵ Vgl. KELLER, S. 1152.

⁶ KOLLER/SCHWANDER, S. 413.

möglichkeit zum Erlöschen beider Obligationen führt.⁷ Der Sachleistungsschuldner wird gemäss Abs. 1 von seiner Leistungspflicht befreit, verliert aber zugleich seinen Anspruch auf die Gegenforderung (Kaufpreis). "Bei zweiseitigen Verträgen korrespondiert somit die Leistungsmöglichkeit mit der Gegenleistungsgefahr."⁸

2.3 Die Gefahrentragung beim Kaufvertrag

Art. 119 Abs. 3 OR behält sich diejenigen Fälle vom allgemeinen Grundsatz der Gefahrentragung vor, bei denen "(...) die Gefahr nach Gesetzesvorschrift oder nach dem Inhalt des Vertrages vor der Erfüllung auf den Gläubiger übergeht."⁹ Dies bedeutet, dass der durch Art. 119 Abs. 1 OR frei gewordene Schuldner einen Anspruch auf den Kaufpreis hat.¹⁰ Der Sachleistungsgläubiger muss, obwohl er wegen unverschuldeter nachträglicher objektiver Unmöglichkeit den Kaufgegenstand nicht erhalten wird, trotzdem den Kaufpreis bezahlen. Er trägt somit die (Kauf)Preisgefahr. Bei Art. 119 Abs. 3 OR handelt es sich "um eine Ausnahmeregelung zur grundsätzlichen Gefahrtragungsregel von Art. 119 Abs. 2."¹¹ Durch die mit Art. 119 Abs. 3 OR erwähnte Ausnahmeregelung erfolgt eine Verbindung zwischen dem allgemeinen Teil des Obligationenrechts zum besonderen Teil. Der Hauptanwendungsfall und zugleich umstrittenste Regel findet sich in Art. 185 OR.¹² Art. 185 OR regelt "die Gefahrentragung beim Kauf, genauer die Tragung der Preisgefahr."¹³

§ 3 Anwendungsbereich von Art. 185 OR

Die Marginale zu Art. 185 OR liefert einen ersten Hinweis auf den Anwendungsbereich dieser Norm. Sie regelt hiernach Nutzen und Gefahr im (Fahrnis)Kaufrecht. Art. 185 OR beantwortet uns die Frage, welche Partei das Preisrisiko des zufälligen Untergangs bzw. der Verschlechterung der Kaufsache trägt.¹⁴

3.1 Allgemeine Voraussetzungen

Aus dem Wortlaut von Art. 185 OR folgt, dass die Regelung dispositiver Natur ist. Es bleibt den Parteien vorbehalten durch Vertrag eine andere Regelung über die Risikoverteilung zu treffen.¹⁵ Art. 185 OR kommt somit nur zur Anwendung, falls "nicht besondere Verhältnisse oder Verabredungen eine Ausnahme begründen."¹⁶

⁷ Vgl. GAUCH/SCHLUEP/REY, Rn. 3230.

⁸ KELLER, S. 1153.

⁹ Art. 119 Abs. 3 OR.

¹⁰ Vgl. GAUCH/SCHLUEP/REY, Rn. 3231.

¹¹ BSK-KOLLER, Art. 185 N 1.

¹² Vgl. SCHMUTZ, S. 25; KELLER, S. 1154.

¹³ BSK-KOLLER, Art. 185 N 1.

¹⁴ Vgl. KOLLER/SCHWANDER, S. 411.

¹⁵ Vgl. HONSELL, S. 52.

¹⁶ Art. 185 Abs. 1 OR.

Zunächst ist erforderlich, dass zwischen den Parteien ein gültiger Kaufvertrag zustande gekommen ist.¹⁷ Streitig ist hier der Zeitpunkt der Vertragswirkung v.a. unter Abwesenden, insbesondere die Tragweite von Art. 10 OR.¹⁸ Falls der Gefahrenübergang nach Art. 10 Abs. 1 OR festgelegt wird, entfaltet der Kaufvertrag seine Gestaltungswirkung sobald der Käufer seine Annahmeerklärung abschickt hat.¹⁹ Die Gefahrentragung des Käufers wird dadurch vorverlegt, d.h. tritt zeitgleich mit der Vertragswirkung auf ihn über und nicht erst bei Vertragsabschluss. Dem Zeitpunkt der Gefahrenübertragung kommt damit eine Schlüsselrolle zu.²⁰ Weiter ist erforderlich, dass der Kaufgegenstand nach Vertragsabschluss aber vor Vertragserfüllung untergegangen bzw. sich verschlechtert hat. Die sog. nachträgliche objektive Unmöglichkeit darf weder von einer Vertragspartei i.S.v. Art. 97 OR noch von einer Hilfsperson i.S.v. Art. 101 OR verschuldet sein.²¹ Die nachträgliche objektive Unmöglichkeit muss sich auf die vertragliche Hauptpflicht beziehen. (Bei Nebenpflichten kommen Art. 97 ff. zur Anwendung.) Falls es sich bei der Leistungsschuld um eine Gattungsware handelt, muss sie zudem ausgeschieden bzw. bei einer Schickschuld zur Versendung aufgegeben worden sein. Bei Verträgen, welche mit einer aufschiebenden Bedingung abgeschlossen worden sind, muss der Eintritt dieser Bedingungen erfolgt sein.

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass für den Gefahrenübergang auf den Käufer gemäss Art. 185 OR vier verschiedene Zeitpunkte massgebend sind:²² "Der Vertragsabschluss, die Ausscheidung des Kaufobjekts aus der Gattung, die Aufgabe der Kaufsache zur Versendung sowie der Eintritt der Suspensivbedingung."²³

3.2 Die einzelnen Norminhalte

3.2.1 Die Grundregel der Preisgefahr (Abs. 1)

Grundsätzlich geht die Gefahr mit dem Abschluss des Kaufvertrages auf den Käufer über, "sofern nicht besondere Verhältnisse oder Verabredungen eine Ausnahme begründen."²⁴ Hier kommt der römisch-rechtliche Grundsatz *periculum est emptoris* zum Ausdruck.²⁵ Unter Art. 185 Abs. 1 OR fällt nach herrschender Lehre der Speziaeskauf.²⁶ Der Gefahrenübergang geht jedoch erst unter der Voraussetzung auf den Käufer über, wenn der Verkäufer im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses über den Veräusserungsgegenstand verfügt und diesen am Erfüllungsort bereithält (Holschuld).²⁷ Der Erfüllungsort einer Speziesschuld bestimmt sich nach Art. 74 Abs. 2 Ziff. 2 OR.

3.2.2 Spezifikation und Versendung bei Gattungswaren (Abs. 2)

¹⁷ Beispielsweise kein Vorliegen eines Willens- oder Formmangels.

¹⁸ Vgl. CORTESI, S. 6 Fn. 17.

¹⁹ Vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rn. 462a.

²⁰ Vgl. SCHMUTZ, S. 23.

²¹ Vgl. BSK-KOLLER, Art. 185 N 1.

²² Vgl. SCHMUTZ, S. 26.

²³ SCHMUTZ, S. 26.

²⁴ Art. 185 Abs. 1 OR.

²⁵ Vgl. KELLER, S. 1157.

²⁶ Vgl. HONSELL, S. 50; KOLLER/SCHWANDER, S. 414.

Gemäss der Formulierung: "Ist die veräusserte Sache nur der Gattung nach bestimmt,(...)"²⁸ entsteht der Eindruck, dass Abs. 2 nur für den Gattungskauf angewendet werden kann.²⁹ Es ist indes umstritten, ob dieser Abs. auch für Spezieswaren angewendet werden darf; ein Teil der Lehre ist der Meinung, dass Abs. 2 der Gegenpol zu Abs. 1 darstellt und somit ausschliesslich für den Gattungskauf Anwendung findet.³⁰ Handelt es sich um einen Versendungskauf (Distanzkauf), darf Abs. 2 auch analog auf den Stückkauf angewendet werden.³¹

Im Unterschied zu Abs. 1 genügt der Vertragsabschluss allein noch nicht, um die Gefahr auf den Käufer übertreten zu lassen. Massgebend ist der Zeitpunkt, in dem die Kaufsache aus der Gattung spezifiziert und damit individualisiert ist.³² Die Preisgefahr bleibt solange beim Verkäufer, bis die zur Erfüllung bestimmte Ware nicht ausgeschieden ist.³³ Als ausgeschieden gilt eine Ware, wenn sie individualisiert ist und eine erkennbare Etikettierung (z.B. nach dem Wunsch des Verkäufers abgepackt) erhalten hat und dadurch der Erfüllung eines bestimmten Vertrages gewidmet ist.³⁴ Ein rein faktisches Ausscheiden genügt nicht. Durch die Individualisierung "muss der Kaufgegenstand so konkretisiert werden, dass er einer Speziesware gleichgestellt werden kann."³⁵ Nicht erforderlich ist hingegen die Mitwirkung oder die Kenntnisnahme der Ausscheidung seitens des Käufers.³⁶

Muss die Gattungsware noch versendet werden, geht die Gefahr erst auf den Käufer über, wenn der Verkäufer die Gattung ausgeschieden *und* zur Versendung aufgegeben hat.³⁷ Beim Versendungskauf (Schickschuld) ist zu beachten, dass der Verkäufer die Sache einem Spediteur, einem Frachtführer oder einer sonstigen Versendungsanstalt übergibt. Hier ist wichtig, dass es sich dabei nicht um eine Übergabe an eine Zweigniederlassung oder an den Ortsvertreter des Verkäufers handelt.³⁸ Die Sache muss an einen vom Verkäufer unabhängigen Dritten übergeben werden. Damit der Gefahrenübergang mit der Aufgabe der Sache an einen Spediteur erfolgen kann, muss der dazugehörige Frachtbrief auf den Käufer lauten. Der Verkäufer bleibt weiterhin mit der Gefahr belastet, wenn er im Frachtbrief sich selbst als Empfänger einträgt.³⁹ "Allgemeiner gesagt, setzt der Gefahrenübergang auf den Käufer voraus, dass die Sache den Machtbereich des Verkäufers verlassen hat."⁴⁰ Weiter ist der Gefahrenübergang abzugrenzen von der

²⁷ Vgl. BSK-KOLLER, Art. 185 N 30.

²⁸ Art. 185 Abs. 2 OR.

²⁹ Vgl. SCHMUTZ, S. 26.

³⁰ Vgl. SCHMUTZ, S. 27.

³¹ Vgl. BSK-KOLLER, Art. 185 N 15; HONSELL, S. 54.

³² Vgl. SCHMUTZ, S. 27.

³³ Vgl. BSK-KOLLER, Art. 185 N 2.

³⁴ Vgl. BSK-KOLLER, Art. 185 N 20; SCHMUTZ, S. 44.

³⁵ SCHMUTZ, S. 43.

³⁶ Vgl. BGE 84 II 158, E. 1a S. 161.

³⁷ Vgl. SCHMUTZ, S. 46 f.

³⁸ Vgl. BSK-KOLLER, Art. 185 N 16.

³⁹ Vgl. BSK-KOLLER, Art. 185 N 18.

⁴⁰ BSK-KOLLER, Art. 185 N 16.

Warenbeschaffung. Damit die Gefahr auf den Käufer übergeht, muss der Verkäufer die Sache vom Erfüllungsort (i.d.R. von seinem Wohn- bzw. Geschäftssitz) absenden.⁴¹

3.2.3 Die Gefahrentragung beim suspensiv bedingten Kauf (Abs. 3)

Abs. 3 regelt die Gefahrentragung beim suspensiv bedingten Kauf.⁴² Bei diesen aufschiebend bedingten Kaufverträgen wird der Gefahrenübergang hinausgeschoben, bis zu dem Zeitpunkt in dem die Bedingungen erfüllt werden. Nicht unter Abs. 3 fällt beispielsweise der Kauf mit Eigentumsvorbehalt.⁴³ Solche resolutiven Bedingungen im Rechtssinne liegen vor, "wenn die Verbindlichkeit oder die Auflösung eines Vertrages vom Eintritt einer ungewissen Tatsache abhängig gemacht werden."⁴⁴ Durch den Ausfall der Bedingung wird das Geschäft zu einem unbedingten. Daraus folgt, dass bei resolutiv bedingten Verträgen Abs. 1 für die Gefahrentragung einschlägiger ist.

3.3 Restriktive Anwendung der periculum est emptoris-Regel

Rechtsprechung und Lehre stehen der Regel von Art. 185 Abs. 1 OR vielfach kritisch gegenüber.⁴⁵ Die Gefahrtragungsregel wird häufig in der Hinsicht kritisiert, dass der Käufer grundsätzlich mit Vertragsabschluss die Gefahr trägt, obwohl sich das Eigentum an der Kaufsache aufgrund der Traditio noch beim Verkäufer befindet. Dies wird als ungerecht angesehen.⁴⁶ Sachherrschaft und Risiko fallen somit zeitlich auseinander.⁴⁷ Das Bundesgericht versucht mit einer restriktiven Anwendung der periculum est emptoris-Regel und mit einer extensiven Auslegung ihrer Ausnahmen diese zu mildern.⁴⁸ Das Bundesgericht sagt einschränkend dazu: "La loi doit toutefois être respectée. Si une application restrictive est admissible, on veillera bien sûr à ce que les exceptions ne remplacent pas la norme générale."⁴⁹ Ist eine restriktive Anwendung zulässig, so muss dafür gesorgt werden, dass die Ausnahmen nicht den allgemeinen Grundsätzen widersprechen. Die besonderen Verhältnisse i.S.v. Art. 185 Abs. 1 OR müssen eine Ausnahme begründen. "Ein Abweichen vom Grundsatz des periculum est emptoris ist folglich nur in Ausnahmefällen vorgesehen. Es wäre also de lege late nicht gesetzeskonform, die Interpretation so weit zu treiben, dass das Prinzip zur Ausnahme und die Ausnahme zum Prinzip würden."⁵⁰ Zum Verständnis der periculum est emptoris-Regel führt das Bundesgericht weiter aus, dass man die Norm in ihrem historischen Kontext sehen müsse und in diesem Zusammenhang die Regel mit ihren Ausnahmen besser verstehen kann; wobei

⁴¹ Vgl. BSK-KOLLER, Art. 185 N 19.

⁴² Vgl. BSK-KOLLER, Art. 185 N 33.

⁴³ Vgl. BSK-KOLLER, Art. 185 N 34.

⁴⁴ Vgl. GAUCH/SCHLUEP/REY, Rn. 4184.

⁴⁵ Vgl. KOLLER/SCHWANDER, S. 414.

⁴⁶ Vgl. BSK-KOLLER, Art. 185 N 46.

⁴⁷ Vgl. KOLLER/SCHWANDER, S. 414; BGE 128 III 370, E. 4b S. 372.

⁴⁸ Vgl. BGE 128 III 370, E. 4a S. 372.

⁴⁹ BGE 128 III 370, E. 4a S. 372.

⁵⁰ SCHMUTZ, S. 36; siehe dazu auch BGE 4C.49/2004, E. 3 [nicht zur Publikation vorgesehen].

zu beachten ist, dass die aus dem römischen Recht stammende Norm damals für den Barkauf auf Marktplätzen entwickelt wurde.⁵¹

§ 4 Einige ausgewählte Sonderbestimmungen zu Art. 185 OR

Bei einer grammatikalischen Betrachtung der Gesetzesnorm von Art. 185 OR wird ersichtlich, dass der Grundsatz, wonach Nutzen und Gefahr bereits mit dem Vertragsabschluss auf den Erwerber übergehen, nicht immer zur Anwendung kommt. Das Gesetz selber behält sich Sonderbestimmungen vor, welche den Gefahrenübergang vor bzw. hinter den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses schieben.

Nachfolgend werden einige Beispiele genannt, welche sich unter die "besonderen Verhältnisse oder Verabredungen"⁵² subsumieren lassen. Der Augenmerk richtet sich auf die von der Lehre entwickelten Ausnahmen. Die nachfolgende Aufzählung ist nicht abschliessend.

4.1 Besondere Verhältnisse

Die Gefahrentragung nach Art. 185 OR kann teilweise zu unbilligen Ergebnissen führen. Der Käufer wird verpflichtet selbst dann den Kaufpreis zu bezahlen, wenn die Sache vor Auslieferung und vor der Eigentumsübertragung zufällig untergeht. Unter dem Vorbehalt "besondere Verhältnisse" bietet die Norm in Abs. 1 gleich selbst eine Abschwächung vom Grundsatz *periculum est emptoris*. Umstritten ist, was genau (noch) unter die "besonderen Verhältnisse" fällt.⁵³ Besondere Verhältnisse werden in der Lehre und Rechtsprechung tendenziell dann angenommen, "wenn der Verkäufer die alleinige Verfügungsgewalt über die Sache behält und der Käufer weder Anlass noch Möglichkeit hat, die notwendigen Vorkehren zur Schadensabwehr zu treffen."⁵⁴ Dieser Umstand tritt ein, wenn sich die Kaufsache beim Vertragsabschluss nicht am Erfüllungsort befindet.⁵⁵

4.1.1 *Wahlobligation mit Wahlrecht des Verkäufers*

Unter einer Wahlobligation versteht man ein Schuldverhältnis, bei welchem mehrere Leistungen geschuldet sind, aber nur die eine oder die andere zu erbringen ist. Nach Art. 72 OR steht grundsätzlich dem Schuldner (Verkäufer) das Recht zu, mit welcher Leistung er den Vertrag erfüllen will. Erst durch seine Wahlerklärung wird die Leistung spezifiziert (analog zur Ausscheidung bei der Gattungsware) und die Gefahr geht auf den Käufer über. Geht nun eine der Leistungen durch Zufall unter, so kann sich der Verkäu-

⁵¹ BGE 128 III 370, E. 4aa S. 372 f; sowie BGE 128 III 370, E. 4c S. 374.

⁵² Art. 185 Abs. 1 OR.

⁵³ Vgl. KELLER, S. 1157; ausführlich dazu SCHMUTZ, S. 35 f. und S. 52 ff.

⁵⁴ BSK-KOLLER, Art. 185 N 38; siehe dazu auch BGE 84 II 158, E. 1b S. 161.

⁵⁵ Vgl. CORTESI, S. 8.

fer nicht für die untergegangene Sache entscheiden und nach Art. 185 Abs. 1 OR den Kaufpreis verlangen.⁵⁶

4.1.2 Mehrfachverkauf

Hat der Verkäufer die gleiche Sache absichtlich oder versehentlich an verschiedene Käufer verkauft, könnte er bei zufälliger nachträglicher Unmöglichkeit von jedem Käufer gestützt auf Art. 185 Abs. 1 OR den Kaufpreis verlangen. Dass ein solches Vorgehen gegen das Rechtsbewusstsein verstösst, ist m.E. offensichtlich. Nach Ansicht der herrschenden Lehre darf der Verkäufer von keinem den Kaufpreis verlangen. Als Grund für diese Argumentation wird genannt, dass sich die Berufung, er hätte an den einen oder anderen geleistet, nicht zulässig ist.⁵⁷ "Mit dem Abschluss des zweiten Kaufvertrages geht also die Gefahr wieder auf den Verkäufer über."⁵⁸

4.2 Besondere Verabredungen

Besondere Verabredungen bilden die zweite Ausnahme zu der Grundregel der Gefahrentragung. Da es sich bei Art. 185 OR nicht um zwingendes Recht handelt, können die Parteien eine andere Vereinbarung über die Risikoverteilung treffen. Vom Gesetz abweichende vertragliche Gefahrtragungsregeln sind häufig im internationalen Handelsverkehr anzutreffen.⁵⁹

4.2.1 Vereinbarung über den Erfüllungsort – die Loco-Klausel

Im Leitescheid BGE 84 II 158 wurde eine vertragliche Vereinbarung über den Erfüllungsort getroffen. Gemäss Sachverhalt lag ein Kaufvertrag über eine Gattungsschuld vor ("une voiture neuve Morris Oxford").⁶⁰ Als vertraglicher Erfüllungsort wurde Genf vereinbart. Weil sich im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses kein solcher Wagen beim Verkäufer befand, wurde einer beim Importeur in Zürich bestellt. Bei der Überbringung von Zürich nach Genf erlitt der Wagen durch einen Unfall einen Schaden und konnte demzufolge nicht mehr als Neuwagen verkauft werden.⁶¹ Der Käufer verweigerte sowohl die Annahme der Kaufsache als auch die Bezahlung des Kaufpreises.

Das Bundesgericht hat in diesem Fall einen Versendungskauf verneint. Sowohl gesetzlich (siehe dazu Art. 74 Abs. 2 Ziff. 3 OR) als auch vertraglich ist der Erfüllungsort Genf. Das Bundesgericht bejahte in casu ein Vorliegen besonderer Verhältnisse i.S.v. Art. 185 Abs. 1 und 2 OR.⁶² Der Verkäufer trug damit die Preisgefahr.

⁵⁶ Vgl. CORTESI, S. 112 f; BSK-KOLLER, Art. 185 N 39.

⁵⁷ Vgl. HONSELL, S. 51 f; BSK-KOLLER, Art. 185 N 39.

⁵⁸ HONSELL, S. 52.

⁵⁹ Vgl. KOLLER/SCHWANDER, S. 414.

⁶⁰ BGE 84 II 158.

⁶¹ Vgl. BGE 84 II 158, E. 2 S. 163.

⁶² Vgl. BGE 84 II 158, E. 1a S. 161.

Keine eigentliche Vereinbarung über den Erfüllungsort stellen die Franco-Klauseln dar. Franco-Klauseln sind eine Vereinbarung über die Transportkosten, nicht über die Gefahrtragung.⁶³

4.2.2 *Incoterms*

Im internationalen Handelsverkehr bilden häufig die sog. International Commercial Terms (Incoterms) der Internationalen Handelskammer eine besondere Verabredung. Neben den Transport- und Versicherungskosten regeln sie auch die Gefahrtragung abweichend zu Art. 185 OR.⁶⁴ Die geläufigsten unter ihnen sind wohl die CIF- oder die FOB-Klausel. "FOB (free on board) bedeutet, dass der Verkäufer Kosten und Gefahr trägt, bis die Ware die Schiffsreling überschritten hat."⁶⁵

§ 5 Zusammenfassung

Die Gefahrtragung nach Art. 185 OR regelt die Preisgefahr. Sie beantwortet die Frage, welche Partei für die Bezahlung der Kaufsache eintreten muss, wenn diese durch einen Zufall nach Vertragsabschluss und vor Vertragserfüllung untergeht bzw. sich verschlechtert. Eine Problemantik dieser Regelung liegt darin, dass sie dem breiten Publikum relativ unbekannt ist. Kommt sie wegen fehlender vertraglicher Vereinbarung zur Anwendung, wird die Rechtsfolge häufig als missbilligend aufgefasst, da es gegen das allgemeine Rechtsempfinden verstösst, für etwas zu bezahlen, was nicht mehr existiert bzw. sich nicht mehr in einem vertragskonformen Zustand befindet.

Die Grundregel in Art. 185 Abs. 1 OR ist römisch-rechtlich beeinflusst. Sie wurde damals für den Barkauf auf Marktplätzen geschaffen. Heute stellt der Barkauf - von den alltäglichen Rechtsgeschäften abgesehen - nicht mehr das dominanteste Rechtsgeschäft dar.⁶⁶ Einige halten es für angebracht, die Norm an unsere heutige Zeit mittels Revision anzupassen.⁶⁷ Relativierend ist dazu zu sagen, dass das Gesetz selber Sonderbestimmungen enthält. Da es sich bei Art. 185 OR um eine dispositive Regelung handelt, bleibt es den Parteien frei, eine andere als die gesetzliche Gefahrtragung zu vereinbaren. Überdies versucht die Rechtsprechung mit einer restriktiven Anwendung der Grundregel und mit einer weit gefassten Auslegung ihrer Ausnahmen die "Strenge" dieser Norm zu mildern.

Nach meiner Auffassung bereitet der genaue Zeitpunkt des Gefahrenübergangs die grösste Schwierigkeit. Gerade bei Verträgen unter Abwesenden ist dieser Zeitpunkt schwer zu ermitteln.

⁶³ Vgl. HONSELL, S. 53; BSK-KOLLER, Art. 185 N 43.

⁶⁴ Vgl. CORTESI, S. 8; HONSELL, S. 53.

⁶⁵ HONSELL, S. 53; ausführlich zur Bedeutung der CIF-Klausel BGE 122 III 106, E. 4 S. 107 f.

⁶⁶ Vgl. KOLLER/SCHWANDER, S. 421.

⁶⁷ Vgl. CORTESI, S. 175 ff.

§ 6 Selbstständigkeitserklärung

"Ich erkläre hiermit, dass ich diese Arbeit selbstständig verfasst und keine anderen als die angegebenen Quellen benutzt habe. Alle Stellen, die wörtlich oder sinngemäss aus Quellen entnommen wurden, habe ich als solche gekennzeichnet. Mir ist bekannt, dass andernfalls die Arbeit mit der Note 1 bewertet wird und der Senat gemäss Artikel 36 Absatz 1 Buchstabe o des Gesetzes über die Universität vom 5. September 1996 und Artikel 20 des Universitätsstatus vom 17. Dezember 1997 zum Entzug des aufgrund dieser Arbeit verliehenen Titels berechtigt ist."⁶⁸

Ort, Datum, Unterschrift

⁶⁸ Art. 44 Abs. 2 des Reglements über den Studiengang und die Prüfungen an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern vom 24. April 2003 (Studienreglement RW [RSP RW]).