

JAAC 51.45

Bundesamt für Justiz, 23. April 1986

Droits réels et droit des obligations. Vente (avec tradition) d'une jument pleine que l'acheteur rend au vendeur, après trois mois, avec son poulain, au motif qu'une boiterie la rend inutilisable. Rapports de propriété au moment de la naissance du poulain. Transfert de la propriété à l'acheteur, en l'absence d'une erreur essentielle et d'un droit à réhabilitation ou à résiliation du contrat.

Sachen- und Obligationenrecht. Verkauf (mit Übergabe) einer trächtigen Stute, die der Käufer nach drei Monaten samt Fohlen dem Verkäufer zurückgibt, weil sie wegen Lahmens unbrauchbar sei. Eigentumsverhältnisse im Zeitpunkt der Geburt des Fohlens. Eigentumsübergang auf den Käufer, mangels Grundlagenirrtums, Wandlungsanspruchs oder Möglichkeit des Rücktritts vom Vertrag.

Diritti reali e diritto delle obbligazioni. Vendita (con trasferimento) di una giumenta gravida che l'acquirente rende al venditore, dopo tre mesi, insieme al suo puledro perchè essendo zoppa, sarebbe inutilizzabile. Rapporti di proprietà al momento della nascita del puledro. Trasferimento della proprietà all'acquirente, in mancanza di errore essenziale, diritto redibitorio o possibilità di recedere dal contratto.

A verkaufte am 2. Februar 1980 eine trächtige Stute an B. Am 10. Februar 1980 meldete dieser dem Verkäufer, die Stute schone hinten links, weshalb er sie zurückgeben möchte. Darauf untersuchte ein Tierarzt die Stute, diagnostizierte einen Ballenabszess und operierte das Tier am 14. Februar 1980. Am 25. Februar 1980 gebar die Stute einen Hengst. Der Abszess heilte aus, so dass die Stute Mitte April 1980 beschlagen werden konnte.

Am 5. Mai 1980 teilte B dem Verkäufer A mit, dass die Stute jetzt vorne lahme und somit für seinen Gebrauch nicht mehr in Frage komme. Daraufhin holte A die Stute samt Fohlen beim Käufer ab, zahlte den Kaufpreis, die Transportkosten und weitere Auslagen zurück.

Es fragte sich, wer Eigentümer der Stute im Zeitpunkt der Geburt des Hengstfohlens war.

1. Das Eigentum an einer beweglichen Sache geht grundsätzlich mit der Übertragung des Besitzes über (vgl. statt vieler *Liver Peter*, Das Eigentum, in: Schweizerisches Privatrecht V/l, Basel/Stuttgart 1977, S. 315).

Da aber nach bundesgerichtlicher Praxis die Tradition kausal ist, also eines gültigen Rechtsgrundes bedarf (vgl. BGE 55 II 306 ff., bestätigt in BGE 72 II 240, BGE 78 II 210, [BGE 84 III 154](#) und [BGE 93 II 375](#) ff.), stellt sich die Frage, ob und gegebenenfalls wie das «Dahinfallen» des Verpflichtungsgeschäftes Einfluss auf das Verfügungsgeschäft und somit auf die Eigentumszuständigkeit hat.

2. Im vorliegenden Fall hat der Käufer dem Verkäufer Stute und Fohlen zurückgegeben und von diesem den Kaufpreis, die Transportkosten und die weiteren Auslagen erhalten. Dies kann aufgefasst werden als Rückabwicklung des Kaufes infolge Willensmangels (Art. 23 ff. OR), Wandelung (Art. 197 ff. OR) oder infolge Rücktritts (Art. 97 ff. OR) oder als Erfüllung eines neuen Vertrags, mit dem die Wirkungen des ursprünglichen Kaufs rückgängig gemacht werden sollen.

A. Willensmängel

3. Was die Willensmängel betrifft, scheidet der Tatbestand der Furchterregung von vornherein aus. Die Schilderung des Sachverhalts erlaubt es auch, das Vorliegen einer absichtlichen Täuschung zu verneinen; denn es besteht kein Anhaltspunkt dafür, dass der Verkäufer dem Käufer einen Mangel der Stute absichtlich verschwiegen oder deren nicht vorhandene positive Eigenschaften arglistig vorgespiegelt hätte (vgl. zur Problematik *Giger Hans*, Berner Kommentar zum ZGB, Bd. VI/2/1/1 [Art. 184-215 OR], Bern 1979, Art. 202 N 11).

Es bleibt somit einzig zu prüfen, ob sich der Käufer auf *Grundlagenirrtum* berufen kann.

Das Bundesgericht gewährt dem Käufer von Vieh im Sinne des Art. 198 OR - anders als dem Käufer anderer beweglicher Sachen; vgl. [BGE 106 II 34](#) - keinen Anspruch auf Vertragsanfechtung wegen Grundlagenirrtums, sondern nur die Ansprüche aus Sachgewährleistung, weil sonst die strengen Vorschriften der Art. 198 und 202 OR umgangen und wirkungslos würden und ihr Hauptzweck, der Schutz des Verkäufers, vereitelt würde (vgl. BGE 70 II 48).

Diese Praxis des Bundesgerichts hat in der Lehre zunächst Zustimmung gefunden (vgl. *Gygi Fritz*, Rechtsanwendung auf dem Gebiete des Viehwährschaftsrechtes, in: Zeitschrift des bernischen Juristenvereins [ZbJV] 1951, S.364 ff.; *Liver Peter*, Besonderheiten des Viehkaufs, in: Festschrift Theo Guhl, Zürich 1950, S.135 f.; vgl. auch *Cavin Pierre*, Kauf, Tausch und Schenkung, in: Schweizerisches Privatrecht VII/1, Basel/Stuttgart 1977, S.121, der die bundesgerichtliche Praxis auf die anderen beweglichen Sachen ausdehnen möchte), wurde aber später kritisiert (vgl. Giger, a.a.O., Vorbemerkungen zu Art. 197-210 N 66 f., Art. 198 N 30f.; *Keller Max / Lörtscher Thomas*, Kaufrecht, Zürich 1980, S.98). Mit diesen Kritiken hat sich das Bundesgericht in einem neueren Entscheid auseinandergesetzt, in welchem es seine Rechtsprechung bestätigt hat (vgl. Praxis ([Pra] 1985 514). Diese kann somit als massgebend betrachtet werden.

Es folgt daraus, dass sich der Käufer der Stute nicht auf Art. 23 ff. OR berufen konnte. Die Geltendmachung eines Grundlagenirrtums konnte keinen Einfluss auf den Kaufvertrag, infolgedessen auch nicht auf die Tradition der Stute haben. Unter diesem Gesichtspunkt ist der Käufer nach der Übergabe der Stute, insbesondere im Zeitpunkt der Geburt des Fohlens, Eigentümer der Stute gewesen.

B. Wandelung

4. In bezug auf die Wandelung findet beim Viehkauf die Sondervorschrift des Art. 198 OR Anwendung.

Da im konkreten Fall eine absichtliche Täuschung des Käufers durch den Verkäufer zu verneinen ist (vgl. oben, Ziff. 3), haftet der Verkäufer dem Käufer gemäss Art. 198 OR nur dann, wenn er diesem schriftlich Gewährleistung zugesichert hat.

Das Bundesgericht hat sich im Jahre 1944 für die strikte Anwendung dieser Bestimmung ausgesprochen, und dies unter Berufung auf den Zweck der Norm und im vollen Bewusstsein über die Härte, welche die Regelung für den Käufer haben kann, und über die Tatsache, dass die schriftliche Gewährleistung im Viehhandel nicht üblich ist (vgl. BGE 70 II 51 f.).

Diese Praxis ist 1955 und 1985 bestätigt worden (vgl. Pra 1985 513 E. 2 mit dem Hinweis auf den unveröffentlichten Entscheid von 1955).

Die gesetzliche Regelung der Viehwährschaft - nicht aber die bundesgerichtliche Praxis dazu; vgl. Pra 1985 513 E. 2 - ist als sozialpolitisch verfehlt (vgl. Giger, a.a.O., Art.198 N 11; vgl. auch Liver, Besonderheiten, S.121 ff.) und als krasseste Missachtung der Vertragstreue (vgl. Liver Peter, Berner Kommentar zum ZGB, Einleitungsband, Bern 1966, Eint. N 112) kritisiert worden. Das Bundesgericht hat jedoch hervorgehoben, dass ein Gericht die gesetzliche Regelung und ihren Zweck nicht ignorieren und keinen Entscheid treffen darf, der ihr Bedeutung und Tragweite entziehen würde (BGE 70 II 52).

Dieser Auffassung ist zuzustimmen - unter Vorbehalt der Annahme einer unechten Lücke in einem konkreten Fall und deren Füllung über Art. 2 ZGB - weshalb geschlossen werden darf, dass der Käufer der Stute sich wegen der fehlenden schriftlichen Zusicherung nicht auf Art. 202 OR berufen konnte.

Die Geltendmachung eines Wandelungsanspruchs konnte keinen Einfluss auf den Kaufvertrag, somit auch nicht auf die Tradition der Stute haben. Auch unter diesem Gesichtspunkt stand das Eigentum an der Stute im Zeitpunkt der Geburt des Fohlens dem Käufer zu.

5. Im neusten Entscheid hat das Bundesgericht die Viehwährschaft des Verkäufers mangels schriftlicher Zusicherung auch deshalb verneint, weil der Käufer gewerbsmässig Vieh kaufte und ihm die nötige Aufmerksamkeit bei der Beachtung gesetzlicher Formvorschriften ohne weiteres zuzumuten war (Pra 1985 513 E. 2).

Es ist deshalb im konkreten Fall, wo der Käufer keinen gewerbsmässigen Pferdehandel betreibt, zu prüfen, ob der Käufer Anspruch auf Wandelung hat, wenn die Zusicherung mündlich erfolgt ist oder wenn es sich - wie wohl im vorliegenden Fall - um eine vorausgesetzte Eigenschaft (Art. 197 Abs. 1 OR) handelt. Zu dieser Prüfung gibt auch die Tatsache Anlass, dass sich die schriftliche Gewährleistung im Pferdehandel nicht eingelebt hat, sondern per Handschlag vereinbart wird, das Pferd sei «gesund und recht» (Auskunft des Eidg. Gestüts in Avenches).

a. Gemäss Art. 202 Abs. 1 OR und Art. 3 der V vom 14. November 1911 betreffend das Verfahren bei der Gewährleistung im Viehhandel (SR 221.211.22) hat der Käufer beim Auftreten von Mängeln dem Verkäufer den Mangel innert neun Tagen seit Übergabe der Sache anzuzeigen und innert der gleichen Frist bei der zuständigen Behörde die Untersuchung des Tieres durch einen Sachverständigen zu verlangen.

b. Diesen formellen Voraussetzungen hat der Käufer im vorliegenden Fall zweifellos genüge getan, als er dem Verkäufer zum ersten Mal meldete, dass die Stute lahme. In der Folge einigten sich die Parteien, dass die Stute operiert wird, und die Operation fand am 14. Februar 1980 statt. Am 5. Mai teilte der Käufer dem Verkäufer erneut mit, die Stute lahme, diesmal aber vorne.

Dieser zweite Mangel kann keinen Zusammenhang mit dem operierten Ballenabszess haben; hingegen besteht durchaus die Möglichkeit, dass diese Lahmheit vorne bereits bei der Ablieferung der Stute latent vorhanden war (Auskunft vom Bundesamt für Militärveterinärmedizin).

Beim zweiten Mangel handelt es sich also um einen versteckten Mangel. Für solche Mängel gilt aber die gesetzliche Rügefrist von neun Tagen (vgl. Giger, a. a. O., Art. 202 N 11; Keller/Lörtscher, a.a.O., S. 98), so dass die zweite Mängelrüge als verspätet betrachtet werden muss.

Dieses Ergebnis mag streng erscheinen, zumal die Stute bis zum Beschlagen nicht und danach während ungefähr zwei Wochen nur beschränkt beritten werden konnte. Dennoch ist zu bedenken, dass sich die Frist von neun Tagen in der Praxis eingelebt hat und dass danach gelebt wird.

Dem Käufer stand insofern bezüglich des zweiten Mangels kein gesetzlicher Wandelungsanspruch zu. Somit war der Käufer Eigentümer der Stute im Zeitpunkt des Abfohlens (vgl. oben, Ziff. 4 am Ende).

c. Da der zweite Mangel in keinem Zusammenhang mit der Operation der Stute steht, ist nicht zu prüfen, ob der Käufer einen *gesetzlichen* Anspruch auf Nachbesserung hatte - ein solcher Anspruch wird in der Rechtsprechung

anscheinend verneint; in der Lehre gehen die Meinungen auseinander (vgl. Giger, a. a.O., Art. 205 N 33 ff. mit Hinweisen) - und welche Folgen eine Schlechterfüllung der entsprechenden Obligation des Verkäufers hätte.

d. Die Operation des Ballenabszesses, also die Nachbesserung der Kaufsache, kann aber auch von Käufer und Verkäufer *vereinbart* worden sein. Im Rahmen einer solchen Vereinbarung sind die Parteien befugt, die Folgen einer gescheiterten Nachbesserung frei zu regeln (erneute Nachbesserung, Rückgabe der Leistungen, Schadenersatz). In einer solchen Vereinbarung sehen wir jedoch - wenigstens mangels abweichender Abrede - einen Verzicht auf den *gesetzlichen* Wandelungsanspruch des Käufers. Dies bedeutet insbesondere, dass eine allfällige Rückgängigmachung des Kaufs infolge Nichterfüllung des Nachbesserungsvertrags (und nicht des Kaufvertrags!) keinen Einfluss auf die Eigentumszuständigkeit hat (falls man einen solchen Einfluss in der Wandelung überhaupt bejahen will; vgl. unten, Ziff. 6 a. cc.).

Dies hat im konkreten Fall zur Folge, dass der Käufer, da ihm kein Wandelungsanspruch zustand, Eigentümer der Stute im Zeitpunkt der Geburt des Fohlens war (vgl. oben Ziff. 4 am Ende).

6. Teilt man diese Auffassung nicht und gewährt man dem Käufer einen Wandelungsanspruch nach der Nachbesserung, ist zu prüfen, welche Wirkung die Wandelung auf das Eigentum an der Kaufsache hat. Diese Frage ist wohl nie gerichtlich beantwortet worden; in der Lehre gehen die Meinungen auseinander.

a. Die *herrschende Lehre* sieht in der Wandelung eine Auflösung des Kaufvertrags mit Wirkung *ex tunc* (vgl. *Bucher Eugen*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1979, S. 336, Anm. 177; Giger, a.a.O., Art. 205 N 15, Art. 208 N 6). Wie sich die Wandelung auf das Eigentum auswirkt, wird selbst unter den Vertretern dieser Auffassung unterschiedlich beantwortet:

aa. Die herrschende Lehre (vgl. *Bucher*, a.a.O., S. 338, Anm. 181 und *Giger*, a.a.O., Art. 208 N 8, beide mit Hinweisen) geht davon aus, dass der Käufer nach der Wandelung Eigentümer bleibt, so dass der Verkäufer einen obligatorischen Anspruch auf Rückgabe der Sache hat, und zwar aus ungerechtfertigter Bereicherung.

Nach dieser Lehre wäre der Käufer bis zur Rückgabe der Stute, also auch im Zeitpunkt der Geburt des Fohlens, Eigentümer der Stute gewesen.

bb. Nach anderen Autoren fällt das Eigentum mit der Wandelung ohne Besitzübertragung an den Verkäufer zurück; diesem steht eine Vindikationsklage zu (vgl. *Simonius August*, Der Kauf als Mittel der Übertragung und der Verletzung des Eigentums, in: *Festschrift Theo Guhl*, Zürich 1950, S. 49; so wohl auch *Giger*, a.a.O., Art. 208 N 9).

Nach dieser Lehre wäre der Käufer bis zur Wandelung, also insbesondere im Zeitpunkt der Geburt des Fohlens, Eigentümer der Stute gewesen.

cc. Nach anderen Autoren schliesslich bewirkt die Wandelung das Dahinfallen des Kaufs und der Tradition, mit der Folge, dass der Verkäufer immer Eigentümer geblieben und der Käufer es nie gewesen ist (vgl. *Cavin*, a.a.O., S. 97; *Keller/Lörtscher*, a.a.O., S. 12 und 72; vgl. auch, allerdings ohne ausdrücklichen Bezug auf die Wandelung, *Liver*, Eigentum, S. 320).

Nach dieser Lehre wäre der Käufer, da eine Wandelung erfolgte, nie, also auch nicht im Zeitpunkt der Geburt des Fohlens, Eigentümer der Stute gewesen.

Diese Meinung ist jedoch entschieden abzulehnen: Zum einen widerspricht sie der Tatsache, dass der Käufer die Sache, selbst wenn diese Mängel aufweist, als Eigentum betrachtet und dass der Verkäufer, der für eine gewisse Zeit vom Mangel nicht einmal weiss, nach Übergabe der Sache diese als fremde betrachtet.

Zum zweiten ist diese Theorie kaum praktikabel, wie übrigens diese Stellungnahme zeigt: Es geht im praktischen Leben einfach nicht an, wenn eine Person, um zu wissen, ob sie Eigentümerin einer Sache ist, abwarten muss, ob ein ungewisses Ereignis eintritt und wie dieses juristisch aufzufassen ist.

b. Eine *neure Doktrin* lehnt die Vernichtung *ex tunc* eines bestehenden, wenn auch gestörten, Schuldverhältnisses ab und tritt für eine Umgestaltung des Vertragsinhalts (*ex nunc*) ein: Der Vertrag wird in ein «Abwicklungsverhältnis» eigener Art umgewandelt, das durch vertragliche Pflichten (Wiederherstellung des früheren Zustandes) gekennzeichnet ist (vgl. Bucher, a.a.O., S. 337 und Anm. 178 ff. für den Rücktritt vom Vertrag; dies soll aber auch für die funktionsgleiche Wandelung - vgl. a.a.O., S. 336 Anm. 177 - gelten).

Nach dieser Lehre hat die Wandelung an sich keinen Einfluss auf die Eigentumszuständigkeit; denn der Käufer ist mit der Tradition Eigentümer geworden und bleibt es, bis er die Sache in Erfüllung des Abwicklungsvertrags zurückgibt.

Im konkreten Fall wäre infolgedessen der Käufer Eigentümer der Stute im Zeitpunkt der Geburt des Fohlens gewesen.

C. Rücktritt

7. Die Rechtsbehelfe aus *nicht gehöriger Vertragserfüllung* Art. 97 ff. OR) stehen dem Käufer nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung beim Viehkauf neben den Rechtsbehelfen aus Sachgewährleistung nur dann zu, wenn die Voraussetzungen der Art. 202 und 210 OR erfüllt sind und eine schriftliche Zusicherung abgegeben worden ist (vgl. Giger, a.a.O., Art. 198 N 28, mit Hinweisen).

Es kann somit hinsichtlich der Voraussetzungen der Viehwährschaft wie auch der Folgen der Wandelung auf die obigen Ausführungen (vgl. Ziff. 4) verwiesen werden.

Eine neuere Lehre verlangt die kumulative Anwendung der Rechtsbehelfe aus nicht gehöriger Erfüllung und aus Viehwährschaft, selbst wenn die Voraussetzungen der Art. 198, 202 und 210 OR nicht vorliegen (vgl. Giger, a.a.O., Art.198 N 28, Keller/Lörtscher, a.a.O., S. 98).

Stimmt man dieser Meinung zu, so gelten in bezug auf die Wirkung des Rücktritts vom Vertrag auf die Eigentumszuständigkeit die obigen Überlegungen (vgl. Ziff. 5 und 6), auf die verwiesen werden kann.

D. Neuer Vertrag

8. Die letzte zu prüfende Möglichkeit ist diejenige des *Abschlusses eines Vertrags zwischen Käufer und Verkäufer*, mit dem die Wirkungen des Kaufs rückgängig gemacht werden sollen.

Ein solcher Vertrag setzt aber voraus, soll er überhaupt einen Sinn haben und erfüllt werden können, dass der Verkäufer im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht Eigentümer der Sache ist und dass diese im Eigentum des Käufers steht. Dies bedeutet, dass der Abschluss des Vertrags keinen Einfluss auf die Eigentumszuständigkeit haben kann.

Bei Annahme dieser Variante war somit der Käufer vom Zeitpunkt der Tradition an und bis zum Zeitpunkt der Rückgabe der Stute, also auch als diese das Fohlen warf, Eigentümer der Stute.

9. Zusammenfassend steht fest, dass bei allen möglichen Varianten - mit einer einzigen abzulehnenden Ausnahme (vgl. oben Ziff. 6 a. cc.) - der Käufer der Stute deren Eigentümer im Zeitpunkt der Geburt des Fohlens war.

Die Frage hatte sich für die Anwendung des Begriffs des Züchters gemäss der V vom 4. November 1960 über die Pferde- und Maultierzucht (AS 1960 1281 ff.) und Art. 18 Abs. 3 der Pferdezuchtverordnung vom 12. November 1980 (SR 916.320) im Hinblick auf die Ausstellung eines Abstammungsscheines gestellt. Das mit der Angelegenheit befasste Bundesgericht beurteilte jedoch, dass für diese Ausstellung nicht auf die oben geschilderten zivilrechtlichen Verhältnisse, sondern auf die wahre Interessenlage der Beteiligten in solchen Ausnahmefällen abzustellen sei, wo leicht dargelegt werden kann, dass der Eigentümer der Stute zum massgebenden Zeitpunkt bloss deren provisorischer Besitzer war (Urteil vom 21. November 1986).

JAAC 51.45 - Bundesamt für Justiz, 23. April 1986

In	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden
Dans	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
In	Giurisprudenza delle autorità amministrative della Confederazione
Jahr	1987
Année	
Anno	
Band	51
Volume	
Volume	
Seite	---
Page	
Pagina	
Ref. No	150 000 464

Das Dokument wurde durch das Schweizerische Bundesarchiv und die Bundeskanzlei konvertiert.

Le document a été digitalisé par les Archives Fédérales Suisses et la Chancellerie fédérale.

Il documento è stato convertito dall'Archivio federale svizzero e della Cancelleria federale.