

Bemerkungen zur Haftung nach Art. 208 Abs. 2 OR

ALFRED KOLLER

EUGEN BUCHER, der mit der vorliegenden Festschrift geehrt wird, hat die bundesgerichtliche Rechtsprechung in vielerlei Hinsicht massgeblich beeinflusst. Wo das Bundesgericht BUCHER nicht gefolgt ist, geschah dies wohl nicht immer zu Recht. So verdient m.E. BUCHERS Auslegung von Art. 208 Abs. 2 OR¹ den Vorzug vor der Auslegung, welche das Bundesgericht neuerdings vertritt (BGE 133 III 257). Im Folgenden sei dies erläutert:

1. **Einleitung.** Wird ein Kaufvertrag gewandelt, so haftet der Verkäufer nach Art. 208 Abs. 2 OR verschuldensunabhängig für den Schaden, «der dem Käufer durch die Lieferung fehlerhafter Ware unmittelbar verursacht worden ist». Welche Schäden unter diese Kausalhaftung fallen, ist seit jeher umstritten. Neuerdings hat das Bundesgericht in Abweichung von seiner früheren Praxis (BGE 79 II 376) entschieden, die Haftung erfasse auch sog. Mangelfolgeschaden, nämlich Schaden, der «nicht die Sache selbst, sondern andere Rechtsgüter des Käufers» betrifft (BGE 133 III 257, 266). In diesem Entscheid ging es – wie inzwischen allseits bekannt sein dürfte – um den Verkauf von sechs Mülleramazonen-Papageien, von denen zumindest einer mit dem Pacheco-Virus infiziert war. Nach ihrer Installation beim Käufer erkrankten und verendeten die sechs Papageien. Das gleiche Schicksal traf fast den ganzen weiteren Vogelbestand des Käufers. Dieser erklärte in der Folge die Wandelung und verlangte nebst der Rückerstattung des Kaufpreises Ersatz seines Schadens im Umfang von nahezu 2 Mio. Fr. Da den Verkäufer kein Verschulden traf, kam es darauf an, ob die Kausalhaftung von Art. 208 Abs. 2 OR auch Mangelfolgeschäden erfasst. Das Bundesgericht hat dies bejaht und den Schadenersatzanspruch des Käufers für begründet erachtet. M.E. hätte gegenteilig entschieden werden müssen². Denn die Haftung aus Art. 208

¹ Zu BUCHERS Auffassung s. im Text sowie Anm. 6 und 15. Dass ich BUCHERS Auffassung zustimme, habe ich andernorts schon eingehend dargelegt (Der Papageien-Fall – Ein alternativer Lösungsvorschlag zu BGE 133 III 257, in: KOLLER ALFRED [Hrsg.], Leistungsstörungen – Nicht- und Schlechterfüllung von Verträgen, St. Gallen 2008, S. 1-13).

² Ebenso HONSELL HEINRICH, Der Mangelfolgeschaden beim Kauf – der Papageienfall des Bundesgerichts, recht 2007, S. 154 ff.; KELLER ROLAND, Abgrenzung unmittelbarer und mittelbarer Schaden nach Art. 208 Abs. 2 und 3 OR, AJP 2007, S. 780 ff. Demgegenüber stimmt ZELLWEGER-GUTKNECHT CORINNE dem Entscheid zu, wenn auch nicht in der Begründung, so doch im Ergebnis (Gewährleistung, Mangelfolgeschaden und Verjährung, ZBJV 2007, S. 763 ff.; Die Gewähr: Risikoverantwortlichkeit als Anspruchsgrund zwischen Verschuldenshaftung und Gefahrtragung, Diss. Bern 2007).

Abs. 2 OR beschränkt sich nach der hier vertretenen Ansicht auf das negative Vertragsinteresse, und auch dieses ist nicht in umfassender Weise zu ersetzen (s. unten Ziff. 3).

2. Art. 208 Abs. 2 OR im Überblick. Nach Art. 208 Abs. 2 OR hat der Verkäufer im Falle der Wandelung den gezahlten Kaufpreis samt Zinsen zurückzuerstatten. Überdies hat er, «entsprechend den Vorschriften über die vollständige Entwehrung, die Prozesskosten, die Verwendungen und den Schaden zu ersetzen, der dem Käufer durch die Lieferung fehlerhafter Ware unmittelbar verursacht worden ist».

Mit den Prozesskosten sind Kosten eines Prozesses gemeint, «den der Käufer gegen einen Dritten zu führen gezwungen war, an den er weiterverkauft hat»³, also Kosten, welche dem Käufer daraus entstanden sind, dass er mit einem Abnehmer in einen Wandelungsprozess verwickelt wurde. Mit den Verwendungen sind Verwendungen gemeint, welche der Käufer auf die Sache gemacht hat und welche wegen der Wandelung und der damit verbundenen Rückgabe der Sache nutzlos geworden sind.

Sowohl die Prozesskosten als auch die Verwendungen bilden Schaden, der dem Käufer durch die Lieferung fehlerhafter Ware unmittelbar verursacht worden ist. Art. 208 Abs. 2 OR ist daher wie folgt zu lesen:

Der Verkäufer hat den gezahlten Verkaufspreis samt Zinsen zurückzuerstatten und überdies, entsprechend den Vorschriften über die vollständige Entwehrung, die Prozesskosten, die Verwendungen und den *sonstigen* Schaden zu ersetzen, der dem Käufer durch die Lieferung fehlerhafter Ware unmittelbar verursacht worden ist.

Der nach Art. 208 Abs. 2 OR ersatzfähige Schaden ist also nicht etwas von den Prozesskosten und den Verwendungen Verschiedenes, vielmehr ist es ein Oberbegriff, der die Prozesskosten und die Verwendungen als mögliche Bestandteile umfasst⁴. Wollte man wörtlich interpretieren, so würde Art. 208 Abs. 2 OR einen anderen Schadensbegriff verwenden als Art. 195 Abs. 1 OR. Hier ist nämlich für den Fall der Entwehrung vorgesehen, dass der Käufer die Kosten eines Entwehrungsprozesses und nutzlos gewordene Verwendungen sowie *sonstigen* durch die Entwehrung unmittelbar verursachten Schaden ersetzt verlangen kann. Von unterschiedlichen Schadensbegriffen auszugehen, je nachdem, ob der Vertrag zufolge Wandelung oder Entwehrung dahingefallen ist, lässt sich sachlich nicht rechtfertigen. Zudem verweist ja Art. 208 Abs. 2 OR ausdrücklich auf die einschlägigen Vorschriften bei der Entwehrung. Die hier vertretene Ansicht wird noch

³ CAVIN PIERRE, SPR VII/1, S. 100.

⁴ Anders freilich das Bundesgericht in BGE 133 III 257 E. 2.5.3. Dazu die zutreffende Kritik von HONSELL, zit. Anm. 2, S. 156.

durch ein historisches Argument gestützt: Art. 253 aOR, die Vorgängerbestimmung von Art. 208 OR, sah eine Haftung für Prozesskosten und Verwendungen nicht ausdrücklich vor, vielmehr war lediglich eine Haftung für den unmittelbar durch die Lieferung der fehlerhaften Sache verursachten Schaden vorgesehen. Dieser erfasste unstreitig auch Verwendungen und Prozesskosten i.S.v. Art. 208 Abs. 2 OR⁵.

3. Im Folgenden ist zu klären, was mit dem **Schaden** gemeint ist, «**der dem Käufer durch die Lieferung fehlerhafter Ware unmittelbar verursacht worden ist**». Bei der Interpretation dieser Wendung hat man sich an Art. 195 Abs. 1 Ziff. 4 OR anzulehnen, denn Art. 208 Abs. 2 OR verweist ja, wie bereits gesehen, auf die Bestimmungen über die vollständige Entwehrung. Nach Art. 195 Abs. 1 Ziff. 4 OR ist der Schaden zu ersetzen, der dem Käufer «durch die Entwehrung unmittelbar» verursacht worden ist. Dementsprechend ist in Art. 208 Abs. 2 OR jener Schaden gemeint, der dem Käufer durch die *Wandelung* unmittelbar entstanden ist. Der Einfachheit halber bezeichne ich den durch Entwehrung bzw. Wandelung verursachten Schaden als Entwehrungs- bzw. Wandelungsschaden. Nachstehend ist vorab der Begriff des Entwehrungs- bzw. Wandelungsschadens zu klären, sodann ist zu klären, welcher (Entwehrungs- bzw. Wandelungs-)Schaden als *unmittelbar* verursacht gilt:

a) Unter dem **Entwehrungs- bzw. Wandelungsschaden** ist nach der hier vertretenen Ansicht der durch das Dahinfallen des Vertrages entstandene Schaden gemeint, also das negative Vertragsinteresse⁶. Dafür spricht vorab die Historie von Art. 195 Abs. 1 OR, denn in der Expertenkommission wollte man es bei einer Verweisung auf Art. 109 OR bewenden lassen⁷. «Es ergab sich aber, namentlich da in Art. 109 [OR] die Folgen des Rücktrittes ... so knapp umschrieben sind, die Wünschbarkeit einer etwas eingehenderen Regelung [Art. 195 Abs. 1 Ziff. 1-4 OR] im Anschluss an die bisherige Ordnung.»⁸ Gründe, Art. 195 Abs. 1 OR nicht historisch auszulegen, sind nicht ersichtlich. Im Gegenteil spricht für die hier vertretene Ansicht auch der Umstand,

⁵ S. z.B. SCHNEIDER/FICK, Kommentar zum aOR, 2. A. der grösseren Ausgabe, Zürich 1896, N 7 zu Art. 253.

⁶ In diesem Sinne schon OSER HUGO (Zürcher Kommentar, N 2 lit. d. zu Art. 195 OR und N 3 zu Art. 208 OR), der als erster das revidierte OR eingehend kommentiert hat; ferner etwa OSER/SCHÖNENBERGER, Zürcher Kommentar, N 7 zu Art. 195 OR und N 5 zu Art. 208 OR; RENNEFAHRT HERMANN, Schweizerisches Obligationenrecht, Zürich 1919, N 1 zu Art. 195 OR und N 2 zu Art. 208 OR; sowie BUCHER EUGEN, Obligationenrecht Besonderer Teil, Zürich 1988, S. 105.

⁷ Vgl. Protokoll vom 14. Oktober 1908, S. 6 ff., zit. nach OSER/SCHÖNENBERGER, Zürcher Kommentar, N 1 zu Art. 195 OR.

⁸ OSER/SCHÖNENBERGER, Zürcher Kommentar, N 1 zu Art. 195 OR.

dass das Gesetz bei der Minderung keine dem Art. 208 Abs. 2 OR entsprechende Kausalhaftung vorgesehen hat. Das lässt sich wohl nur damit erklären, dass bei der Minderung kein negatives Vertragsinteresse entsteht, da ja der Vertrag aufrechterhalten bleibt⁹. Schliesslich ist zu beachten, dass bei einem Forderungskauf die kausale Haftung des Verkäufers wegen Nichtbestands der Forderung auf das negative Vertragsinteresses beschränkt ist (Art. 173 Abs. 1 OR). Weshalb der Sachverkäufer im Falle der Wandelung strenger haften sollte, ist nicht einzusehen.

Zum negativen Vertragsinteresse gehören nebst den in Art. 195 und 208 Abs. 2 OR ausdrücklich erwähnten Schadensposten (Verwendungen und Prozesskosten) beispielsweise «die Auslagen, die der Vertragsabschluss verursacht hat, wie Bezahlung einer etwa zugezogenen Urkundsperson, die vom Käufer ausgelegten Kosten der Erfüllung (des Transportes der beweglichen Sache, der Eintragung des Grundstückes in das Grundbuch, des Unterhalts, von Reparaturen, der Fütterung von Tieren), gewisse Auslagen im Hinblick auf die Vertragsausführung usw.»¹⁰. Zum negativen Interesse kann auch ein Währungsverlust gehören (BGE 47 II 82 ff.¹¹).

Nicht zum negativen Vertragsinteresse gehört der Mangelfolgeschaden¹². Ist daher der Käufer in seinem Integritätsinteresse¹³ verletzt worden, so kann er den Verkäufer – entgegen BGE 133 III 257 – nicht nach Art. 208 Abs. 2 OR in Anspruch nehmen¹⁴. Zur Begründung sei erneut auf Art. 195 Abs. 1 Ziff. 4 OR hingewiesen: Findet eine Entwehrung statt, so entsteht naturgemäss kein Mangelfolgeschaden. Dieser kann daher in Art. 195 Abs. 1 Ziff. 4 OR nicht gemeint sein. Bei Art. 208 Abs. 2 OR kann es sich nicht anders verhalten (Näheres zum Ersatz des Mangelfolgeschadens s. unten Ziff. 4 lit. a und b).

⁹ S. aber auch unten Ziff. 4, lit. c.

¹⁰ OSER/SCHÖNENBERGER, Zürcher Kommentar, N 7 zu Art. 195 OR.

¹¹ In diesem Entscheid ging es um die Wandelung eines Kaufvertrags, bei dem der Kaufpreis in fremder Währung festgesetzt worden war. Zwischen Vertragsabschluss und Wandelung war die fremde Währung gegenüber dem Schweizer Fr. im Wert gesunken. Der Käufer konnte die Wertdifferenz gestützt auf Art. 208 Abs. 2 OR ersetzt verlangen.

¹² Dies gilt generell, s. KOLLER ALFRED, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bern 2006, Band II, § 54 Rn 149 und v.a. § 57 Rn 4 f. HONSELL HEINRICH, Basler Kommentar, N 9 f. zu Art. 208 OR, ist zwar der Ansicht, das negative Vertragsinteresse erfasse auch den Mangelfolgeschaden. Da er jedoch gleichzeitig die Subsumption des Mangelfolgeschadens unter Art. 208 Abs. 2 OR ablehnt, lehnt er die Auffassung, mit dem Wandelungsschaden sei das negative Vertragsinteresse gemeint, ab. Im Ergebnis aber vertritt HONSELL die hier vertretene Ansicht.

¹³ Mit dem Integritäts- oder Erhaltungsinteresse «wird das Interesse bezeichnet, das jemand unabhängig vom Vertrag an der Unverletzlichkeit seiner Rechte und Rechtsgüter hat» (KOLLER ALFRED, OR AT, zit. Anm. 12, § 46 Rn 19).

¹⁴ Gleich im Ergebnis, aber mit anderer Begründung (s. oben Anm. 12), HONSELL, Basler Kommentar, N 9 f. zu Art. 208 OR, und recht 2007, zit. Anm. 2, S. 156 ff.

b) Bleibt die Frage, wann von einem **unmittelbaren** Wandelungs- bzw. Entwehrungsschaden (negatives Vertragsinteresse) gesprochen werden kann. Art. 208 Abs. 2 OR erwähnt als Beispiele unmittelbaren Schadens nutzlos gewordene Verwendungen sowie Prozesskosten, also positive Schäden. Es liegt daher der Schluss nahe, dass sich die Haftung aus Art. 208 Abs. 2 OR auf positiven Schaden (*damnum emergens*) beschränkt (s. die Beispiele oben in lit. a). Ausgeschlossen von der Haftung ist daher ein Gewinn, den der Käufer deshalb nicht gemacht hat, weil er im Vertrauen auf den Bestand des Kaufvertrags ein anderes gewinnbringendes Geschäft nicht abgeschlossen hat¹⁵. Folgt man dieser Interpretation, so ist der unmittelbare Schaden i.S.v. Art. 195 Abs. 1 Ziff. 4 und 208 Abs. 2 OR anders zu verstehen als der unmittelbare Schaden i.S.v. Art. 241 und 253 aOR. Das aber ist vom Gesetzgeber so gewollt. Man muss sich Folgendes vor Augen halten:

Bei der Auslegung von Art. 241 und 253 aOR lehnte man sich an Art. 116 Abs. 1 aOR an. Diese Bestimmung sah vor, dass ein Schuldner bei gegebenen Haftungsvoraussetzungen jedenfalls den Schaden zu ersetzen hatte, der bei Eingehung des Vertrages als unmittelbare Folge der Nichterfüllung oder der nicht gehörigen Erfüllung vorausgesehen werden konnte. Traf den Schuldner ein schweres Verschulden, konnte nach Ermessen des Richters weitergehender Schadenersatz zugesprochen werden (Art. 116 Abs. 3 aOR). Nach Art. 116 Abs. 1 aOR kam sowohl Ersatz des positiven als auch des negativen Vertragsinteresses in Betracht, immer vorausgesetzt, dass die Schadensentstehung bei Vertragsabschluss vorausgesehen werden konnte. Unter dieser Voraussetzung waren auch Beeinträchtigungen des Integritätsinteresses ersatzfähig. Bei der Revision des OR ist das Adäquanzerfordernis an die Stelle des Vorhersehbarkeitserfordernisses getreten: Adäquat verursachter Schaden ist nach Art. 97 OR – bei sonst gegebenen Voraussetzungen – zu ersetzen, nicht adäquat verursachter nicht. In Art. 195 Abs. 1 Ziff. 4 und 208 Abs. 2 OR ist zwar die Unterscheidung unmittelbarer und mittelbarer Schaden beibehalten worden, jedoch hat man bewusst auf das Vorhersehbarkeitserfordernis verzichtet. Damit wollte man sich auch bewusst von Art. 241 und 253 aOR in der Lesart der damaligen Lehre und Rechtsprechung abkehren. Diese Bestimmungen sind daher ebenso wie Art. 116 aOR für die Auslegung der hier interessierenden Bestimmungen ohne Bedeutung¹⁶. Vielmehr sind Art. 195 Abs. 1 Ziff. 4 und 208 Abs. 2 OR «autonom» auszulegen. Die früheren Abgrenzungsschwierigkeiten in die beiden Bestimmungen hineinzuzinterpre-

¹⁵ So schon BUCHER, OR BT, zit. Anm. 6, S. 105, wohl auch HONSELL, Basler Kommentar, N 10 zu Art. 208 OR.

¹⁶ S. CAVIN, SPR VII/1, S. 101; OSER, Zürcher Kommentar, N 2 lit. d. zu Art. 195 OR und N 3 zu Art. 208 OR.

tieren, besteht kein Anlass¹⁷, ganz im Gegenteil: Durch die gegenüber Art 116 aOR veränderte Haftungskonzeption von Art. 97 OR sollten die alten Abgrenzungsschwierigkeiten vermieden werden. Das trifft auch hinsichtlich Art. 195 Abs. 1 Ziff. 4 und 208 Abs. 2 OR zu.

4. Ergänzungen. – a) Das Bundesgericht subsumiert Mangelfolgeschaden, wie gesagt, unter Art. 208 Abs. 2 OR. Es beruft sich auf den angeblich klaren Wortlaut von Art. 208 Abs. 2 OR und argumentiert, von einem klaren Wortlaut dürfe nur bei Vorliegen triftiger Gründe abgewichen werden¹⁸, solche aber seien nicht zu erkennen. Indes kann von einem klaren Wortlaut nicht gesprochen werden¹⁹, und zudem bestehen triftige Gründe, die Kausalhaftung von Art. 208 Abs. 2 OR nicht auch auf den Mangelfolgeschaden zu erstrecken. Einer dieser Gründe, der wichtigste, wurde bereits erwähnt (s. oben Ziff. 3). Auf weitere Gründe weist HONSELL²⁰ hin:

- Art. 208 Abs. 2 OR ordnet eine Kausalhaftung an und weicht damit vom allgemeinen Grundsatz der vertraglichen Haftung (Art. 97 OR) ab. Die Bestimmung ist daher einschränkend zu interpretieren (BGE 79 II 376 S. 380)²¹.
- Würde der Verkäufer kausal für Mangelfolgeschäden haften, wäre es nicht mehr erforderlich gewesen, eine verschuldensunabhängige Produkthaftung einzuführen (Art. 1 ff. PrHG). Mit anderen Worten: Indem der Gesetzgeber eine solche Haftung eingeführt hat, hat er mittelbar zum Ausdruck gebracht, dass der Verkäufer für Mangelfolgeschäden nicht kausal haftet.

b) Mangelfolgeschäden fallen grundsätzlich unter Art. 208 Abs. 3 OR. Soweit jedoch durch einen Mangel das Integritätsinteresse²² des Käufers verletzt wird, sollte Art. 97 OR angewendet werden. Denn es liegt diesfalls kein Ge-

¹⁷ A.A. BGE 133 III 257 E. 2.5.2 und MÜLLER-CHEN MARKUS, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich 2007, N 11 zu Art. 208. Dieser ist der Meinung, die hier vertretene Lösung sei zwar praktikabel, doch lasse sie die nötige Flexibilität vermissen. Flexibilität bedeutet jedoch auch Rechtsunsicherheit, und diese ist jedenfalls bei der Bestimmung der Haftungsvoraussetzungen unerwünscht, generell und auch hinsichtlich Art. 195 Abs. 1 Ziff. 4 und 208 Abs. 2 OR.

¹⁸ Nach bundesgerichtlicher Ansicht hat also der Gesetzeswortlaut gleichsam die Vermutung der Richtigkeit für sich. Dieser methodische Ansatzpunkt ist m.E. verfehlt, und er entspricht, soweit ersichtlich, auch nicht der übrigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung. Normalerweise wird der Wortlaut vielmehr als eines von verschiedenen Auslegungselementen betrachtet, mehr nicht.

¹⁹ HONSELL, recht 2007, zit. Anm. 2, S. 156.

²⁰ HONSELL, recht 2007, zit. Anm. 2, S. 157.

²¹ So auch CAVIN, SPR VII/1, S. 101; VENTURI SILVIO, Commentaire Romand, N 11 zu Art. 208 OR.

²² Zum Begriff des Integritätsinteresses s. oben Anm. 13.

währleistungstatbestand vor (vgl. Art. 248 Abs. 1 OR im Vergleich mit Art. 248 Abs. 2 OR), der Anwendungsbereich der Art. 197 ff. OR ist daher verlassen. Konsequenterweise hängt die Haftung nicht von der Einhaltung der Rückgeobliegenheit (Art. 201 OR) ab. Sind die Haftungsvoraussetzungen von Art. 97 OR erfüllt, sind es regelmässig auch jene von Art. 41 OR (s. BGE 64 II 254). Gegebenenfalls besteht Anspruchskonkurrenz.

c) Im Falle der Minderung findet Art. 208 Abs. 2 OR jedenfalls keine unmittelbare Anwendung. Umstritten ist, ob Art. 208 Abs. 2 OR analogiefähig ist²³. Das ist m.E. zu bejahen²⁴. Eine Analogie fällt jedoch nur ausnahmsweise in Betracht, dann nämlich, wenn dem Käufer wegen eines Mangels trotz Aufrechterhaltung des Vertrags Frustrationsschaden erwächst. Man denke sich als Beispiel den Fall, dass der Käufer eines Reitpferdes einen Sattel kauft, den er in der Folge nicht gebrauchen kann, weil sich das Pferd als nicht reitbar erweist. Die Auslagen für den Sattel stellen Frustrationsschaden dar und sind m.E. in Analogie zu Art. 208 Abs. 2 OR ersatzfähig.

²³ Zum Meinungsstand s. HONSELL, Basler Kommentar, N 7 zu Art. 208 OR.

²⁴ Ebenso VON BÜREN BRUNO, Schweizerisches Obligationenrecht: Besonderer Teil, Zürich 1972, S. 41; vgl. zur Thematik auch KOLLER THOMAS, Das fleckig gewordene Glas – Zur Alternativität der Ansprüche aus kaufrechtlicher Sachmängelgewährleistung und allgemeiner vertraglicher Haftung, AJP 2007, S. 1183 ff., S. 1188, m.w.H.