

OW_GERICHTE AbR 1980/81 Nr. 6 vom 5. Mai 1980

OW Obergericht, 1980-05-05, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ow_gerichte_AbR_1980_81 Nr. 6](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ow_gerichte_AbR_1980_81_Nr._6)

FR: OW_GERICHTE AbR 1980/81 Nr. 6 du 5 mai 1980

IT: OW_GERICHTE AbR 1980/81 Nr. 6 del 5 maggio 1980

Regeste

AbR 1980/81 Nr. 6, S. 35: Abgrenzung zwischen Kommissionvertrag, Kauf auf Probe/Besicht und Trödelvertrag (Erw. 1). Beinhaltet der Trödelvertrag eine Wahlobligation oder einen bedingten Kauf? Frage offen gelassen (Erw. 2). Urteil der Oberg

Erwägungen

E. 1

Zur Klärung der rechtlichen Natur des umstrittenen Vertragsverhältnisses darf nicht einfach auf den von den Parteien und im vorliegenden Fall vom Kläger gewählten Begriff "Konsignation" abgestellt werden, so wenig etwa von der Verwendung des Wortes "Kommission" auf das Vorliegen einer Verkaufskommission geschlossen werden dürfte (BGE 47 II 221). Im übrigen liesse die Verwendung des Wortes "Konsignation" ebenso auf einen Trödelvertrag schliessen (BGE 75 IV 13; 55 II 39; B. von Büren, OR II, 195 Anm. 313; SJZ 48, 226; Guhl/Merz/Kummer, OR 462). Massgebend ist vielmehr die tatsächliche Ausgestaltung des Verhältnisses, wie es sich aus dem Vertrag oder den Umständen ergibt, sowie Vorliegen oder Fehlen entscheidender Vertragsmerkmale. a) Für den Kommissionsvertrag typisch und zur Abgrenzung vom Trödelvertrag entscheidend ist, dass der Kommissionar auf fremde Rechnung handelt (BGE 69 I 115; 47 II 220; Meier-Hayoz, SJK, 680, IV 3; Oftinger, Der Trödelvertrag, Zürich 1937, 34 f.). Hiefür fehlen aber im vorliegenden Fall Anhaltspunkte. Die im Lieferschein enthaltenen Stückpreise sind in Ermangelung einer ausdrücklichen Vereinbarung nicht als für den Nehmer verbindlichen Verkaufspreis sondern als Ablössungssumme im Verhältnis Geber/Nehmer zu verstehen. Namentlich ist davon auszugehen, dass der Nehmer frei war, die Ware zu einem höheren als den im Lieferschein enthaltenen Preis zu verkaufen. Der Geber andererseits kann vom Nehmer mangels anderslautender Vereinbarung nur den zwischen ihnen vereinbarten Stückpreis nicht jedoch einen allfälligen höheren Verkaufserlös verlangen. Gegen die Annahme einer Verkaufskommission spricht auch das Fehlen einer hiefür kennzeichnenden Provisionsverabredung (BGE 47 II 220). Es kann deshalb der Annahme der Vorinstanz, es liege eine Verkaufskommission vor, nicht gefolgt werden. b) Der Kläger macht geltend, zwischen den Parteien sei ein Kauf auf Probe oder Besicht abgeschlossen worden (Art. 223 ff. OR). Die Tatsache allein, dass zwischen den Parteien zur Konsignation eine Frist vereinbart worden ist, spricht keineswegs für einen solchen Kauf und gegen die Annahme eines Trödelvertrages. Namentlich finden sich keine Hinweise, dass die "Konsignation bis zum 30.10.79" zum Zwecke vereinbart worden wäre, dem Nehmer Gelegenheit zu geben, die Ware zu prüfen, ob sie seinen Vorstellungen entspreche. Im Geschäftsverkehr nämlich ist es üblich, solche Warenlieferungen mit dem Zusatz "auf Probe", "zur Ansicht" oder dergleichen zu versehen. Indessen ist es bei Käufen auf Probe oder Besicht weder üblich noch notwendig, dem Interessenten mehr als einige Exemplare der gewünschten Ware zu

schicken. In der Regel genügt sogar ein Stück. Die Tatsache, dass der Geber im vorliegenden Fall dem Nehmer von den 10 Artikeln jeweils eine Anzahl zwischen 45 und 141 Stück schickte, spricht gegen die Annahme eines Kaufs auf Probe oder Besicht, hingegen für das Vorliegen eines Trödelvertrages. Entscheidend ist nun aber die Frage, ob der Trödler, da er die Ware innert Frist nicht zurückgegeben hat, Eigentümer derselben geworden ist und der Vertrödler für die gelieferte Ware eine Kaufpreisforderung hat.

E. 2

In BGE 47 II 22 hatte das Bundesgericht den Trödelvertrag als einen durch Nichtrückübergabe der Ware bedingten Kauf bezeichnet und war davon ausgegangen, dass der Kauf mit Fristablauf bedingungslos werde. Später hat es den Trödelvertrag als Vertrag *sui generis* bezeichnet, der die Ermächtigung des Trödlers zur Wahl beinhaltet, ob er sich durch Erstattung des vereinbarten Schätzungspreises oder durch Rückgabe der Ware befreien wolle (BGE 55 II 44, 69 II 116, 75 IV 13 ff.; eingehend in diesem Sinne Oftinger, a.a.O., 63 ff.; Meier-Hayoz, a.a.O.). Die Theorie der Wahlobligation wird indes in der neueren Literatur wiederum in Frage gestellt (von Tuhr/Peter, I. 78; Cavin, SPR VII/I, 177; Piotet, *Le contrat estimatoire*, Bern 1967). In BGE 89 II 218 ff. hat das Bundesgericht die beiden Theorien einander gegenübergestellt, ohne jedoch der einen oder anderen ausdrücklich den Vorzug zu geben. Die Frage, ob der Trödelvertrag eine Wahlobligation oder einen bedingten Kauf beinhaltet, kann indessen offen bleiben, da beide Theorien, soweit dies hier interessiert, zum gleichen Ergebnis führen, was im folgenden gezeigt werden soll: a) Bei Annahme einer Wahlobligation bedeutet Nichtrückgabe innert der abgemachten Frist in Ermangelung einer ausdrücklichen Vereinbarung nicht die Wahl der Alternative der Preiszahlung (Oftinger, a.a.O. 30, 64, 67 f.). Mit Ablauf der Frist gerät hingegen der Trödler ohne Mahnung in Verzug. Die verabredete Frist ("Konsignation bis 30.10.79") ist im Zweifelsfalle nicht in dem Sinne aufzufassen, dass der Trödler innert Frist (nur) die Wahl hätte treffen müssen, sondern dass er auch hätte leisten sollen (Oftinger, a.a.O. 68). Er gerät mithin nicht nur mit der Wahl sondern mit beiden Leistungen in Verzug (Oftinger, a.a.O. 67; Bucher, OR 26; Kummer in ZSR n.F. 73, 177). Ein Rechtsöffnungstitel liegt damit aber nicht vor. Soweit der Trödler allerdings Waren an Dritte verkauft hat, hat er sich für die Bezahlung des Schätzungspreises entschieden. In diesem Umfang steht dem Vertrödler die entsprechende Forderung zu und es ist ihm hierfür Rechtsöffnung zu erteilen. b) Folgt man der Theorie des bedingten Kaufes, wird der Kauf mit Eintritt der Bedingung (Verkauf an Dritte, Selbsteintritt, Verbrauch, Missbrauch usw.; Piotet, a.a.O. 45, 50) perfekt, nicht jedoch bereits mit Fristablauf, wie dies beim Kauf auf Probe oder Besicht in Art. 225 Abs. 1 OR speziell geregelt ist, es sei denn, die Parteien hätten eine entsprechende Abrede getroffen, was aber vorliegend nicht der Fall ist (Piotet, a.a.O. 52). Soweit der Beklagte die Ware an Dritte verkauft hat, ist der Kauf perfekt und dem Kläger ist für den entsprechenden Schätzungspreis provisorische Rechtsöffnung zu erteilen. Soweit der Kauf nicht unbedingt geworden ist, gerät der Beklagte nach Ablauf der Frist mit der Rückgabe der Ware in Verzug. Der Kläger hat einen Herausgabeanspruch. Beide Theorien führen, soweit dies hier interessiert, zum gleichen Ergebnis, dass nämlich dem Kläger für den Teil der Ware, der nicht an Dritte verkauft worden ist oder über den der Trödler auch nicht nachweisbar anderweitig verfügt hat, keine Kaufpreisforderung zusteht und ihm deshalb hierfür auch keine provisorische Rechtsöffnung erteilt werden kann. c) Im Allgemeinen halten die schweizerische Lehre und Rechtsprechung die Zwangsvollstreckung bei Wahlobligationen für ausgeschlossen, bevor der Schuldner gewählt hat (vgl. anstatt vieler Kummer, a.a.O.). Demgegenüber empfiehlt ein Teil der neueren Lehre, diese

Schwierigkeiten entsprechend der in § 265 Abs. 1 BGB vorgesehenen Regelung zu lösen: Nimmt der wahlberechtigte Schuldner die Wahl nicht vor dem Beginn der Zwangsvollstreckung vor, so kann der Gläubiger die Zwangsvollstreckung nach seiner Wahl auf die eine oder die andere Leistung richten; der Schuldner kann sich jedoch, solange der Gläubiger die gewählte Leistung ganz oder zum Teil empfangen hat, durch eine der übrigen Leistungen von seiner Verbindlichkeit befreien (vgl. von Tuhr/Peter, I 80; Gauch/Schluep/Jäggi, OR II, Zürich 1977, N 1115 f.; Bucher 266). Das OR enthält indes keine gesetzliche Grundlage für einen solchen Übergang des Wahlrechts auf den Gläubiger (Oser-Schönenberger, N 10 zu Art. 72 OR), weshalb es dem Vertrödler nicht möglich ist, durch Einleitung der Betreibung auf Bezahlung der Ablösungssumme die Alternative zu entscheiden (Oftinger, a.a.O. 72). Die Frage nach der rechtlichen Natur des Trödlervertrages kann deshalb unter diesem Gesichtspunkt offen bleiben. de | fr | it

Schlagworte ware kläger kauf trödelvertrag trödler beklagter kauf auf probe provisorische rechtsöffnung frage frist wahlobligation dritter vertrag iv ausdrücklich Mehr Deskriptoren anzeigen Normen Bund OR: Art.72 Art.223 Art.225 SJZ 48 S.226 Leitentscheide BGE 55-II-39 47-II-19 S.22 47-II-218 S.221 69-II-110 S.116 89-II-214 S.218 47-II-218 S.220 55-II-39 S.44 69-I-115 75-IV-11 S.13 AbR 1980/81 Nr. 6

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.