

aus:

Koller Alfred (Hrsg.), Leistungsstörungen - Nicht- und Schlechterfüllung von Verträgen, St. Gallen 2008

Der Papageien-Fall

Ein alternativer Lösungsvorschlag
zu BGE 133 III 257

ALFRED KOLLER^{*}

INHALTSVERZEICHNIS

I.	Der Fall und die Entscheidung des Bundesgerichts	2
II.	Die Kausalhaftung von Art. 208 Abs. 2 OR	3
III.	Die Lösung des Papageien-Falls	9

^{*} Ich danke meinem Assistenten MARC WOLFER, M.A., für die formale Bereinigung des Textes und die Ergänzung der Fussnoten.

I. Der Fall und die Entscheidung des Bundesgerichts

K, Vogelzüchter in Arbon, kaufte bei V sechs Mülleramazonen-Papageien zum Preis von insgesamt Fr. 4'800.–. Kurz nach ihrer Einstellung bei K verendeten sie und mit ihnen der gesamte übrige Vogelbestand von K im Wert von rund 2 Mio. Fr. K erklärte die Wandelung und verlangte von V nebst der Rückzahlung des Kaufpreises volle Schadloshaltung. Da V sich zu zahlen weigerte, liess K den V betreiben. V erhob keinen Rechtsvorschlag, erhob dann jedoch beim Bezirksgericht Arbon nach Art. 85a SchKG negative Feststellungsklage. Das Bezirksgericht Arbon ging gestützt auf ein Gutachten davon aus, dass zumindest einer der gelieferten Papageien mit einem tödlichen Virus infiziert und dieses Virus für das Vogelsterben verantwortlich war. Demzufolge hielt es die Wandelung für gerechtfertigt und erkannte dementsprechend auf Rückerstattung des Kaufpreises¹. Hinsichtlich des Schadenersatzbegehrens stellte das Bezirksgericht Arbon fest, es treffe den V kein Verschulden. Er sei daher nur nach Massgabe von Art. 208 Abs. 2 OR zu Schadenersatz verpflichtet. Nach dieser Bestimmung hafte er zwar für die mit der Rückabwicklung des Vertrags und der Feststellung der Schadensursache angefallenen Kosten von rund Fr. 2'000.–, nicht hingegen für den Verlust des restlichen Vogelbestandes von K. Das von K angerufene Kantonsgericht Thurgau kam hingegen zum Schluss, die Kausalhaftung von Art. 208 Abs. 2 OR erfasse auch diesen Schaden. Das Bundesgericht, an das V mit Berufung gelangt ist, hat gleich entschieden, also die Berufung abgewiesen. M.E. hätte gegenteilig entschieden werden müssen,² aus folgenden Gründen:

¹ Dass K die gekauften Vögel nicht mehr zurückgeben konnte, hinderte die Wandelung nicht (Art. 207 Abs. 1 OR).

² Ebenso ROLAND KELLER, Abgrenzung unmittelbarer und mittelbarer Schaden nach Art. 208 Abs. 2 und 3 OR, *AJP* 2007, S. 780 ff.; HEINRICH HONSELL, Der Mangelfolgeschaden beim Kauf – der Papageienfall des Bundesgerichts, *recht* 2007, S. 154 ff.; kritisch auch THOMAS COENDET, Schadenszurechnung im Kaufrecht, *recht* 2008, S. 15 ff.; dem Entscheid im Ergebnis zustimmend, aber mit anderer Begründung, CORINNE ZELLWEGE-GUTKNECHT, Gewährleistung, Mangelfolgeschaden und Verjährung, *ZBJV* 2007, S. 763 ff.; DIES., Die Gewähr: Risikoverantwortlichkeit als Anspruchsgrund zwischen Verschuldenshaftung und Gefahrtragung, *Diss.* Bern 2007.

II. Die Kausalhaftung von Art. 208 Abs. 2 OR

1. Die Rechtslage im Falle der Wandelung im Allgemeinen. Art. 208 OR, um dessen Abs. 2 es hier geht, regelt einen Teilaspekt der «Durchführung der Wandelung» (Marginalie zu Art. 208 OR). Seine Auslegung kann nicht ohne Einbezug der anderen Absätze von Art. 208 OR erfolgen.

Art. 208 OR sieht vorab vor, dass der Kauf rückabzuwickeln ist, d.h. der Käufer hat die Kaufsache «nebst dem inzwischen bezogenen Nutzen» (Abs. 1) und der Verkäufer hat den gezahlten Kaufpreis «samt Zinsen» zurückzuerstatten (Abs. 2, erster Satzteil). Sodann hat der Verkäufer, «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» (Abs. 2). Trifft ihn ein Verschulden, hat er auch allfälligen weiteren Schaden des Käufers zu ersetzen (Abs. 3). Art. 208 Abs. 3 OR bestätigt mittelbar, was sich schon aus dem Wortlaut von Abs. 2 ergibt: dass nämlich die Haftung nach Abs. 2 eine Kausalhaftung ist, also kein Verschulden voraussetzt.

2. Unklarer Wortlaut von Art. 208 Abs. 2 OR. Der Wortlaut von Art. 208 Abs. 2 OR erweckt den Eindruck, der nach dieser Bestimmung geschuldete Schadenersatz sei vom Ersatz der Prozesskosten und dem Verwendungsersatz völlig unabhängig. In Wirklichkeit trifft dies nicht zu. Vielmehr sind die nach Art. 208 Abs. 2 OR zu ersetzenden Prozesskosten und Verwendungen Teile des nach der Bestimmung zu ersetzenden Schadens. Das ergibt sich aus dem Verweis auf die Vorschriften über die vollständige Entwehrung³. Für diesen Fall ist nämlich vorgesehen, dass der Verkäufer dem entwehrten Käufer die Prozesskosten, die Verwendungen und den *sonstigen* Schaden zu ersetzen hat, der dem Käufer durch die Entwehrung unmittelbar verursacht worden ist (Art. 195 Abs. 1 Ziff. 2–4 OR).

Die Weglassung des «sonstigen» in Art. 208 Abs. 2 OR erklärt sich aus der Historie dieser Bestimmung: Art. 253 aOR Satz 1, der Vorgänger von

³ Schon in Art. 253 aOR, der Vorgängerbestimmung von Art. 208 OR, wurde auf die Bestimmung über die Rechtsgewährleistung (Art. 241 aOR) verwiesen. Der Verweis hatte jedoch eine ganz andere Bedeutung. Er bezog sich nur auf die Haftung für den weiteren Schaden (heute Art. 208 Abs. 3 OR). Dies verkennt BGE 133 III 257, 270.

Art. 208 Abs. 2 OR, sah vor, dass der Verkäufer im Falle der Wandelung den gezahlten Kaufpreis samt Zinsen zurückzuerstatten und überdies «dem Käufer den Schaden zu ersetzen» hat, «welcher demselben durch die Lieferung fehlerhafter Ware unmittelbar verursacht worden ist». Von den Prozesskosten und den Verwendungen war nicht die Rede, diese fielen vielmehr unter den Schadensbegriff von Art. 253 aOR⁴. Demzufolge konnte auch nicht vom Ersatz *sonstigen* Schadens gesprochen werden. Bei der Revision von Art. 253 aOR hätte man hingegen diesen Zusatz in Art. 208 Abs. 2 OR –gleich wie in Art. 195 Abs. 1 Ziff. 4 OR – aufnehmen müssen, weil nun die Prozesskosten und Verwendungen als eigene Schadensposten speziell erwähnt sind. Dass der Zusatz unterlassen wurde, ist offenbar ein redaktionelles Versehen.

Der Umstand, dass die in Art. 208 Abs. 2 OR erwähnten «Prozesskosten» und «Verwendungen» unter den Schadensbegriff von Art. 208 Abs. 2 OR fallen, ist auslegungsmässig von erheblicher Bedeutung (s. sogleich in Ziff. 3).

3. Die Frage, wann ein **Schaden unmittelbar durch die Lieferung fehlerhafter Ware verursacht worden ist**, zerfällt in zwei Teilfragen: Erstens: Wann ist ein Schaden *durch die Lieferung fehlerhafter Ware* verursacht? Zweitens: Wann ist ein solcher Schaden *unmittelbar* verursacht? M.E. ist mit dem *durch die Lieferung fehlerhafter Ware* verursachten Schaden das negative Vertragsinteresse gemeint. Und dieses beruht insoweit *unmittelbar* auf der Lieferung fehlerhafter Ware, als es sich um *damnum emergens* (positiven Schaden) handelt. Zur Begründung was folgt:

a) Die Behauptung, bei dem durch die Lieferung fehlerhafter Ware verursachten Schaden handle es sich um das **negative Vertragsinteresse**, beruht namentlich auf drei Erwägungen:

- Erstens einmal bilden die Prozesskosten und Verwendungen, die gemäss dem oben in Ziff. 2 Gesagten mögliche Schadenspositionen sind, negatives Vertragsinteresse. Es liegt daher der Schluss nahe, dass es sich beim Schaden i.S.v. Art. 208 Abs. 2 OR generell um negatives Vertragsinteresse handelt.

⁴ SCHNEIDER/FICK, Kommentar zum aOR, 2. Aufl. der grössern Ausgabe, Zürich 1896, N 7 zu Art. 253.

- Eine zweite Überlegung knüpft bei Art. 195 Abs. 1 Ziff. 4 OR an: Findet eine Entwehrung statt, so hat der Käufer Anspruch auf Ersatz des durch die Entwehrung unmittelbar verursachten Schadens. Mit dem durch die Entwehrung verursachten Schaden (Entwehrungsschaden) ist der Schaden gemeint, der dem Käufer dadurch entsteht, dass der Vertrag im Falle der Entwehrung dahinfällt (Art. 195 Abs. 1 OR vor Ziff. 1). Es geht also um das negative Vertragsinteresse⁵. Bei Art. 208 Abs. 2 OR kann es sich nicht anders verhalten. Denn es macht sachlich keinen Unterschied, ob der Vertrag zufolge Wandelung oder Entwehrung dahingefallen ist, und zudem ist ja in Art. 208 Abs. 2 OR ausdrücklich gesagt, dass im Falle der Wandelung entsprechend den Vorschriften über die vollständige Entwehrung zu verfahren ist.

Es liegt der Einwand nahe, mit dem durch die Entwehrung bzw. durch die Lieferung fehlerhafter Ware entstandenen Schaden könne nicht das negative Vertragsinteresse gemeint sein, weil der Gesetzgeber das negative Vertragsinteresse üblicherweise als den aus dem Dahinfallen des Vertrages entstehenden Schaden bezeichne (s. etwa Art. 26 Abs. 1, 39 Abs. 1 und 109 Abs. 2 OR)⁶. Indes ist zu beachten, dass Art. 195 und 208 OR aus dem aOR von 1881 übernommen wurden. Dieses aber kannte die heute übliche Terminologie noch nicht bzw. stellte es nicht auf die Unterscheidung negatives und positives Interesse ab (vgl. die Vorgängerbestimmungen von Art. 26 Abs. 1, 39 Abs. 1 und 109 Abs. 2 OR, Art. 23, 48 und 124 aOR).

- Eine dritte Überlegung knüpft bei der Feststellung an, 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 bleibt.

⁵ In diesem Sinne hat sich mit Nachdruck OSER, welcher als erster das revidierte OR eingehend kommentiert hat, ausgesprochen (HUGO OSER, Zürcher Kommentar, N 2d zu Art. 195 OR). Ihm gefolgt sind beispielsweise SCHÖNENBERGER (OSER/SCHÖNENBERGER, Zürcher Kommentar, N 7 zu Art. 195 OR und N 5 zu Art. 208 OR), PIERRE CAVIN, SPR VII/1, S. 68, ROLF FURRER, Beitrag zur Lehre der Gewährleistung im Vertragsrecht, Diss. Zürich 1973, S. 26, und SCHÖNLE/HIGI, Zürcher Kommentar, N 80 zu Art. 195 OR. Die Auffassungen gehen freilich – wie bei Art. 208 Abs. 2 OR – auseinander (s. HONSELL, Basler Kommentar, N 6 zu Art. 195 OR).

⁶ Dieser Einwand findet sich etwa bei KELLER/SIEHR, Kaufrecht, 3. Aufl., Zürich 1995, S. 62.

b) Zur Begründung der Behauptung, mit dem unmittelbaren Schaden i.S.v. Art. 208 Abs. 2 OR sei nur **positiver Schaden (damnum emergens)** gemeint, kann mutatis mutandis auf ein bereits bekanntes Argument zurückgegriffen werden: Die Prozesskosten und Verwendungen, die nach dem oben in Ziff. 2 Gesagten als mögliche Schadenspositionen aufzufassen sind, bilden damnum emergens. Es liegt daher der Schluss nahe, dass sich die Haftung i.S.v. Art. 208 Abs. 2 OR auf solchen Schaden beschränkt. 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 hat⁷.

4. Die so verstandene Kausalhaftung von Art. 208 Abs. 2 OR **erfasst etwa folgende Schadensposten:**

- *«Prozesskosten»* (Art. 208 Abs. 2 OR). Gemeint sind damit die Kosten eines Prozesses, in den der Käufer mit einem Abnehmer, an den er weiterverkauft hat, verwickelt wurde. Wenn in unserem konkreten Fall der Käufer K die sechs Papageien weiterverkauft hätte und mit einem Abnehmer in einen Mängelprozess verwickelt worden wäre, dann hätte er die Prozesskosten vom Verkäufer nach Art. 208 Abs. 2 OR zurückverlangen können.
- *«Verwendungen»* (Art. 208 Abs. 2 OR). Gemeint sind damit Auslagen, die der Käufer im Vertrauen auf den Fortbestand des Vertrages freiwillig auf sich genommen hat, die er jedoch nicht auf sich genommen hätte, wenn er um den Mangel gewusst hätte. Im konkreten Fall hätte beispielsweise der Käufer K die Kosten für die Fütterung der gekauften Papageien bis zu deren Tod nach Art. 208 Abs. 2 OR ersetzt verlangen können.
- *Kosten, die aus der Rückabwicklung des Vertrags entstehen*, z.B. Transportkosten. Im konkreten Fall sind offenbar solche Rückabwicklungskosten entstanden. Dem Bundesgerichtsentscheid lässt sich aber nicht entnehmen, welcher Art sie waren (s. oben unter I.).

⁷ Gleich im Ergebnis HONSELL, Basler Kommentar, N 8 f. zu Art. 208 OR; DERS., recht 2007, zit. Fn 2, S. 156 ff.; KELLER/SIEHR, zit. Fn 6, S. 90.

- *Kosten, die aus der Mängelfeststellung entstehen.* Im konkreten Fall waren solche Kosten entstanden und vom Bezirksgericht Arbon für ersatzfähig befunden worden (s. oben unter I.).
- *Kosten für die Entsorgung der Kaufsache* in Fällen, in denen die Sache so mangelhaft ist, dass sie nicht zurückgegeben werden kann. Sind beispielsweise im konkreten Fall die gekauften Papageien nach ihrer Verendung verbrannt worden, so waren die entsprechenden Kosten nach Art. 208 Abs. 2 OR ersatzfähig.
- Das *Haftungsinteresse*⁸ gehört zum negativen Vertragsinteresse und stellt positiven Schaden dar. Es wird daher von der Kausalhaftung des Art. 208 Abs. 2 OR – entgegen HONSELL⁹ – ebenfalls erfasst.

5. Nicht unter die Kausalhaftung von Art. 208 Abs. 2 OR fallen insbesondere folgende Schadenspositionen:

- *Das positive Vertragsinteresse.* Der Käufer kann also nicht verlangen, so gestellt zu werden, wie wenn er eine mängelfreie Sache geliefert erhalten hätte und es nicht zur Vertragsauflösung gekommen wäre¹⁰.
- *Negativer Schaden (lucrum cessans).* Solcher Schaden ist – wie soeben in Ziff. 4 gesagt – auch dann nicht nach Art. 208 Abs. 2 OR ersatzfähig, wenn er zum negativen Vertragsinteresse gehört.
- *Mangelfolgeschäden,* also Schäden, welche nicht die Sache selbst betreffen, «sondern andere Rechtsgüter des Käufers» (BGE 133 III 257, 266)¹¹. Ist daher der Käufer in seinem Integritätsinteresse¹² ver-

⁸ Zum Begriff des Haftungsinteresses s. ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bern 2006, § 61 Rn 24.

⁹ HEINRICH HONSELL, Fälle mit Lösungen zum Obligationenrecht, 3. Aufl., Zürich 2005, S. 162; DERS., Basler Kommentar, N 10 zu Art. 208 OR.

¹⁰ Ebenso z.B. GUHL/KOLLER, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl., Zürich 2000, § 42 Rn 40; KELLER/SIEHR, zit. Fn 6, S. 64. A.A. insbesondere WILLI FISCHER, Der unmittelbare und der mittelbare Schaden im Kaufrecht, Diss. Zürich 1985, S. 296 f., der zumindest für Teile des positiven Vertragsinteresses haften lassen will.

¹¹ A.A. HONSELL, Basler Kommentar, N 9 zu Art. 208 OR. Im Ergebnis aber vertritt er die hier vertretene Ansicht, auch was die Frage anbelangt, was unter dem un-

letzt worden, so kann er den Verkäufer nicht nach Art. 208 Abs. 2 OR in Anspruch nehmen¹³.

Häufig findet sich die Feststellung, unter dem Titel des negativen Vertragsinteresses sei eine Vertragspartei – bei gegebenem Haftungstatbestand – so zu stellen, wie wenn sie den Vertrag nie geschlossen hätte. Damit wird der Eindruck erweckt, auch Integritätsschäden seien von der Haftung erfasst. Indes geht es beim negativen Vertragsinteresse in Wirklichkeit immer nur um Frustrationsschaden¹⁴, nämlich um Aufwendungen, welche durch das Dahinfallen eines Vertrags nutzlos («frustriert») werden, sowie um Aufwendungen, die durch Rückabwicklung eines dahingefallenen Vertrags entstehen. Wer Mangelfolgeschäden ersetzt haben will, bedarf daher einer anderen Anspruchsgrundlage¹⁵ (s. III. Ziff. 1 a.E.).

mittelbaren Wandelungsschaden zu verstehen ist (s. Basler Kommentar, N 9 f. zu Art. 208 OR).

¹² Mit dem Integritäts- oder Erhaltungsinteresse «wird das Interesse bezeichnet, das jemand unabhängig vom Vertrag (an der Unverletzlichkeit seiner Rechte und Rechtsgüter hat)» (ALFRED KOLLER, zit. Fn 8, § 46 Rn 19).

¹³ Gleich im Ergebnis HONSELL, Basler Kommentar, N 9 f. zu Art. 208 OR; INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Bern 2006, Rn 22.37.

¹⁴ KOLLER, zit. Fn 8, § 46 Rn 19, 21; § 54 Rn 149.

¹⁵ KOLLER, zit. Fn 8, § 54 Rn 149.

III. Die Lösung des Papageien-Falls

1. Folgt man der **hier vertretenen Ansicht**, so fallen Mangelfolgeschäden des Käufers nicht unter die Kausalhaftung von Art. 208 Abs. 2 OR. Die Haftung des Verkäufers V für den Verlust, den der Käufer K durch das Verenden des vorbestehenden Vogelbestands erlitten hatte, hätte daher verneint werden müssen. Seine Haftung hätte sich auf die Kosten, die mit der Rückabwicklung des Vertrags und der Feststellung der Schadensursache angefallen waren (ca. Fr. 2000.–), beschränkt. Sollten mit der Beseitigung der toten Tiere Kosten angefallen sein, so waren auch diese zu ersetzen. Dasselbe gilt für Verwendungen, die K auf die Sache gemacht hatte (z.B. Fütterungskosten). Jede weitergehende Haftung hätte ein Verschulden von V vorausgesetzt.

Beigefügt sei, dass für eine Beeinträchtigung des Integritätsinteresses wohl nicht nach Massgabe von Art. 208 Abs. 3 OR, sondern nach Massgabe von Art. 97 OR gehaftet wird. Auf die Einhaltung des Rügeerfordernisses (Art. 201 OR) kommt es daher nicht an.

2. **Die (abweichende) Ansicht des Bundesgerichts.** Die hier vertretene Ansicht entspricht der früheren Rechtsprechung des Bundesgerichts (BGE 79 II 376 ff.). Diese wurde jedoch mit BGE 133 III 257 aufgegeben. Dieser Entscheid zeitigt nicht nur andere Ergebnisse, auch in der Begründung geht er ganz andere Wege, als sie vorstehend (II.) skizziert wurden.

a) Vorab geht das Bundesgericht in BGE 133 III 257 davon aus, die «Prozesskosten» und «Verwendungen» i.S.v. Art. 208 Abs. 2 OR hätten mit dem Schaden, «der dem Käufer durch die Lieferung fehlerhafter Ware unmittelbar verursacht worden ist», nichts zu tun; die Haftung für die ersten beiden Positionen sei von der Haftung für die dritte Position vollständig zu trennen. Diese Ansicht ist zwar durch den Wortlaut von Art. 208 Abs. 2 OR gedeckt, indes gibt der Wortlaut – wie erwähnt (oben II. Ziff. 2) – die Rechtslage nicht zutreffend wieder: Die Haftung für die Prozesskosten und Verwendungen i.S.v. Art. 208 Abs. 2 OR ist nur ein Teilaspekt der Haftung für den durch die Lieferung fehlerhafter Ware unmittelbar verursachten Schaden.

b) Ein Schaden ist nach der hier vertretenen Ansicht durch die Lieferung fehlerhafter Ware verursacht, wenn es sich um negatives Vertragsinteresse handelt. Demgegenüber geht das Bundesgericht – wenn auch nicht explizit – davon aus, dass jeder beliebige durch den Mangel verursachte

setzungen 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 abwenden. Diese Bestimmungen sind daher ebenso wie Art. 116 aOR für die Auslegung der hier interessierenden Bestimmungen ohne Bedeutung¹⁸. Die früheren Abgrenzungsschwierigkeiten in die Art. 195 Abs. 1 Ziff. 4 und 208 Abs. 2 OR hineinzuinterpretieren, besteht kein Anlass, ganz im Gegenteil: Durch die gegenüber Art. 116 aOR veränderte Haftungskonzeption von Art. 97 OR sollten die alten Abgrenzungsschwierigkeiten gerade vermieden werden, auch hinsichtlich Art. 195 Abs. 1 Ziff. 4 und 208 Abs. 2 OR.

d) Folgt man der hier vertretenen Ansicht, so fallen Mangelfolgeschäden nicht unter die Kausalhaftung von Art. 208 Abs. 2 OR (oben II. Ziff. 5). Das Bundesgericht ist – von seinem Ansatz aus konsequent – anderer Ansicht: Mangelfolgeschaden werden von der Kausalhaftung erfasst, falls sie unmittelbar auf dem Mangel beruhen. Ob dies im Einzelfall zutrifft, beurteile «sich nach richterlichem Ermessen» (BGE 133 III 257, 272). Dass damit erhebliche Rechtsunsicherheit verbunden ist, liegt auf der Hand. Nur schon deshalb vermag BGE 133 III 257 ff. nicht zu überzeu-

¹⁸ S. PIERRE CAVIN, SPR VII/1, S. 101; HUGO OSER, Zürcher Kommentar, N 2 lit. d zu Art. 195 OR und N 3 zu Art. 208 OR. A.A. BGE 133 III 257 E. 2.5.2 und MARKUS MÜLLER-CHEN, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich 2007, N 11 zu Art. 208 OR. 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.

gen. Dazu kommt eine systematische Erwägung: Der Wandelungsschaden i.S.v. Art. 208 Abs. 2 OR entspricht dem Entwehrungsschaden i.S.v. Art. 195 Abs. 1 Ziff. 4 OR. Dieser aber erfasst Mangelfolgeschäden nicht, denn im Falle der Entwehrung gibt es keinen Mangel, der zu Mangelfolgeschäden führen könnte. Schliesslich wäre es unter Wertungsgesichtspunkten «völlig unerträglich»¹⁹, wenn der Verkäufer anders als alle anderen Schuldner für Mangelfolgeschaden kausal haften würde²⁰.

e) Nicht unter Art. 208 Abs. 2 OR fällt nach der hier vertretenen Ansicht auch das positive Vertragsinteresse (oben II. Ziff. 5). Das Bundesgericht scheint wiederum anderer Meinung zu sein (BGE 133 III 257 E. 2.5.2 S. 268 unten/269). Das ist allerdings nur konsequent, wenn man davon ausgeht, dass beliebiger auf dem Mangel beruhender Schaden unter die Kausalhaftung von Art. 208 Abs. 2 OR fallen kann und es für die Ersatzfähigkeit allein auf die Nähe bzw. Intensität des Kausalzusammenhanges zwischen Mangel und Schaden ankommt (oben lit. c). Die bundesgerichtliche Ansicht dürfte jedoch gegen Art. 195 Abs. 1 Ziff. 4 OR verstossen. Denn die kausale Haftung nach dieser Bestimmung erfasst das positive Vertragsinteresse nicht, und nach Art. 208 Abs. 2 OR muss es sich gleich verhalten (diese Bestimmung verweist ja, wie gesehen, ausdrücklich auf jene).

f) Das Bundesgericht geht in BGE 133 III 257 davon aus, dass von einem klaren Gesetzeswortlaut nur abgewichen werden darf, wenn triftige Gründe dies erfordern; ein klarer Gesetzeswortlaut hat also gleichsam die Vermutung der Richtigkeit für sich. In der Folge hat es angenommen, nach dem klaren Wortlaut von Art. 208 Abs. 2 OR würden von der hier statuierten Kausalhaftung auch Mangelfolgeschäden erfasst, soweit sie mit dem Mangel durch einen «kurzen Kausalzusammenhang» (oben lit. c) verbunden sind. Und schliesslich hat es keine triftigen Gründe gegen eine wörtliche Interpretation gefunden.

Aus meiner Sicht ist der methodische Ansatzpunkt, wonach ein klarer Gesetzeswortlaut die Vermutung der Richtigkeit für sich hat, verfehlt²¹;

¹⁹ BRUNO VON BÜREN, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Zürich 1972, S. 42.

²⁰ Dies jedenfalls dort, wo ihm keine Regressmöglichkeit offensteht, weil keine konkurrierende Haftung (eines Produzenten oder Importeurs) nach dem PrHG besteht.

²¹ Gegen eine zu starke Betonung des Wortlauts etwa auch DAVID DÜRR, Zürcher Kommentar, N 228 der Vorbem. zu Art. 1 und 4 ZGB; ERNST A. KRAMER, Juristi-

er dürfte auch nicht der sonstigen Bundesgerichtspraxis entsprechen²². Verfehlt ist m.E. aber auch die Annahme, der Wortlaut von Art. 208 Abs. 2 OR sei klar (s. oben II. Ziff. 2). Selbst wenn man aber in beiden Punkten dem Bundesgericht Folge leistete, müssten Mangelfolgeschäden vom Anwendungsbereich des Art. 208 Abs. 2 OR ausgenommen werden. Denn allein schon der systematische Bezug zu Art. 195 Abs. 1 Ziff. 2–4 OR stellt einen triftigen Grund dar, von dem als klar unterstellten Gesetzeswortlaut abzuweichen (s. oben lit. d).

g) Das Bundesgericht äussert sich nicht zur ratio legis von Art. 208 Abs. 2 OR, offenbar deshalb, weil diese nicht leicht zu erkennen ist. In solchen Fällen sind andere Aspekte der Gesetzesauslegung umso bedeutender (s. neustens BGE 134 III 16 E. 3.5 und 3.6). Rechnung zu tragen ist insbesondere auch der Rechtssicherheit (gleicher Entscheid). Diese aber spricht gegen die vom Bundesgericht vertretene Auffassung. Demgegenüber ist die hier vertretene Lösung in der Praxis leicht zu handhaben.

sche Methodenlehre, 2. Aufl., Bern 2005, S. 73 ff., m.w.Hw. In der neueren Lehre wird gar die Auffassung vertreten, dass dem Wortlaut jede Bindungswirkung abgehe (vgl. AMSTUTZ/NIGGLI, Recht und Wittgenstein III, in FS Hans Peter Walter, Bern 2005, S. 9 ff., S. 30 ff.). Demgegenüber misst EDWARD A. OTT dem «klaren Wortlaut» entscheidende Bedeutung bei (s. Kritik der juristischen Methode, Basel 1992, S. 22 ff.; Juristische Methode in der Sackgasse?, Zürich 2006, S. 1 f.).

²² Vgl. BGE 128 I 34 E. 3b, wo betont wird, dass sich die Auslegung an der ratio legis zu orientieren hat; ferner BGE 99 Ib 505 E. 3, 111 Ia 292 E. 3b und 112 II 167 E. 2b. Die Praxis ist freilich nicht einheitlich; für den Vorrang des Wortlautes etwa BGE 121 III 460 E. 4a bb.