

# DIE ZUSICHERUNG VON EIGENSCHAFTEN DER KAUFsache

**Prof. Dr. iur. Peter Jäggi**  
Universität Freiburg Schweiz

Publiziert in: Vom Kauf nach schweizerischem Recht. Festgabe zum 70. Geburtstag von Prof. Dr. Theo Guhl, Zürich 1950, S. 67-86. Die Seitenzahlen dieser Publikation sind im nachfolgenden Text in eckiger Klammer eingefügt. Ein weiterer Abdruck findet sich in: Peter Jäggi, Privatrecht und Staat, Gesammelte Aufsätze, Zürich, 1976, S. 186 ff.

## I

[67] Das Bundesgericht hat sich in zwei neueren Entscheiden über die "Rechtsnatur der Zusicherung gemäß Art. 197 OR" ausgesprochen<sup>1</sup>. Darnach handelt es sich bei der Zusicherung "nicht um einen Vertragsbestandteil, sondern vielmehr um eine letzten Endes auf die Grundsätze von Treu und Glauben zurückzuführende gesetzliche Haftung, die beim Vorhandensein eines bestimmten Tatbestandes, nämlich der bestimmt umschriebenen Vorstellungsäußerung oder Aussage des Verkäufers, Platz greift". Diese Ansicht wird, unter Hinweis auf einen Aufsatz von Bundesrichter Stauffer<sup>2</sup>, im wesentlichen wie folgt begründet:

Nach dem Wortlaut des Art. 197 ("die zugesicherten Eigenschaften", "des qualités promises") scheint die Zusicherung eher "eine vom rechtsgeschäftlichen Verpflichtungswillen getragene Erklärung" zu sein als "eine bloße Vorstellungsäußerung". Doch ist "eine so restriktive Interpretation" aus "entwicklungsgeschichtlichen und rechtslogischen Überlegungen" abzulehnen. Denn die Zusicherung nach Art. 197 OR geht auf das "dictum" des römischen Rechts zurück. "Und deshalb drängt sich eine möglichst analoge juristische Behandlung beider Rechtsfiguren auf". Anders wäre es allerdings, wenn der Gesetzgeber durch die Wahl der in Art. 197 verwendeten Ausdrücke eine "grundsätzliche Abweichung zum römischrechtlichen [68] Vorbild (Beschränkung auf das eigentliche promissum)" hätte einführen wollen. Für die Annahme eines solchen Willens "fehlt indessen jeder Anhalt". Ihn trotzdem anzunehmen geht um so weniger an, als das Ergebnis einen "Rückschritt gegenüber dem sonst streng formalistischen ädilischen römischen Recht" darstellen würde. "Dem Vertrauensprinzip und den Grundsätzen von Treu und Glauben, auf denen offensichtlich die Behaftung des Verkäufers für Zusicherungen beruht", wird nur die eingangs dargelegte "Lösung" gerecht. Erst sie gibt auch der in einem früheren Entscheid (BGE 63 II 79) bekundeten Auffassung, daß die Zusicherung beim Grundstückskauf keiner Form bedarf, "eine befriedigende Begründung".

Mit dieser grundsätzlichen Stellungnahme befassen sich die folgenden Ausführungen. Dabei soll ein besonderes Augenmerk auf die Methode gerichtet werden, nach welcher der im Schrifttum schon mehrfach bearbeitete Stoff<sup>3</sup> behandelt werden muß. Gerade hiezu gibt die Argumentation

<sup>1</sup> BGE 71 II 241; 73 II 220 ff.

<sup>2</sup> *Stauffer*, Von der Zusicherung gemäß Art. 197 OR, Zeitschrift des bern. Juristenvereins, Bd. 80 (1944) S. 145 ff.

<sup>3</sup> Vgl. insbesondere die kürzlich erschienenen Monographien von *Menghini*, Die Zusicherung von Eigenschaften nach Art. 197 OR, Diss. Freiburg 1949, und *Schenker*, Die Zusicherung von Eigenschaften beim Kauf, Diss. Bern

des Bundesgerichtes Anlaß. Was ist die "Rechtsnatur" einer "Rechtsfigur"? Inwiefern kann sie mit "entwicklungsgeschichtlichen und rechtslogischen Überlegungen" festgestellt und für die Beantwortung einer Rechtsfrage verwertet werden? Diese Fragestellung erfordert zunächst einige allgemeine Bemerkungen über die juristische Denkweise.

## II

Die juristische Betrachtung bezieht sich auf zwei Gegenstände: auf den konkreten Tatbestand und auf den Rechtssatz. Die gedankliche Hauptoperation des Juristen ist demnach die Subsumtion des konkreten Tatbestandes unter den Rechtssatz. Ihr gehen zwei Denkvorgänge voraus, durch die der Tatbestand und der Rechtssatz für die Subsumtion "reif" gemacht werden. Der eine läßt sich als Tatbestandsaufnahme bezeichnen. Er besteht in der Auswertung jener sinnlichen Wahrnehmungen, die dem Rechtsanwendenden erst die volle Kenntnis des konkreten Tatbestandes vermitteln. Zur Tatbestandsaufnahme gehört die Beweiswürdigung, ferner die Auslegung von Äußerungen, falls Äußerungen den Tatbestand bilden. Die zweite Operation ist die Auslegung des Rechtssatzes. Durch sie wird der [69] Inhalt des Rechtssatzes abgeklärt, soweit er im Hinblick auf den konkreten Tatbestand als unklar erscheint. Die Auslegung kann sich auf beide Elemente des Rechtssatzes beziehen, sowohl auf die Rechtsfolge als auf den abstrakten Tatbestand, für den die Rechtsfolge vorgesehen wird. Dabei sind nach beiden Richtungen hin die verschiedenen Auslegungsmethoden anwendbar, insbesondere die historische und die teleologische Methode <sup>4</sup>.

Soweit der im Rechtssatz umschriebene abstrakte Tatbestand der Auslegung bedarf, geht die Frage dahin, was für Fälle der Gesetzgeber mit dem Rechtssatz regeln wollte (historische Methode) und für welche Fälle die Rechtsfolge der Norm eine ihrem Zweck entsprechende, sachlich angemessene Lösung darstellt (teleologische Methode). Um diese Frage zu beantworten stellt sich der Auslegende jene Fälle vor, die sich auch der Gesetzgeber – wirklich oder anscheinend – vorgestellt hat, und ferner vergegenwärtigt er sich, auf Grund eigener und ihm mitgeteilter fremder Erfahrung, eine Vielzahl vorkommender oder möglicher Fälle, die für die Unterstellung unter den auszulegenden Tatbestand des Rechtssatzes in Betracht fallen. Anders ausgedrückt: Das Urteil darüber, welche Fälle von einem Rechtssatz erfaßt werden, erfordert zunächst die Überlegung, was für Fälle überhaupt im Leben vorkommen. Bei dieser Überlegung handelt es sich um eine Gedankenoperation besonderer Art, die von der Auslegung unterschieden werden muß, weil sie noch nicht zur Feststellung des Norminhaltes führt, sondern diese nur vorbereitet. Durch sie wird ein dritter Gegenstand in den Bereich der juristischen Betrachtung gezogen, den man, zum Unterschied vom einzelnen konkreten Tatbestand und in Anlehnung an die Ausdrucksweise der Interessenjurisprudenz <sup>5</sup>, als Gesamtheit der Lebensverhältnisse und Lebensbedürfnisse bezeichnen kann.

Diese Betrachtung der Lebensverhältnisse kann gleich wie die Auslegung wissenschaftlich-theoretisch, losgelöst von einem praktisch zu beurteilenden Einzelfall, vorgenommen werden. Eine solche *Tatsachenforschung*, wie sie im folgenden genannt wird, besteht darin, daß typische, im Leben immer wieder vorkommende rechtserhebliche Vorgänge auf ihre Eigenart geprüft, miteinander verglichen und nach gemeinsamen und unterscheidenden Merkmalen geordnet werden. Das Ergebnis dieser Analyse und Synthese ist eine [70] schärfere Erkenntnis der Lebensvorgänge und der mit ihnen zusammenhängenden menschlichen Interessen. Die so verstandene *Tatsachenforschung* unterscheidet sich von der Auslegung in zweifacher Hinsicht: Sie hat nicht den Rechtssatz zum Gegenstand, sondern das tatsächliche Geschehen, das "Leben", das vom Rechtssatz als bekannt vor-

---

1949, ferner die erst nach Abfassung dieses Aufsatzes erschienene Arbeit von *Witschi*, Garantieklauseln und Garantiefrieten im Kauf- und Werkvertrag, Diss. Bern 1950.

<sup>4</sup> *Egger*, N. 15 und 18 zu Art. 1 ZGB.

<sup>5</sup> *Heck*, Grundriß des Schuldrechts, Tübingen 1929 S. 471 ff.

ausgesetzt wird. Sodann ist sie rein beschreibender Art. Sie stellt die menschlichen Interessen auf Grund der beschriebenen Sachverhalte nur fest, wertet sie dagegen nicht, wie dies namentlich die teleologische Auslegung tut. Die Tatsachenforschung ist auch zu unterscheiden von der vorhin erwähnten Tatbestandsaufnahme (hievon S. 68) und der sogenannten Rechtstatsachenforschung. Die erste beschäftigt sich überhaupt nur mit dem konkreten Einzelfall, die zweite bemüht sich um die Feststellung einer Vielzahl einzelner Fälle, vermittelt also jene Kenntnisse, auf denen die eigentliche Tatsachenforschung aufbaut.

Die zivilrechtliche Dogmatik ist zu einem großen Teil nichts anderes als Tatsachenforschung im dargestellten Sinn. Sie beschäftigt sich vor allem mit jenen Lebensvorgängen, die der allgemeinen Erfahrung ohne weiteres zugänglich sind und daher keine besondere Rechtstatsachenforschung erfordern, andererseits aber doch einer schärferen Erkenntnis bedürfen. Dazu gehören insbesondere die im Rechtsverkehr vorkommenden Äußerungen, und zwar sowohl diese Äußerungen in ihrer Gesamtheit als auch die einzelnen, unter bestimmten Verhältnissen immer wieder vorkommenden Erklärungsinhalte. Ausdrücke wie "Willenserklärung, Anzeige, Kündigung, Vertrag, Verzicht, Zustimmung" sind nicht nur Rechtsbegriffe, deren Bedeutung darin liegt, daß sie zum Inhalt von Rechtssätzen gehören, sondern ebensowohl, ja in erster Linie "Tatbegriffe", die einfach einen Lebensvorgang genau bezeichnen. So ist z. B. der Austausch gegenseitiger Äußerungen, den wir unter bestimmten Voraussetzungen als Vertrag, unter weiteren Voraussetzungen als Kauf bezeichnen, zunächst ein "Lebensvorgang", der bereits als solcher wissenschaftlicher Betrachtung fähig ist, ohne Rücksicht auf die Rechtssätze, die sich mit ihm befassen.

Für die wissenschaftliche Erkenntnis ist es wichtig, daß die Tatsachenforschung von der Gesetzesauslegung getrennt wird, insbesondere von der Auslegung der gesetzlichen Tatbestände. Nicht zwar deshalb, weil sich die "Tatbegriffe" inhaltlich von den entsprechenden Rechtsbegriffen unterscheiden würden – dies ist zwar möglich, kommt aber nur selten vor –, sondern weil sonst ständig Gedanken, [71] die auf zwei verschiedenen Ebenen liegen – beschreibende und wertende – durcheinander laufen. Während die Auslegung auch insoweit, als sie sich auf die Umschreibung des Normtatbestandes bezieht, nicht ohne Rücksicht auf die Rechtsfolgen der Norm vorgenommen werden kann, ist die klare Erfassung der Lebensvorgänge, die ihr voranzugehen hat, nur dann möglich, wenn jeder Gedanke an die Rechtsfolgen, die das Gesetz allenfalls für solche Vorgänge vorsieht, außer acht gelassen wird. Die Frage nach dem Willen des Gesetzgebers und Erwägungen teleologischer Art sind bei ihr nicht am Platze.

Gemäß diesem methodischen Grundsatz soll im folgenden die Zusicherung von Eigenschaften der Kaufsache besprochen werden, und zwar unter Beschränkung auf den Speziesskauf. Daher werden zunächst jene typischen Erklärungsinhalte, die für die Anwendung des Art. 197 OR in Betracht fallen, in tatsächlicher Hinsicht untersucht (III), in erster Linie der Grundfall des Speziesskaufes. Erst nachher wird Art. 197 OR ausgelegt (IV). Das so gewonnene Ergebnis ist dann mit der erwähnten Stellungnahme des Bundesgerichts zu vergleichen (V).

### III

1. Ein *Speziesskauf* liegt vor, wenn zwei Personen sich gegenseitig den Willen erklären, einen bestimmten Gegenstand zu einem bestimmten oder bestimmbar Preis zu verkaufen bzw. zu kaufen. Jeder Jurist weiß, daß diese Umschreibung bereits eine Vereinfachung in sich schließt. Was wir als Austausch von zwei einzigen Erklärungen auffassen, stellt oft eine bunte Folge zahlreicher Äußerungen und Gegenäußerungen dar, die aufeinander bezogen sind und die mündlich oder schriftlich, ausdrücklich oder stillschweigend, gleichzeitig oder in erheblichen Zeitabständen abgegeben werden.

Beim Inhalt der Verkäufer- und der Käufer-Erklärung lassen sich zwei Elemente unterscheiden. Zunächst die *Bezeichnung des Kaufgegenstandes* (sowie, was im folgenden außer acht gelassen

wird, die Bezeichnung der Summe Geldes, die den Kaufpreis darstellt). Der Kaufgegenstand wird bezeichnet durch die Angabe der Gattung, zu der er gehört (z. B. Personenauto Fiat 1400), und, beim Spezieskauf, durch die Angabe eines individualisierenden Merkmals, das den Gegenstand von allen andern Exemplaren der Gattung unterscheidet, z. B. durch die Angabe der Fabriknummer oder einfach des Eigentümers ("mein" Fiat 1400).

[72] Sodann enthalten die Erklärungen des Verkäufers und des Käufers eine Aussage darüber, *was* mit dem Kaufgegenstand (und dem Preis) *geschehen soll*, und zwar in einem Zeitpunkte, der, abgesehen vom Fall des Handkaufes, als zukünftig gedacht wird. Der Verkäufer erklärt, er werde die Kaufsache gegen Bezahlung des Preises dem Käufer zu Eigentum übergeben. Der Käufer erklärt, er werde den Preis bezahlen gegen Übergabe der Kaufsache.

Die Erklärungen des Verkäufers und des Käufers sind *zugleich Willens- und Vorstellungsäußerungen*. Diese Feststellung kann bereits auf Grund der vorstehenden Beschreibung ihres Inhaltes getroffen werden. Denn die Ausdrücke "Willens-" bzw. "Vorstellungsäußerung" bezeichnen reine Tatsachenkategorien, in welche die verkehrsüblichen Erklärungen lediglich wegen ihres Inhaltes, ohne Rücksicht auf ihre rechtliche Bedeutung, eingeordnet werden können.

Willensäußerungen sind die beiden Erklärungen deshalb, weil durch sie der Entschluß, die Kaufsache zu übergeben bzw. den Kaufpreis zu bezahlen, kundgegeben wird. Vorstellungsäußerungen sind sie in doppelter Hinsicht: Indem jede Partei den Kaufgegenstand bezeichnet, erklärt sie, daß sie davon eine bestimmte, durch die Angabe der Gattung und des individualisierenden Merkmals ausgedrückte Vorstellung hat. Und indem jede Partei sich bereit erklärt, an dem noch in der Zukunft liegenden Austausch von Kaufsache und Preis mitzuwirken, äußert sie ihre Vorstellung über das künftige Schicksal der Kaufsache. Jede Partei hat somit zwei Vorstellungen: Die eine betrifft einen gegenwärtigen Sachverhalt, die Existenz und die Beschaffenheit der Kaufsache, die andere einen erst herbeizuführenden Vorgang, die geplante Veränderung mit Bezug auf den Besitz und das Eigentum der Kaufsache. Dabei beruht die zweite Vorstellung insofern auf der ersten, als jede Partei sich auf Grund der gegenwärtigen Beschaffenheit der Kaufsache vorstellt, die Kaufsache werde auch im Zeitpunkt der Übergabe bestehen und eine bestimmte Beschaffenheit aufweisen. Beide Vorstellungen gehen bei jeder Partei dem Willensentschluß logisch voraus, da es einen Entschluß ohne Vorstellung des Gewollten nicht geben kann. Sie bilden zusammen jenes Vertragselement, das den zwei Vertragspartnern gemeinsam ist, während der Entschluß jeder Vertragspartei, für sich genommen, nur das Verhalten der betreffenden Partei selber betrifft, beim Verkäufer die Übergabe der Kaufsache, beim Käufer die Bezahlung des Preises, so daß jeder Entschluß notwendigerweise einen andern Inhalt hat als der Entschluß der Gegenpartei.

[73] 2. Die Äußerungen, die vom Verkäufer und Käufer im Verlauf der Vertragsverhandlungen abgegeben werden, haben häufig nicht nur den dargestellten Inhalt. Von den typischen weitem Erklärungsinhalten, die vorkommen, sind hier zwei Gruppen anzuführen. Dabei ist wieder zu bemerken, daß die Aufzählung dieser Inhalte eine Vereinfachung in sich schließt und daß insbesondere, wie bei jeder Klassifizierung, die Übergangsfälle vernachlässigt werden.

a) Es gibt Äußerungen, die sich auf die *Beschaffenheit* der Kaufsache beziehen. Sie bestehen entweder in einer *zusätzlichen Beschreibung* des Kaufgegenstandes, welche die schon in der Bezeichnung der Kaufsache (S. 71) enthaltene Beschreibung irgendwie erweitert (z. B. "Diese Uhr hat eine goldene Schale"), oder in einer *Anpreisung*, das heißt in einem Werturteil über die Kaufsache, das so allgemein lautet, daß darin nicht gleichzeitig die Beschreibung einer bestimmten Eigenschaft erblickt werden kann (z. B. "Der Fiat 1400 ist ein sehr bequemer Wagen"). Die zusätzliche Beschreibung kann wiederum darnach unterschieden werden, ob die beschriebene Eigenschaft als sicher oder nur als wahrscheinlich hingestellt wird. Eine Äußerung der ersten Art wird im folgenden als *Zusicherung*, eine solche der zweiten Art als *Angabe* bezeichnet.

Eine Beschreibung im dargestellten Sinn liegt auch dann vor, wenn über eine vergangene, die Kaufsache betreffende Tatsache berichtet wird (z.B.: "Mein Auto ist nur 40 000 km gefahren worden"), oder wenn erklärt wird, eine dem Wechsel unterworfenene Eigenschaft werde der

Kaufsache auch nach der Übergabe während einer gewissen Zeit anhaften (z. B. "Das Drahtseil wird für die Beanspruchung X während zehn Jahren haltbar sein"). Denn solche Erklärungen lassen immer Rückschlüsse auf die gegenwärtige Beschaffenheit der Kaufsache zu. Erklärungen über zukünftige Verhältnisse können überhaupt nur insofern Zusicherungen sein, als sie eine Aussage über einen gegenwärtigen Sachverhalt in sich schließen, da über einen zukünftigen Sachverhalt keine sichere Aussage möglich ist.

Die zusätzliche Beschreibung kann an und für sich ebenso gut vom Käufer wie vom Verkäufer ausgehen. Regelmäßig hat aber der Verkäufer ein Interesse daran, von sich aus oder auf Anfrage des Käufers eine bestimmte Eigenschaft als sicher oder als wahrscheinlich hinzustellen, und zwar wird er hiezu mit Bezug auf solche Eigenschaften Anlaß haben, die der Käufer im Verlauf der Vertragsverhandlungen aus irgend einem Grunde nicht selber feststellt. Damit ist gesagt, daß eine Äußerung des Verkäufers, in der eine Eigenschaft [74] als sicher bezeichnet wird, die weitere Erklärung in sich schließt, der Verkäufer habe die Eigenschaft selber festgestellt oder er kenne zum mindesten jene Tatsachen, die einen sichern Schluß auf ihr Vorhandensein erlauben.

b) Eine zweite Gruppe von Äußerungen, die vom Verkäufer ausgehen, bezieht sich auf die *Möglichkeit, daß die Kaufsache der Beschreibung nicht entspricht*, sei es der in der Bezeichnung der Kaufsache enthaltenen, sei es der zusätzlichen Beschreibung. In den Äußerungen dieser Art wird vorgesehen, was geschehen soll, wenn die genannte Möglichkeit verwirklicht ist. Drei Erklärungsinhalte lassen sich denken: 1. Das Vorliegen der Möglichkeit soll ohne Auswirkung sein. 2. Der Austausch von Kaufsache und Preis soll rückgängig gemacht oder der Preis herabgesetzt werden. 3. Der Verkäufer soll eine besondere Leistung erbringen (er soll z. B. die Kaufsache verbessern, einen Ersatzgegenstand liefern, oder den Schaden, den die beschreibungswidrige Beschaffenheit bewirkt, ersetzen). Der erste Erklärungsinhalt wird im folgenden, unter Verwendung der üblichen Ausdrucksweise, als *Wegbedingung der Haftung*, der zweite als *rechtsgeschäftliche Gewährleistung*, der dritte als *Garantieübernahme* bezeichnet.

Wie sich diese Erklärungsinhalte zueinander verhalten und wie sie sich kombinieren und variieren lassen, ist hier nicht zu erörtern. Dagegen ist ihr Verhältnis zu den hievorigen (lit. a) umschriebenen Erklärungsinhalten abzuklären. Der Vergleich der beiden Gruppen von Äußerungen führt zur folgenden *grundlegenden Feststellung*: Der Erklärungsinhalt der Zusicherung kann mit logischer Notwendigkeit nie zusammen mit einem der drei Erklärungsinhalte vorkommen, die sich auf die Möglichkeit beziehen, daß die Kaufsache der vom Verkäufer gegebenen Beschreibung nicht entspricht. Denn als Zusicherung bezeichnen wir die Tatsache, daß der Verkäufer eine Eigenschaft als sicher hinstellt. Wer aber annimmt, eine Eigenschaft sei sicher gegeben, schließt damit ihr Nichtvorhandensein als unmöglich aus<sup>6</sup>. Wer zum Beispiel von seiner Uhr versichert, daß sie eine goldene Schale habe, erklärt damit zugleich, es sei unmöglich, daß die Schale nicht golden sei. Somit ist immer dann, wenn eine Kaufsache zwar zusätzlich beschrieben, zugleich aber gerade für die beschriebene [75] Eigenschaft die Wegbedingung der Haftung, die Gewährleistung oder die Garantieübernahme erklärt wird, gar nicht der Erklärungsinhalt der Zusicherung, sondern jener der Angabe verwirklicht. Der Verkäufer bezeichnet die beschriebene Eigenschaft nur als wahrscheinlich, läßt also die Möglichkeit zu, daß sie nicht gegeben ist, und gerade darum äußert er sich darüber, was zu geschehen hat, wenn diese Möglichkeit und nicht die als wahrscheinlich behauptete verwirklicht ist. Dabei ist allerdings zweierlei zu beachten:

Die Verwendung des Wortes "Garantie" hat nicht notwendigerweise den Sinn einer Gewährleistung oder Garantieübernahme. Wer zum Beispiel erklärt, sein Auto sei "garantiert nur 40 000 km gefahren worden", betont einfach, daß seine Beschreibung ernsthaft gemeint und die mitgeteilte Tatsache als sicher anzunehmen sei.

Sodann kann in ein und derselben Erklärung die eine Eigenschaft als sicher und eine andere, für

<sup>6</sup> Natürlich ist es möglich, daß der Verkäufer leichtfertig oder gar wider besseres Wissen eine Eigenschaft als sicher bezeichnet. Diese Fälle der Diskrepanz zwischen Erklärung und Vorstellung des Verkäufers bilden aber eine besondere Tatsachenreihe, auf die hier nicht einzutreten ist.

welche Garantie oder Gewährleistung übernommen wird, als wahrscheinlich bezeichnet werden. Dies trifft insbesondere dann zu, wenn eine Eigenschaft die Summe anderer Eigenschaften darstellt, wie zum Beispiel die Betriebstauglichkeit einer Maschine. Wer für eine Maschine "ein Jahr Garantie" übernimmt, bezeichnet nicht etwa die Betriebstauglichkeit als sicher. Noch weniger sichert er deren Fortbestand während des Garantiejahres zu. Vielmehr gibt er durch seine Garantieübernahme zu erkennen, daß sich im ersten Jahr der Inbetriebnahme noch unbekannte, aber bereits vorhandene Mängel zeigen können. Für den Fall, daß dies zutrifft, wird eben die Garantie übernommen. Die Betriebstauglichkeit wird somit bloß als wahrscheinlich bezeichnet. Aber in dieser Angabe ist immerhin zugleich die Zusicherung bestimmter Eigenschaften enthalten, auf denen die Wahrscheinlichkeit der Betriebstauglichkeit beruht, etwa daß die Maschine bestimmte Bestandteile aufweist oder daß einzelne Teile aus bestimmtem Material bestehen.

3. Nachdem abgeklärt ist, welcher verkehrübliche Erklärungsinhalt als Zusicherung verstanden werden muß, stellt sich für diesen Erklärungsinhalt ebenfalls die Frage, in welche Tatsachenkategorien er eingereiht werden kann.

a) Nach ihrem Inhalt ist die Zusicherung eine *Vorstellungsäußerung*. Der Verkäufer gibt durch sie zu erkennen, daß er eine bestimmte, die Kaufsache betreffende Tatsache als gegeben annimmt. Und zwar ist sie eine qualifizierte Vorstellungsäußerung, nämlich eine *Wissensäußerung*. Der Verkäufer gibt nicht nur zu [76] erkennen, daß er an die beschriebene Eigenschaft glaubt<sup>7</sup>, sondern daß er davon auf Grund eigener Feststellung Kenntnis hat (vgl. hievor S. 73 f.). Übrigens stellt auch die in der Erklärung des Verkäufers enthaltene Bezeichnung der Kaufsache (vgl. hievor S. 71) eine qualifizierte Vorstellungsäußerung in diesem Sinne dar. Denn indem der Verkäufer den Kaufgegenstand einer bestimmten Gattung zuweist, erklärt er, daß er die wesentlichen Gattungsmerkmale selber festgestellt habe.

Die Zusicherung ist dagegen *keine Willensäußerung*. Sie wäre dies dann, wenn sie entweder einen Entschluß zu eigenem Verhalten oder eine Zustimmung zu fremdem Verhalten zum Ausdruck bringen würde. Nun lassen sich aber mit Bezug auf die Beschaffenheit der Kaufsache nur zwei Willensinhalte denken, die bei der Zusicherung nicht vorkommen können:

Der Verkäufer kann sich darüber äußern, wie er oder der Käufer sich verhalten soll, wenn die Kaufsache die zugesicherte Eigenschaft nicht aufweist. Allein indem der Verkäufer einen Willen dieses Inhaltes erklärt, bezeichnet er die beschriebene Eigenschaft nicht als sicher, sondern nur als wahrscheinlich, so daß gar keine Zusicherung, sondern der "benachbarte" Erklärungsinhalt der Angabe vorliegt, verbunden mit einem der drei besprochenen Erklärungsinhalte (hievor Ziff. 2 lit. b)<sup>8</sup>.

Ferner läßt sich denken, daß der Verkäufer erklärt, er werde durch sein eigenes Verhalten dafür sorgen, daß die Kaufsache die zugesicherte Eigenschaft bis zur Übergabe der Kaufsache erhalte oder behalte. Dann liegt aber ebenfalls nicht der als Zusicherung bezeichnete Erklärungsinhalt vor, sondern eine Äußerung von werkvertragähnlichem Inhalt, die beim Verkauf nicht verkehrüblich ist. Bei der Zusicherung sagt der Verkäufer nur aus, wie die Kaufsache [77] beschaffen ist, nicht dagegen, daß sie durch sein Verhalten eine bestimmte Beschaffenheit aufweisen werde.

Die Zusicherung ist somit eine reine Vorstellungsäußerung. Dies tritt deshalb nicht so klar hervor, weil die Zusicherung stets mit einer Willenserklärung des Verkäufers aufs engste verbunden ist, nämlich mit der Hauptklärung des Verkäufers, er werde die Kaufsache zu Eigentum übergeben. Die beiden Erklärungen besagen zusammen, daß die Kaufsache übergeben und bei der Übergabe

<sup>7</sup> von Tuhr/Sieglwart, § 23 I 2.

<sup>8</sup> Auf einer mangelnden Unterscheidung der Erklärungsinhalte der Zusicherung und der rechtsgeschäftlichen Gewährleistung beruht die beiläufige Annahme des Bundesgerichtes (BGE 73 II 223 f.), es gebe Zusicherungen, die auf dem Verpflichtungswillen des Verkäufers beruhen. Unrichtig ist nach dem Gesagten (hievor S. 74) auch die anschließende Behauptung, für Zusicherungen im Sinne bloßer Vorstellungsäußerungen sei eine Wegbedingung der Haftung "logisch sehr wohl denkbar". Die zum Beweis angerufene Gegenüberstellung von Art. 199 und 197 OR ist schon deshalb nicht schlüssig, weil Art. 199 auch dann einen Sinn hat, wenn sich die Zusicherung und die Wegbedingung der Haftung gegenseitig ausschließen.

eine bestimmte Beschaffenheit aufweisen werde. Daher liegt es nahe zu sagen, der Verkäufer äußere den Willen zur Übergabe der Kaufsache mit der zugesicherten Eigenschaft. Doch ist dies ungenau. Gegenstand eines Entschlusses kann immer nur ein Verhalten sein. Wird die Übergabe einer bestimmten Kaufsache gewollt, so besteht das gewollte Verhalten auch dann nur in der Übergabe, wenn die Kaufsache noch zusätzlich beschrieben wird<sup>9</sup>. Es wäre zum Beispiel sinnlos zu sagen, der Verkäufer "wolle", daß sein Auto nur 40 000 km gefahren worden sei.

b) Rein tatsächlicher Natur ist auch die weitere Frage, ob die Zusicherung einen *Vertragsbestandteil* darstellt. Ihre Beantwortung hängt davon ab, wie der "Tatbegriff" des Vertrages aufgefaßt wird.

Versteht man unter Vertrag nur die Gesamtheit der *Willensinhalte* der ausgetauschten Äußerungen, so gehört die Zusicherung nicht zum Vertrag. Denn Gegenstand des Willens kann, wie schon erwähnt wurde, nur ein Verhalten sein, während sich die Zusicherung auf den Bestand einer Tatsache bezieht.

Versteht man dagegen unter Vertrag auch noch die Gesamtheit der *Vorstellungsinhalte*, die in den ausgetauschten Äußerungen zum Ausdruck kommen, so gehört auch die Zusicherung zum [78] Vertrag, sobald sie, was die Regel ist, beim Käufer eine entsprechende Vorstellung hervorruft. Denn diese Vorstellung kommt alsdann auch in der Erklärung des Käufers zum Ausdruck. Wenn der Verkäufer erklärt, er wolle einen "Fiat 1400, nur 40 000 km gefahren", verkaufen, und der Käufer dieses Angebot annimmt, so erklärt auch der Käufer zum mindesten stillschweigend, das Auto, das er kaufen wolle, sei nur 40 000 km gefahren worden. Beide Parteien haben in diesem Falle eine gemeinsame Vorstellung, welche die auf Grund der Bezeichnung der Kaufsache zum Ausdruck kommende Vorstellung in bestimmter Richtung erweitert und die gemeinsame Grundlage ihre Entschlüsse bildet (vgl. hievon S. 72).

## IV

Für die *Auslegung* des Art. 197 OR ergibt sich nach der Besprechung des verkehrüblichen Erklärungsinhaltes der Zusicherung die folgende Ausgangslage: Art. 197 Abs. 1 sieht als Rechtswirkung die Gewährleistung des Verkäufers vor, und zwar für zwei einander gleichgestellte Tatbestände. Von diesen fällt im Zusammenhang mit der Zusicherung nur der eine für die Auslegung in Betracht. Er wird angedeutet durch die Worte "für die zugesicherten Eigenschaften" und liegt dann vor, wenn eine "zugesicherte" Eigenschaft beim Übergang der Kaufsache an den Käufer fehlt. Die "Zusicherung" ist somit ein Element dieses gesetzlichen Tatbestandes. Demnach geht die Auslegungsfrage dahin, wie sich diese "Zusicherung" im Sinne des Gesetzes zum dargestellten Erklärungsinhalt "Zusicherung" und zu den weiteren besprochenen Erklärungsinhalten verhält.

Was zunächst diese letztern anbetrifft, so dürfte klar sein, daß weder die Anpreisung noch die Angabe unter den gesetzlichen Begriff der Zusicherung fallen. Denn wegen Äußerungen dieses Inhaltes hat der Käufer keinen zureichenden Grund, eine Eigenschaft der Kaufsache als sicher anzunehmen. Deshalb besteht auch kein Grund dafür, daß diese Äußerungen die Rechtsfolge des Art. 197 nach sich ziehen.

<sup>9</sup> Deshalb ist der Verkäufer nur zur Übergabe der bezeichneten Sache verpflichtet. Weist diese die zugesicherte Eigenschaft nicht auf, so hat seine Verpflichtung nicht etwa einen unmöglichen Inhalt. Der Verkäufer erfüllt daher durch die Übergabe gleichwohl richtig. Vgl. von Tuhr/Siegwart § 23 Anm. 18. Indessen kann, entgegen von Tuhr, die Behauptung, daß die Zusicherung kein Versprechen darstellt, nur bewiesen werden mit der im Text vorgenommenen Prüfung ihres Erklärungsinhaltes, nicht dagegen mit dem Hinweis, ein Versprechen mit unmöglichem Inhalt wäre nach Art. 20 OR nichtig, während doch der Käufer nach Art. 197 OR wandeln oder mindern könne. Von Tuhr vermengt hier die Prüfung des Erklärungsinhaltes mit der Auslegung des Gesetzes (vgl. hievon S. 70 f.). Zudem wäre es möglich, daß Art. 197 als *lex specialis* den Art. 20 für den Fall der Zusicherung ausschließt.

Hat der Verkäufer nicht nur eine zusätzliche Eigenschaft als wahrscheinlich bezeichnet, sondern zugleich hierfür die Haftung wegbedungen oder die Gewährleistung bzw. die Garantieübernahme versprochen, und hat, was hier vorauszusetzen ist, der Käufer zugestimmt, so treten beim Fehlen der beschriebenen Eigenschaft, die in diesen Erklärungen vorgesehenen Rechtswirkungen ein. Dies ergibt sich nicht aus Art. 197, sondern aus dem allgemeinen Grundsatz, daß [79] Verträge zu halten sind. Die vertragliche Regelung der Folgen des Fehlens einer als wahrscheinlich bezeichneten Eigenschaft macht die Anwendung (dispositiver) gesetzlicher Regeln gerade überflüssig, so daß sich bei ihrem Vorkommen die Frage gar nicht stellt, ob der Tatbestand der Angabe unter Art. 197 fällt. Im Bereich einer vertraglichen Regelung ist nur Raum für die Anwendung der zwingenden Vorschriften des Gewährleistungsrechtes, die der Abrede der Parteien vorgehen (wie Art. 199 und 203).

Als *Hauptfrage* bleibt demnach zu prüfen, wie sich der verkehrübliche Erklärungsinhalt der Zusicherung zum gesetzlichen Begriff der Zusicherung verhält. Bereits die bisherigen Ausführungen berechtigen zum Schluß, daß er den Hauptanwendungsfall des Art. 197 Abs. 1 darstellt, soweit dieser von der Zusicherung handelt. Hiefür spricht auch die Überlegung, daß eine gesetzliche Regelung gerade dann notwendig ist, wenn eine als sicher bezeichnete Eigenschaft fehlt. Denn in diesem Falle fehlt zwangsläufig eine vertragliche Regelung, weil eben immer dann, wenn eine Eigenschaft als sicher bezeichnet wird, mit der Möglichkeit ihres Fehlens nicht gerechnet wird (S. 74). Somit kann sich ernsthaft nur die folgende Frage stellen: Ist die Zusicherung im verkehrüblichen Sinne auf jeden Fall eine Zusicherung im Sinne des Gesetzes oder nur dann, wenn noch ein besonderes, qualifizierendes Merkmal gegeben ist? Auf diese Frage hat sich denn auch die wissenschaftliche Diskussion zugespitzt. Schon bei der Beratung des deutschen BGB wurden die einfache und die qualifizierte Zusicherung einander gegenübergestellt<sup>10</sup>. In der Folge hat sich das Reichsgericht für die qualifizierte Zusicherung entschieden<sup>11</sup>. Gemäß seiner ständigen Praxis zu § 459 BGB, der dem Art. 197 entspricht, "kann nicht jede bei Gelegenheit von Kaufverhandlungen über einen Kaufgegenstand abgegebene Erklärung, nicht jedes dictum des Verkäufers, ohne weiteres als Zusicherung nach § 459 BGB betrachtet werden. Um eine solche annehmen zu können, ist vielmehr erforderlich, daß die Erklärung vom Käufer als vertragsmäßige verlangt, vom Verkäufer in vertragsmäßig bindender Weise abgegeben wurde"<sup>12</sup>. [80] Die Qualifikation der gesetzlichen Zusicherung wurde somit darin erblickt, daß sie auf Grund des Parteiwillens "vertragsmäßigen" und "bindenden" Charakter hat. Auf diese in Deutschland herrschende, wenn auch nicht unangefochtene Ansicht nahm das Bundesgericht bewußt Bezug<sup>13</sup>, als es in den eingangs erwähnten Entscheidungen von der Frage ausging, ob es sich bei der Zusicherung gemäß Art. 197 um eine "vom rechtsgeschäftlichen Willen getragene Erklärung" und somit um einen "Vertragsbestandteil" handle oder um eine "bloße Vorstellungsäußerung".

Allein aus den bisherigen Ausführungen ergibt sich, daß diese Frage unrichtig gestellt ist. Bei der wissenschaftlichen, vom Einzelfall losgelösten Auslegung eines Normtatbestandes ist jeweils zu prüfen, ob ein typischer Lebensvorgang im Normtatbestand enthalten ist. Nun wurde durch die Tatsachenforschung abgeklärt, daß der Lebensvorgang der Zusicherung, um dessen Subsumtion es sich handelt, nur eine Vorstellungsäußerung ist und nie eine Willensäußerung sein kann (S. 75 f.). Daher ist die Frage sinnlos, ob dieser Erklärungsinhalt nur dann unter das Gesetz fällt, wenn er eine Willensäußerung darstellt. Die Antwort, daß das Gesetz eine Willensäußerung verlange, müßte zwangsläufig bedeuten, daß es einen andern Erklärungsinhalt meine, nicht den gefragten. Es ist ausgeschlossen, daß das Gesetz einem Erklärungsinhalt, der die Merkmale einer reinen Vorstellungsäußerung aufweist, den Charakter einer Willensäußerung beilegen kann. In der deutschen Rechtsprechung und Literatur hatte denn auch die auf die unrichtige Frage gegebene

<sup>10</sup> Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB, Bd. I, Berlin 1897, S. 685 f.

<sup>11</sup> Nach *Wolff*, Sachmängel beim Kauf, Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerl. Rechts, Bd. 56 S. 46 f., befand sich das Reichsgericht in Widerspruch zu den Gesetzesmaterialien.

<sup>12</sup> RGZ 54 S. 223.

<sup>13</sup> Vgl. *Stauffer*, a.a.O. S. 145 f.

Antwort, die Zusicherung müsse eine Willensäußerung sein, folgende Wirkung: Theoretisch wurde der gesetzliche Tatbestand der Zusicherung der rechtsgeschäftlichen Gewährleistung gleichgesetzt<sup>14</sup>, wobei anscheinend übersehen wurde, daß es gar nicht notwendig gewesen wäre, eine bereits vertraglich begründete Pflicht noch gesetzlich festzulegen. Praktisch wurden dann aber die Regeln über die Gewährleistung doch auf den verkehrsüblichen Erklärungsinhalt der Zusicherung angewendet, indem im Einzelfall eine "vertragsmäßig gewollte" Zusicherung immer dann angenommen wurde, wenn der Verkäufer eine Eigenschaft ernsthaft [81] als gegeben bezeichnete. Jedenfalls hat sich die theoretisch gerechtfertigte Befürchtung, der Verkäufer könne nach der Ansicht des Reichsgerichtes sagen, was er wolle, wenn es nur nicht in der Form eines Garantieverprechens geschehe<sup>15</sup>, nicht verwirklicht. Obwohl in der deutschen Literatur immer wieder betont wird, daß eine "einseitige ernstliche Zusage" nicht genüge und eine "Willensübereinstimmung" vorliegen müsse, ist kein Rechtsfall, ja nicht einmal ein Schulbeispiel bekannt geworden, bei dem nur eine "einseitige ernstliche Zusage", nicht aber eine "Willensübereinstimmung" anzunehmen war<sup>16</sup>.

Wenn aber die Qualifikation des gesetzlichen Begriffes der Zusicherung nicht in deren Eigenschaft als Willensäußerung bestehen kann, so ist die Frage, ob es für die verkehrsübliche Zusicherung einer Qualifikation bedürfe, damit sie unter das Gesetz falle, überhaupt gegenstandslos. Denn es gibt kein anderes qualifizierendes Merkmal, das dazu Anlaß bietet, den gesetzlichen Begriff der Zusicherung enger zu fassen als den verkehrsüblichen Erklärungsinhalt. Somit stellt jede Zusicherung im verkehrsüblichen Sinn auch eine Zusicherung im Sinne des Gesetzes dar. Der Rechtsbegriff stimmt mit dem "Tatbegriff" überein (vgl. hievon S. 70). Zu diesem Ergebnis, das übrigens wegen des Wortlautes des Gesetzes schon a priori nahe liegt, führt auch die teleologische Auslegung des Gesetzes. Die Gewährleistungspflicht des Verkäufers ist innerlich immer dann gerechtfertigt, wenn der Käufer in seinem Vertrauen, das er auf Grund des Verhaltens des Verkäufers in guten Treuen haben konnte, getäuscht ist. Und dies trifft dann zu, wenn die Kaufsache eine Eigenschaft nicht aufweist, die der Verkäufer im Sinne einer Wissenserklärung als sicher hingestellt hat. Der angeführte Zweckgedanke rechtfertigt auch zwei im Gesetz nicht genannte, aber unbestrittene Einschränkungen der Gewährleistung: Der Verkäufer haftet nicht, wenn die Zusicherung nicht kausal war für den Entschluß des Käufers, zu kaufen oder zu den vereinbarten Bedingungen zu kaufen; ferner dann nicht, wenn die zugesicherte Eigenschaft zwar nicht bei der Übergabe der Sache, wohl aber im Zeitpunkt des Gefahrüberganges vorhanden war<sup>17</sup>.

## [82] V

Die vorstehenden Erwägungen stimmen im Ergebnis mit der eingangs erwähnten Stellungnahme des Bundesgerichtes überein. Denn dieses nimmt dem Sinne nach ebenfalls an, der verkehrsübliche Erklärungsinhalt der Zusicherung sei eine Vorstellungsäußerung und stelle stets eine Zusicherung im Sinne des Gesetzes dar. Damit hat das Bundesgericht abgeklärt, daß das unglückliche Erfordernis des "vertragsmäßig bindenden" Charakters der Zusicherung, welches die wissenschaftliche Diskussion belastet hat, im schweizerischen Recht bedeutungslos ist. Dagegen hat das Bundesgericht die unrichtige Fragestellung, die zu dieser Diskussion geführt hat, nicht überwunden. Es unterscheidet in seiner Argumentation nicht zwischen der Zusicherung im tatsächlichen Sinne als einem im Leben vorkommenden Erklärungsinhalt und der Zusicherung im

<sup>14</sup> Kommentar der Reichsgerichtsräte, Bd. 2, 6. Aufl. 1928, Anm. II b zu § 459 BGB: "Jedenfalls liegt in der Zusicherung einer Eigenschaft der Kaufsache ... das Versprechen, für alle Folgen eintreten zu wollen, wenn diese Eigenschaft fehlt."

<sup>15</sup> Wolff, a.a.O. S. 48 f.

<sup>16</sup> Bezeichnend sind in dieser Hinsicht die Darlegungen des Kommentars *Staudinger-Ostler*, 10. Aufl. 1937, N. 60 zu § 459 BGB.

<sup>17</sup> BGE 71 II 240 f.

Rechtssinn als einem zum Norminhalt gehörenden gesetzlichen Tatbestand. Daher erachtet es seine gesamte Argumentation als Auslegung des Art. 197 OR. Das Gericht bezeichnet die in Wirklichkeit aus der Tatsachenforschung fließende Erkenntnis, daß es sich beim verkehrüblichen Erklärungsinhalt der Zusicherung um eine reine Vorstellungsäußerung handelt, als Auslegungsergebnis, als Erkenntnis der "Rechtsnatur" der "Rechtsfigur" Zusicherung. Diese methodisch unrichtige Vermengung von Tatsachenforschung und Auslegung erfordert drei *Klarstellungen*:

1. Zu Unrecht sucht das Bundesgericht den Charakter der Zusicherung als Vorstellungsäußerung zu beweisen durch eine *Auslegung des Gesetzes nach der historischen Methode*. Die dahingehenden Ausführungen müssen zwangsläufig am Kern der Sache vorbeigehen. Zwar ist es richtig, daß nach dem gemeinen Recht, auf das es bei einer historischen Auslegung des OR in erster Linie ankäme, jede einseitige ernsthafte Aussage des Verkäufers die Gewährleistungspflicht begründete. Aber diese Regelung wurde nicht etwa, wie man nach der Argumentation des Bundesgerichtes meinen könnte, damit begründet, daß nicht nur das eigentliche promissum, sondern auch das als Vorstellungsäußerung aufzufassende dictum eine Zusicherung darstelle. Im Gegenteil: im gemeinrechtlichen Schrifttum zur Zeit des Erlasses des OR war es üblich, die zugesicherten Eigenschaften als "versprochene" Eigenschaften zu bezeichnen. Die beiden Ausdrücke "dictum" und "promissum" wurden jeweils gemeinsam zur Bezeichnung ein und desselben Tatbestandes, der [83] Zusicherung schlechthin, verwendet<sup>18</sup>. Diesem Sprachgebrauch entspringt der vom Bundesgericht selber hervorgehobene Wortlaut des Art. 197 OR. Er war auch in der älteren Praxis des Bundesgerichtes üblich<sup>19</sup>. Demnach verhielt es sich im gemeinen Recht so, daß der Charakter der Zusicherung als bloßer Vorstellungsäußerung übersehen und die Zusicherung vom Übertragungsversprechen des Verkäufers nicht getrennt wurde<sup>20</sup>, aber aus dem vermeintlichen Charakter als Versprechen kein Schluß gezogen wurde, der die Voraussetzungen der Gewährleistungspflicht einschränkte. Der Tatbegriff der Vorstellungsäußerung war eben zu jener Zeit noch gar nicht bekannt<sup>21</sup>. Erst die neuere Dogmatik hat ihn entwickelt und damit eine Kontroverse über die "Rechtsnatur" der Zusicherung ermöglicht. Und erst seither, nicht schon im gemeinen Recht, wurde versucht, den Charakter der Zusicherung als Vorstellungsäußerung zu begründen mit dem Hinweis auf den vorjustinianischen Gegensatz zwischen dictum und promissum. Ob damit nicht einfach eine moderne Kontroverse in eine andere Problemstellung des klassischen römischen Rechtes hineinprojiziert wurde, kann nach dem Gesagten dahingestellt bleiben<sup>22</sup>.

2. Indem das Bundesgericht die Zusicherung nur unter dem Gesichtspunkt der "Rechtsnatur" betrachtet und in ihr eine aus der Entwicklung des römischen Rechts zu erklärende "Rechtsfigur" erblickt, betont es zu sehr, daß es sich dabei um ein dem Kaufrecht "*eigentümliches Rechtsinstitut*" handle (BGE 68 II 236). [84] Im gleichen Sinn wirkt der Hinweis, daß die Rechtsfolge des Art. 197 "letzten Endes auf die Grundsätze von Treu und Glauben" zurückzuführen sei, als ob dies nicht auch bei allen andern Rechtssätzen des Vertragsrechtes, die nicht eine auf dem Parteiwillen beruhende Rechtsfolge vorsehen, der Fall wäre. Gegenüber dem Bundesgericht ist festzuhalten, daß das Gesetz die Zusicherung auf höchst einfache Weise behandelt. Es befaßt sich überhaupt nicht

<sup>18</sup> Vgl. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 2, 3. Aufl., Düsseldorf 1873. § 393 Ziff. 1 und Anm. 2; § 395.

<sup>19</sup> In BGE 12 S. 621 erscheint das Gegensatzpaar "Anpreisung" – "Verbindliche Willensäußerung". In BGE 20 S. 975 wird in Auslegung des "Parteiwillens" gefragt, ob ein "dictum et promissum" vorliegt. In BGE 25 II 630 f. wird untersucht, ob "eine Zusicherung (dictum et promissum)" als "ausdrückliches Versprechen" oder einfach in Form der Bezeichnung der Kaufsache gegeben worden sei.

Vgl. auch das Zürcher Privatrechtliche Gesetzbuch, das in § 1414 von den "versprochenen oder vorausgesetzten Eigenschaften" handelte.

<sup>20</sup> Vgl. Windscheid, a.a.O. S. 420 f.: "Die Sache muß dem Käufer so verschafft werden, wie sie nach der Zusicherung des Verkäufers sein soll".

<sup>21</sup> Bechmann, Der Kauf nach gemeinem Recht, Bd. 1, Erlangen 1876, bezeichnete S. 252 f. das altrömische dictum als "declarative" oder "constatierende" Willenserklärung, die er vom Versprechen als einer "constitutiven" Willenserklärung unterschied.

<sup>22</sup> Vgl. die Übersicht bei Schenker, a.a.O. insbesondere S. 10 ff.

mit der Zusicherung als solcher, sondern nur mit dem Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft, und für diesen Fall sieht es nicht eine eigentümliche Rechtsfolge vor, sondern dieselbe Folge wie für den Fall eines körperlichen oder rechtlichen Mangels. Daher liegt es näher, die Zusicherung nicht als besonderes Rechtsinstitut aufzufassen, sondern einfach den Fall des Fehlens einer Eigenschaft, die vom Käufer auf Grund einer Zusicherung oder auch nur auf Grund der Bezeichnung des Kaufgegenstandes in guten Treuen vorausgesetzt werden konnte, in seiner Gesamtheit in Betracht zu ziehen und ihn mit andern Tatbeständen des allgemeinen und besonderen Vertragsrechtes in Beziehung zu bringen<sup>23</sup>. Unter diesem Gesichtspunkt ist es nicht glücklich, wenn die Gewährleistung für eine zugesicherte Eigenschaft als ein besonderer Fall "gesetzlicher Haftung" hervorgehoben wird. Gewiß bezeichnet der dem Wortlaut des Art. 197 entnommene Ausdruck "Haftung" ein Einstehenmüssen. Aber mehr und mehr verbindet sich damit die Vorstellung, daß der Haftende eine Leistung zu erbringen hat. Nun besteht aber die Gewährleistung des Verkäufers in erster Linie nicht in einer Leistungspflicht im Rechtssinn – die Schadenersatzpflicht des Verkäufers hat nur sekundäre Bedeutung –, sondern in einem Gestaltungsrecht des Käufers, dessen Ausübung der Verkäufer gegen sich dulden muß und das den Bestand oder den Inhalt des Kaufvertrages betrifft. Durch die Verwendung des Ausdruckes "Haftung" wird die Ähnlichkeit dieser Rechtslage mit andern Sachverhalten (Art. 107 Abs. 2; 254 OR) verdeckt und insbesondere die Erkenntnis erschwert, daß beim Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft der Tatbestand des Grundlagenirrtums vorliegt. Eine zugesicherte Eigenschaft stellt nämlich immer dann, wenn die Zusicherung beim Käufer eine für seinen Entschluß kausale Vorstellung hervorruft, einen Sachverhalt dar, der vom Käufer "nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als eine notwendige Grundlage des Vertrages betrachtet wurde" (vgl. hievor S. 77 f.).

[85] 3. Das Bundesgericht hat aus dem Charakter der Zusicherung als Vorstellungsäußerung gefolgert, die Zusicherung stelle keinen Vertragsbestandteil dar und sei aus diesem Grunde *beim Grundstückkauf nicht formbedürftig*. Diese Argumentation ist aber beherrscht von der rein konstruktiven Vorstellung, daß die Zusicherung ein besonderes Rechtsinstitut neben dem Kaufvertrag sei. Daher wirkt sie nicht überzeugend. Zudem wird übersehen, daß die Zusicherung auch als bloße Vorstellungsäußerung insofern "vertragsmäßig" ist, als die Erklärung des Käufers ebenfalls die vom Verkäufer mit der Zusicherung gegebene Beschreibung des Kaufgegenstandes enthält (vgl. hievor S. 77 f.). Die Frage, ob die Zusicherung der Form bedarf, ist überhaupt nicht auf Grund von Art. 197 zu beantworten, da diese Bestimmung einzig von der Gewährleistung handelt, sondern auf Grund jener Rechtsnormen, die für den Grundstückkauf den Formzwang vorsehen (Art. 216 OR; Art. 657 ZGB). Maßgebend für den Umfang des Formzwanges sind daher, da weder der Wortlaut noch die historische Auslegung nähere Anhaltspunkte bieten, der Sinn und Zweck dieser Formvorschriften, somit, wie sich das Bundesgericht in einem früheren Entscheid ausgedrückt hat, "die für den Formzwang maßgebenden Motive" (BGE 63 II 79).

Wie weit Sinn und Zweck der Formvorschriften den Formzwang erfordern, ist nun aber eine Ermessensfrage. Mit Sicherheit läßt sich einzig sagen, daß es unter diesem Gesichtspunkt eine Rangfolge unter den beim Vertragsschluß vorkommenden Äußerungen gibt. Da der Zweck des Kaufvertrages im Austausch von Leistungen besteht, fallen für die Verurkundung in erster Linie jene Äußerungen in Betracht, in denen diese Leistungen samt ihren Modalitäten umschrieben werden. Bereits bei diesen Äußerungen, die den gemeinsamen Willensinhalt zum Ausdruck bringen, ist es zweifelhaft, ob der Formzwang in jedem Fall, auch wenn nur Nebenleistungen in Frage stehen, sachlich gerechtfertigt ist (BGE 68 II 232 ff.; 75 II 146). Noch größer sind diese Zweifel bei jenen Äußerungen, die sich einzig auf den gemeinsamen Vorstellungsinhalt und damit auf die Vertragsgrundlage beziehen. Hier überwiegen offensichtlich die Rücksichten auf die "Anforderungen des praktischen Lebens"<sup>24</sup>, die eindeutig gegen jede ausdehnende Auslegung der Formvorschriften sprechen. Es wäre einer Urkundsperson kaum möglich, alle jene Äußerungen zu erfassen, welche Zusicherungen im besprochenen Sinne darstellen. [86] Da nämlich die Parteien

<sup>23</sup> Vgl. hiezu *Menghini*, a.a.O. S. 7-16.

<sup>24</sup> *Stauffer*, a.a.O. S. 151.

beim Vertragsabschluß die zugesicherte Beschaffenheit als sicher ansehen und mit der Möglichkeit ihres Fehlens gar nicht rechnen, sind sie sich in diesem Zeitpunkt der eventuellen rechtlichen Bedeutung der Zusicherung gar nicht bewußt. In diesem Sinne spricht der Charakter der Zusicherung als reiner Vorstellungsäußerung gegen den Formzwang. Im Grunde genommen kann sich die Frage der Formbedürftigkeit nur dann stellen, wenn die Parteien die Möglichkeit des Fehlens einer beschriebenen Eigenschaft in Betracht ziehen, somit bei der rechtsgeschäftlichen Gewährleistung und Garantieübernahme, also dann, wenn der Tatbestand der Zusicherung gerade nicht vorliegt.