

Rezeption: Hans Giger, Berner Kommentar Tauschvertrag

Dr. iur. Frank Th. Petermann

Der vorliegende Band des Berner Kommentars ist der dritte, welcher, das Kaufrecht behandelt. Auf dessen Leitbildfunktion für das gesamte Vertragssystem hat Giger in seinem ersten Band über Fahrniskaufrecht (Art. 184-215 OR) hingewiesen. Auch im zweiten Band über das Grundstückskaufrecht (Art. 216-221 OR) offenbarte sich die dieser Vertragsart innewohnende Grundsätzlichkeit.

[Rz 1] Auch in diesem Band hat es der Autor fertig gebracht, eine äusserst komplexe Rechtsmaterie durch eine konsequente, überzeugend strukturierte Systematik übersichtlich darzustellen, Unvereinbarkeiten aufzudecken, sowie unklare gesetzgeberische Anordnungen unter Hinweis auf Literatur und Rechtsprechung nachvollziehbar zu analysieren. Aber auch eigene Überlegungsergebnisse werden durch eingehende Begründungen verständlich gemacht und mit Problemlösungsangeboten ein konstruktives und praktikables Ergebnis offeriert. Mit seiner Kommentierung deckt der Autor einen äusserst wichtigen Bereich kaufvertraglicher Regelungen ab, die sich in ihrer konkreten inhaltlichen Ausrichtung mit den unterschiedlichsten Rechtsfiguren befasst: die besonderen Arten des Kaufs, wie Kauf nach Muster, Kauf auf Probe oder auf Besicht, Abzahlungs- und Vorauszahlungskauf, Versteigerung sowie das Tauschgeschäft.

[Rz 2] Kommentare sollten nicht nur auf möglichst viele sich aus dem Gesetzestext ergebende Fragen die entsprechenden Antworten im Sinne von Lösungskonzepten bieten, sondern gleichzeitig einen vollständigen Überblick über die jeweils problembezogene Doktrin und Praxis vermitteln. Dieses Anliegen hat Giger in diesem Kommentar erfüllt. Sein weiterer Verdienst liegt in der Tatsache, dass er – wo erforderlich – den Leser aus dem Labyrinth unterschiedlicher Meinungen hinausführt, und dies erst im Anschluss an eine sorgfältige Auseinandersetzung mit den vielfältigen Argumenten, Behauptungen und Folgerungen im Fokus einer gründlichen Analyse der betreffenden Norm geschieht.

[Rz 3] Wie bereits bei den ersten beiden Bänden zum Kaufrecht hat Giger Doktrin und Praxis einer völlig neuen, eigenständigen Kommentierung unterzogen. Dazu kommt, dass sich die Rechtsmaterie in dieser langen Zeit durch ganz erhebliche Änderungen und Erweiterungen des normativen Instrumentariums in ein zeitgemässes Ordnungssystem gewandelt hat. Das gilt insbesondere für die konsumorientierten Schutzbestimmungen, Abzahlungs- und Vorauszahlungsrecht sowie Konsumentenschutzgesetzgebung. Gerade in diesem Gebiet sind in den letzten 40 Jahren erheblich andere Betonungen gesetzt worden: Der Gesetzgeber hat hier im Wesentlichen Neuland betreten, was zwangsläufig zu diversen, zum Teil rechtspolitisch gefärbten Auslegungsvarianten und einer bis heute noch nicht behobenen Rechtsunsicherheit führte. Des Weiteren sind zwischenzeitlich auch die Weichen durch die am 1.1.2003 in Kraft getretene Konsumkreditgebung neu gestellt worden. Trotzdem werden die hierzu gemachten Überlegungen gerade im Zusammenhang mit der Neuformulierung eine dominante Bedeutung einnehmen: Wann liegt ein Abzahlungsvertrag vor? Wie bestimmt sich sein sachlicher Geltungsbereich? Welche Normen bildeten hierfür die Ausgangsbasis? Weshalb ist die Vertragstypenbestimmung unentbehrlich? Welche vertraglichen Abmachungen fallen unter das Abzahlungsrecht? Wie steht es diesbezüglich mit den Kreditkarten, den Leasingverträgen sowie verwandten Vertragsfiguren? In welcher Hinsicht beeinflusst die soeben in Kraft getretene Konsumkreditgesetzgebung die Normzuständigkeit? Welche Probleme wirft die Verzichtserklärung auf? Führt die Benützung der gelieferten Sache zum Verlust des Widerrufsrechts? Was für Probleme wirft die Anzahlungspflicht auf? Wie gestaltet sich das Rücktrittsrecht? Welches sind die Vorbehalte gegenüber der Stundung durch den Richter? Solche und andere Fragen sind in dieser zum Teil auch für die Auslegung der Neuordnung wichtigen Materie eingehend analysiert und einer Lösung zugeführt worden. Auch die Themen «Kauf nach Muster» (Art. 222 OR) sowie «Kauf auf Probe oder auf Besicht» (Art. 223-225 OR) sind eingehend abgehandelt.

[Rz 4] Kommentierung und Analyse der Normen über die *Versteigerung* (Art. 229-237 OR) beanspruchen rund 300 Seiten: Das allein signalisiert schon den hohen Stellenwert dieses Rechtsinstituts. Da das Buch 1999 erschien, konnte der Autor zum damaligen Zeitpunkt verständlicherweise noch nicht auf die gesamte Problematik der Internet-Auktionen (bspw. www.ebay.com) eingehen, deren rechtliche Problematik sich vor allem in den letzten zwei bis drei Jahren herausgestellt hat und die sich nicht nur zunehmender Beliebtheit erfreuen, sondern sich auch immer mehr spezialisieren (so gibt es bspw. für die Versteigerung von Schusswaffen eine eigene Internet-Plattform www.egun.de). Wer sich jedoch mit der Problematik von Internet-Versteigerungen beschäftigen möchte, der wird kaum umhin kommen, sich zuerst ganz grundsätzliches Wissen über das Versteigerungswesen anzueignen. Dafür wiederum ist der vorliegende Kommentar hervorragend geeignet. Mit der ihm eigenen Gründlichkeit prüft Giger das gesetzliche Netzwerk anhand von Literatur, Rechtsprechung und – was diesen Kommentar auch über einen blossen Kommentar heraushebt – dank eigengedanklicher Verarbeitung. Es zeigt sich, dass keine einheitliche Reglementierung vorliegt, sondern Normsysteme und -gruppen unterschiedlichster Herkunft das rechtliche Schicksal versteigerungsbezogener Probleme bestimmen: allgemeine vertragliche Regeln, Sonderbestimmungen des Versteigerungsaufsichtsrechts sowie die gesetzgeberischen Anordnungen des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts. In diesem Zusammenhang macht der Autor auch auf die Unterschiedlichkeiten im Bereich der einzelnen Versteigerungsarten, Zwangsversteigerung und freiwillige öffentliche wie private Versteigerung, aufmerksam.

[Rz 5] Der soeben aufgezeichnete Normenkomplex, der sich mit der Versteigerungsproblematik befasst, eröffnet eine Fülle offener Probleme: Wer sind die Rechts- und Kompetenzträger auf Seiten der Verkäuferschaft sowie der Käuferschaft? Welche Bedeutung kommt dem Zuschlag zu? Welche Anomalien können auftreten? Wie sind sie zu

lösen? Wie gestaltet sich das Verfahren? Was für besondere Probleme sind damit verbunden? In diesem Zusammenhang erfolgt die Auseinandersetzung mit den verschiedenen Stadien des Versteigerungsverfahrens. Grosse Bedeutung beansprucht Art. 230 OR, dem die Aufgabe zufällt, allfällige Störungsquellen im Bereich der konsumfreundlichen Vertragsabschlussvarianten durch geeignete Mittel bekämpfen zu können. Da sehr viele dieser Probleme auch bei den erwähnten Internet-Auktionen auftreten können und auch auftreten, vermag dieser Kommentar hier vor allem in die Denkweise einzuführen, welche zur Lösung dieser Probleme unabdingbar ist.

[Rz 6] Was den Kommentar nicht nur für den praktizierenden Anwalt, sondern auch für die Rechtsabteilungen von Banken sehr wertvoll macht, ist die Tatsache, dass auch das Zwangsversteigerungskaufrecht sehr eingehend behandelt wird, ebenso die Gewährleistungsregeln. Das Zwangsversteigerungskaufrecht – so Giger – bekennt sich zum Prinzip des Ausschlusses der Gewährleistung, wobei allerdings zwei Ausnahmen («besondere Zusicherung» und «absichtliche Täuschung») Geltung fordern. Als interpretations- und erklärungsbedürftig bezeichnet der Autor mit nachvollziehbarer Begründung Art. 234 Abs. 2 OR, der sich mit dem Übergang von Rechten und Pflichten befasst. In einer scharfsinnigen Analyse zeigt GIGER auf, dass Art. 235 OR für den Eigentumsübergang eine Vereinfachung der Formalien bringt. Grundsätzlich besteht die Besonderheit in der Tatsache, dass der Gesetzgeber im Schuldrecht eine sich sachenrechtlich auswirkende Anordnung festlegt: Der Erwerb erfolgt bei der Fahrnisversteigerung durch Zuschlag. Im Gebiet der Zwangsversteigerung von Grundstücken wird die öffentliche Beurkundung entbehrlich. Eine Reihe offener Fragen bleiben nach richtiger Ansicht des Autors offen: Wie steht es mit der Versteigerung von *Forderungen*? Wie geht die Übertragung anderweitiger Rechte vor sich? Wie ist die Übertragung vom Miteigentum geregelt? Was geschieht im Hinblick auf die Übertragung eines Vorkaufs- oder eines Kaufrechts? Schliesslich beschäftigt sich der Kommentator ebenfalls mit der Delegation von Gesetzgebungskompetenzen im Versteigerungsrecht. Den Abschluss dieser überaus umsichtigen, kreativen und ins Einzelne gehenden Kommentierung bildet die Bearbeitung des Tauschgeschäfts: Das Zentrum der Problematik liegt hier in der richtigen Abgrenzung zwischen Kauf und Tausch, wobei – so Giger – «Anwendungsidentität» und «Anwendungsdifferenz» klar auseinander zu halten sind.

[Rz 7] Der Kommentar verfügt über ausführliche Nachschlagehinweise für das Auffinden der jeweils benötigten Informationen: Am Anfang verschafft eine Inhaltsübersicht die notwendige erste Orientierung. Jede kommentierte Bestimmung wird sodann durch ein überaus detailliertes Inhaltsverzeichnis eingeleitet und ein aussergewöhnlich umfangreiches Sachregister garantiert dem Leser auch über Schlagworte den Zugang zu gesuchten Fundstellen.

[Rz 8] Der vorliegende Kommentar geht weit über eine einfache Kommentierung hinaus, sondern bietet dem Leser durch eine schier unerschöpfliche Fülle von eigengedanklichen Lösungsansätzen einen tieferen Einblick in die Materie, welcher – wenn einmal gewonnen – sich von der Logik her auf das gesamte Kaufrecht anwenden lässt.

Dr. iur. Frank Th. Petermann, St. Gallen (erstellt aufgrund von Notizen des am 23.12.03 verstorbenen Prof. Max Keller, Zürich)

Hans GIGER: Berner Kommentar: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 1. Teilband: Kauf und Tausch, 4. Abschnitt: Besondere Arten des Kaufs, Art. 222-236 OR, 5. Abschnitt: Der Tauschvertrag, Art. 237-238 OR. (Bern 1999), IX + 954 S., Stämpfli Verlag AG, geb. CHF 380. ([Online bestellen](#))

Rechtsgebiet Publikationen

Erschienen in [Jusletter 18. April 2005](#)

Zitiervorschlag Frank Th. Petermann, Rezension: Hans Giger, Berner Kommentar Tauschvertrag, in: [Jusletter 18. April 2005](#) [Rz]