

§§ 1045-1052¹

Stand 2.2.2017

Originaltext	Regelungsinhalt	Bemerkungen (zB zum Alter, zu Schnittstellen mit anderen Normen)	Textvorschlag	Alternativen
23. Hauptstück Von dem Tauschvertrage			23. Hauptstück Tauschvertrag	
Tausch			Begriff des Tauschvertrags	
§ 1045. Der Tausch ist ein Vertrag, wodurch eine Sache gegen eine andere Sache überlassen wird. Die wirkliche Übergabe ist nicht zur Errichtung; sondern nur zur Erfüllung des Tauschvertrages, und zur Erwerbung des Eigentumes notwendig. ²	Definition des Tauschvertrages als Konsensualvertrag	idF JGS Nr. 946/1811	§ 1045. ¹ Der Tausch ist ein Vertrag über die gegenseitige Überlassung von Sachen. ² Die Sachübergabe ist nur zur Vertragserfüllung und zum Eigentumserwerb notwendig.	§ 1045. ¹ Im Tauschvertrag verpflichten sich die Parteien, einander Besitz und Eigentum an bestimmten Sachen zu verschaffen. ² Das Eigentum geht mit Übergabe der Sache auf den Erwerber über. ³
§ 1046. Das Geld ist kein Gegenstand des Tauschvertrages; doch lassen sich Gold und Silber als eine Ware, und selbst als Münzsorten insoweit vertauschen; als sie nur gegen andere Münzsorten, goldene nämlich gegen silberne, kleinere gegen größere Stücke verwechselt werden sollen.	Geld als Gegenstand des Tauschvertrages	idF JGS Nr. 946/1811	§ 1046. ¹ Geld ist grundsätzlich keine zum Tausch geeignete Sache (§ 1053). ² Ein Tauschvertrag liegt jedoch dann vor, wenn es den Parteien nur um den Metallwert geht oder wenn innerhalb einer Währung gewechselt wird. ⁴	<i>De lege ferenda wohl ganz entbehrlich.</i>

¹ Vorarbeiten von *Martin Rzehorska*, Die ABGB-Vorschriften zum Tauschvertrag und zur Zession: wesentlicher Inhalt und sprachliche Neufassung (Seminararbeit Univ. Graz 2015).

² Dass der Tauschvertrag kein Realvertrag ist, bedarf heute keiner ausdrücklichen Anordnung mehr. Sie sollte daher (zumindest) in der Alternative weggelassen und allenfalls durch eine – allerdings ebenfalls nicht wirklich nötige – Regelung des Eigentumserwerbs (wie in § 1053) ersetzt werden.

³ Dieser Satz könnte auch weggelassen werden.

⁴ *Zeiller*, Kommentar III/1, 337 f, erwähnt zwar auch den Tausch inländischer gegen ausländische Münzen. *Wahle* in *Klang/Gschnitzer*² IV/2, 24 weist darauf hin, dass „Geldwechsler“ (wie Banken) fremde Währungen immer nur kaufen und verkaufen. Da aber im Originaltext fremde Währungen nicht eigens erwähnt werden, unterbleibt dies auch im Textvorschlag.

Originaltext	Regelungsinhalt	Bemerkungen (zB zum Alter, zu Schnittstellen mit anderen Normen)	Textvorschlag	Alternativen
Rechte und Pflichten der Tauschenden			Rechte und Pflichten der Parteien	
§ 1047. Tauschende sind vermöge des Vertrages verpflichtet, die vertauschten Sachen der Verabredung gemäß mit ihren Bestandteilen und mit allem Zugehör ⁵ zu rechter Zeit, am gehörigen Ort und in eben dem Zustande, in welchem sie sich bei Schließung des Vertrages befunden haben ⁶ , zum freien Besitze zu übergeben und zu übernehmen.	Pflichten der Parteien	idF RGBI Nr. 69/1916	§ 1047. ¹ Der Tauschvertrag verpflichtet jede Partei, die geschuldete Tauschsache bei Fälligkeit am Erfüllungsort in den Besitz und das Eigentum ⁷ der anderen Partei zu übergeben und zu übernehmen ⁸ . ² Dabei ist die Sache mit ihren Bestandteilen und Zubehör in jenem Zustand zu übergeben, in dem sie sich bei Vertragsabschluss befand.	§ 1047. (1) Der Tauschvertrag verpflichtet jede Partei, die geschuldete Tauschsache der anderen Partei bei Fälligkeit am Erfüllungsort im vereinbarten Zustand zu übergeben. (2) Jede Partei trifft die Obliegenheit, die ihr ordnungsgemäß angebotene Sache zu übernehmen. ⁹
insbesondere in Rücksicht der Gefahr;			Gefahrtragung	
§ 1048. Ist eine Zeit bedungen, zu welcher die Übergabe geschehen soll, und wird in der Zwischenzeit entweder die vertauschte bestimmte Sache durch Verbot außer Verkehr	Unwirksamwerden des Vertrages	idF JGS Nr. 946/1811	§ 1048. Der Tauschvertrag ¹⁰ gilt als niemals geschlossen ¹¹ , wenn eine Tauschsache zwischen Vertragsschluss und vereinbartem	<i>Für den Fall massiven Wertverlusts besteht de lege lata et ferenda Abstimmungsbedarf mit § 932 (grundsätzlich Pflicht</i>

⁵ In der Alternative wird diese Passage weggelassen, da die Miterfassung von Bestandteilen vollkommen selbstverständlich ist und weil ein neuer § 905b (allgemeine Zweifelsregel für Miterfassung des Zubehörs) vorgeschlagen wird.

⁶ Das ist unpräzise, weil damalige Mängel vor Übergabe behoben werden müssen; das wird in der Alternative beachtet.

⁷ Da dies in der Alternative bereits in § 1045 gesagt wird, kann in § 1047 entsprechend gekürzt werden.

⁸ Da anerkanntermaßen im Regelfall keine Pflicht zur Übernahme besteht, wird in der Alternative anders formuliert.

⁹ Variante: „Wer eine ordnungsgemäß angebotene Sache nicht übernimmt, gerät in Annahmeverzug (§ 1419).“ Abstimmungsbedarf mit § 1419 oder einer neuen Norm im Vertragsrecht, die eine allgemeine Regel zur Annahme einer Leistung enthält (nur ausnahmsweise Pflicht, regelmäßig bloße Obliegenheit). Allenfalls könnte auch in einer neu zu schaffenden Bestimmung der Begriff der Obliegenheit definiert werden.

¹⁰ Soweit es sprachlich sinnvoll erscheint, wird im Textvorschlag „Tauschvertrag“ und nicht bloß „Tausch“ verwendet.

¹¹ Abstimmungsbedarf! Einheitliche Formulierung für Ex-tunc-Lösung.

Originaltext	Regelungsinhalt	Bemerkungen (zB zum Alter, zu Schnittstellen mit anderen Normen)	Textvorschlag	Alternativen
gesetzt, oder zufälliger Weise ganz, oder doch über die Hälfte am Werte zu Grunde gerichtet, so ist der Tausch für nicht geschlossen anzusehen.		ad Fall 2: Verhältnis zur Verbesserungspflicht gemäß § 932 unklar.	Übergabezeitpunkt ¹² ihre Verkehrsfähigkeit (§ 880) oder durch Zufall mehr als die Hälfte ihres Wertes verliert.	<i>des Schuldners zur Mangelbehebung); Änderungen wären auch bei § 1049 zu beachten.</i>
§ 1049. Andere in dieser Zwischenzeit durch Zufall erfolgte Verschlimmerungen der Sache und Lasten gehen auf die Rechnung des Besitzers ¹³ . Sind jedoch Sachen in Pausch und Bogen behandelt worden; so trägt der Übernehmer den zufälligen Untergang einzelner Stücke, wenn anders hierdurch das Ganze nicht über die Hälfte am Werte verändert worden ist.	Gefahrtragung für geringeren Wertverlust sowie bei Tausch in Pausch und Bogen	idF JGS Nr. 946/1811	§ 1049. (1) Geringere zufällige Wertminderungen ¹⁴ sowie Lasten ¹⁵ in diesem Zeitraum belasten den Schuldner der Sache. (2) Beim Tausch von Sachen in Bausch und Bogen (§ 930) treffen der zufällige Untergang und die Beschädigung einzelner Stücke den Gläubiger, wenn die Gesamtheit der Tauschsachen dadurch nicht mehr als die Hälfte ihres Werts verloren hat.	§ 1049. (1) Geringere zufällige Wertminderungen in diesem Zeitraum belasten den Schuldner der Sache. (2) ¹ Beim Tausch von Sachen in Bausch und Bogen (§ 930) treffen der zufällige Verlust und die Beschädigung einzelner Stücke den Gläubiger. ² Hat jedoch die Gesamtheit der Tauschsachen dadurch mehr als die Hälfte ihres Werts verloren, so wird der Tauschvertrag unwirksam. ¹⁶

¹² Die Beschreibung des Zeitraumes ist wohl überflüssig (in diesem Sinn kürzer bereits § 880); daher könnte es in der Alternative bloß „wenn eine Tauschsache vor dem vereinbarten Übergabezeitpunkt“ heißen.

¹³ Schon *Zeiller*, *Commentar III/1*, 343, sagt, dass damit der „Überträger“ gemeint sei. Im Textvorschlag wird von „Schuldner der Sache“ gesprochen, da zu diesem Zeitpunkt ja noch keine Übergabe stattgefunden hat.

¹⁴ Alternative: Verschlechterungen.

¹⁵ Hier geht es um auf der Sache lastende, häufig öffentlich-rechtliche Verpflichtungen (s nur *Wahle in Klang/Gschnitzer*² IV/2, 61). Diese haben mit der zufälligen Beschädigung bzw der Gefahrtragung wenig gemein, weshalb sie in der Alternative in den passenderen § 1050 verschoben werden.

¹⁶ 1. Abstimmungsbedarf! Einheitliche Formulierung für Ex-tunc-Lösung. 2. Für den Tausch in Bausch und Bogen ist der Vertragswegfall mE sehr sachgerecht, da nach dem typischen Parteiwillen keine Mangelbehebung erwartet wird. Anderes könnte hingegen für § 1048 gelten.

Originaltext	Regelungsinhalt	Bemerkungen (zB zum Alter, zu Schnittstellen mit anderen Normen)	Textvorschlag	Alternativen
und der Nutzungen vor der Übergabe			Zuweisung von Nutzungen und Zuwachs	Nutzungen, Zuwachs und Lasten
§ 1050. Dem Besitzer gebühren die Nutzungen ¹⁷ der vertauschten Sache bis zur bedungenen Zeit der Übergabe. Von dieser Zeit an gebühren sie, sammt dem Zuwachse, dem Übernehmer, obgleich die Sache noch nicht übergeben worden ist.	Zuweisung der Nutzungen	idF JGS Nr. 946/1811 Modifikation des § 1047 ABGB in gewissen Fällen. Könnte in § 1047 ABGB aufgehen.	§ 1050. ¹ Bis zum vereinbarten Übergabezeitpunkt stehen dem Veräußerer die Nutzungen der Sache zu. ² Danach gebühren alle Nutzungen einschließlich des Zuwachses (§ 404) auch ohne tatsächliche Übergabe dem Erwerber.	§ 1050. (1) ¹ Bis zum vereinbarten Übergabezeitpunkt stehen dem Veräußerer jene Nutzungen zu, die ohne Beeinträchtigung des Sachzustandes ¹⁸ gezogen werden können. ² Danach gebühren alle Nutzungen einschließlich des Zuwachses auch ohne tatsächliche Übergabe dem Erwerber. (2) Der Zeitpunkt der vereinbarten Übergabe entscheidet auch über die Tragung der auf der Tauschsache lastenden Verpflichtungen.
§ 1051. Ist keine Zeit zur Übergabe der bestimmten Sache bedungen, und fällt keinem Teile ein Versehen	Fehlen einer Vereinbarung	idF JGS Nr. 946/1811	§ 1051. Die §§ 1048 bis 1050 sind auf den Zeitpunkt der tatsächlichen Übergabe zu beziehen,	

¹⁷ Hier scheint ein wohl kaum gewollter Widerspruch zum kaufrechtlichen § 1061 zu bestehen, wo eine Pflicht zu sorgfältiger Verwahrung normiert ist, zugleich aber § 1064 für Gefahr und Nutzungen auf die §§ 1048-1051 verweist. Die Auflösung dieses Widerspruchs ist de lege lata umstritten. Eine sinnvolle Möglichkeit besteht darin, dem Veräußerer nur jene Nutzungen zuzuweisen, die ohne Gefahr einer Verschlechterung der Sache gezogen werden können (zB Ernte der reifen Früchte oder Entgelte für auf der Sache befindliche Werbung); vgl. etwa *Ofner*, Ur-Entwurf II 84. In diesem Sinn wird in der Alternative (einschränkend) formuliert. Eine endgültige Abstimmung zu den Pflichten vor Übergabe, die für Kauf und Tausch wohl einheitlich ausfallen sollte, muss jedoch dem Gesetzgeber vorbehalten bleiben.

¹⁸ Allenfalls: „der Substanz“. Siehe *Zeiller*, Kommentar II/1, 71, der unter Nutzungen alle Vorteile, „welche eine Sache unbeschadet ihrer Substanz gewähret“, versteht.

Originaltext	Regelungsinhalt	Bemerkungen (zB zum Alter, zu Schnittstellen mit anderen Normen)	Textvorschlag	Alternativen
zur Last; so sind die obigen Vorschriften wegen Gefahr und Nutzungen (§§ 1048 - 1050) auf den Zeitpunkt der Übergabe selbst anzuwenden; insofern die Parteien nicht etwas anderes festgesetzt haben.	über den Erfüllungszeitpunkt		wenn die Parteien keinen Übergabezeitpunkt vereinbart sowie für Zufallsgefahren ¹⁹ und die Zuweisung von Nutzungen nichts anderes festgelegt haben.	
			Gleichzeitige Erfüllung oder Vorleistungspflicht	Gleichzeitige Erfüllung oder Vorleistungspflicht
<p>§ 1052.²⁰ Wer auf die Übergabe dringen will, muß seine Verbindlichkeit erfüllt haben oder sie zu erfüllen bereit sein. Auch der zur Vorausleistung Verpflichtete kann seine Leistung bis zur Bewirkung oder Sicherstellung der Gegenleistung verweigern, wenn diese durch schlechte Vermögensverhältnisse des anderen Teiles gefährdet ist, die ihm zur Zeit des Vertragsabschlusses nicht bekannt sein mussten²¹.</p>	Zug-um-Zug- und Unsicherheitseinrede	<p>idF RGBI 1916/69</p> <p>diese Norm ist zugunsten eines Verbrauchers zwingend: § 6 Abs 1 Z 6 KSchG</p>	<p>§ 1052. (1) Jede Partei kann die Erfüllung des Vertrages fordern, wenn sie ihre eigene Verpflichtung bereits erfüllt hat oder zur gleichzeitigen Erfüllung bereit ist.</p> <p>(2) ¹Ist eine Vertragspartei zur Vorleistung verpflichtet, so steht ihr bei Gefährdung des eigenen Anspruchs das Recht zu, die Vorleistung zu verweigern, wenn</p> <p>a) der eigene Anspruch aufgrund schlechter Vermögensverhältnisse der anderen Partei gefährdet ist und</p>	<p>§ 1052. (1) Mangels anderer Vereinbarung kann die Übergabe der Tauschsache nur fordern, wer seine eigene Leistungspflicht bereits erfüllt hat oder ihre gleichzeitige Erfüllung anbietet.</p> <p>(2) ...</p> <p><i>Vorzugswürdig wäre eine Verschiebung der – dann allgemein gehaltenen – Norm zu den §§ 917 ff!</i></p>

¹⁹ Abstimmungsbedarf! Falls der Begriff „Gefahrtragung“ im Gesetzestext vorkommen soll, wäre eine gesetzliche Begriffsklärung nützlich.

²⁰ Die bewusst weit formulierte Norm – von Tausch ist keine Rede – sollte wohl de lege ferenda zu den allgemeinen Vorschriften für entgeltliche Verträge verschoben werden, was im Zuge der 3. TN eigentlich geplant war (2 BlgHH 20. Session 40); tatsächlich wurde dann aber – warum auch immer – bloß der bisherige § 1052 um den Satz zur Vorleistungspflicht ergänzt). Von der endgültigen Positionierung der Norm hängt auch etwa ab, ob man „mangels anderer Vereinbarung“ ergänzt (was für den Tausch passt) oder bei der bisherigen Formulierung bleibt (die auch gesetzliche Vorleistungspflichten erfasst). Der vorläufige Vorschlag in der Alternative konkretisiert kontextgetreu auf den Tauschvertrag, die Formulierung im Textvorschlag bleibt allgemeiner.

²¹ Die Formulierung „nicht bekannt sein mussten“ ist zu eng und erfasst etwa Zufallswissen nicht; daher schon im Textvorschlag die anerkannte „Ausweitung“ (wie sie sich etwa in § 1409 Abs 2 findet).

Originaltext	Regelungsinhalt	Bemerkungen (zB zum Alter, zu Schnittstellen mit anderen Normen)	Textvorschlag	Alternativen
			b) ihr die Gefährdung bei Vertragsabschluss weder bekannt war noch hätte bekannt sein müssen. ² Dieses Recht endet mit der Erfüllung oder einer Sicherstellung der Gegenleistung.	