

2. Abschnitt

Veräußerungsverträge

2. Kapitel

Kaufvertrag (§§ 1053 ff)

I. Begriff	2/1
II. Pflichten des Verkäufers	2/9
III. Pflichten des Käufers	2/12
IV. Preis- und Leistungsgefahr	2/14
V. Nebenvereinbarungen	2/21
1. Wieder(Rück)kaufsrecht.....	2/21
2. Wieder(Rück)verkaufsrecht.....	2/25
3. Vorkaufsrecht	2/27
4. Kauf auf Probe, Prüfungskauf	2/34
5. Kauf zur Probe	2/37
6. Kauf nach Probe	2/38
7. Kauf mit Umtauschvorbehalt	2/39
8. Verkauf mit Vorbehalt eines besseren Käufers	2/40
VI. Besondere Kaufvertragsarten	2/41
1. Verbundene Kreditverträge/ Kreditkauf	2/41
a. Begriffe	2/41
b. Rechtsfolgen	2/42
2. Drittfinanzierter Kreditkauf	2/45
a. Die Problemstellung	2/45
b. Einwendungsdurchgriff bei mit Kauf- und Dienstleistungsverträgen verbundenen Kreditverträgen § 13 Abs 2 VKrG	2/48
3. Spezifikationskauf	2/55
4. Hoffnungskauf, Kauf einer erhofften Sache	2/56
5. Vorauszahlungskauf	2/59
6. Erbschaftskauf, gerichtlicher Verkauf	2/60
7. Annex: Bauträgervertrag	2/62
8. Unternehmensbezogene Geschäfte	2/64
9. UN-Kaufrecht	2/65

I. Begriff

§ 1053 ABGB lautet: „Durch den Kaufvertrag wird eine Sache um eine bestimmte Summe Geldes einem andern überlassen. Er gehört, wie der Tausch, zu den Titeln ein Eigentum zu erwerben. Die

Erwerbung erfolgt erst durch die Übergabe des Kaufgegenstandes. Bis zur Übergabe behält der Verkäufer das Eigentumsrecht.“

2/1 **Der Kaufvertrag** ist ein entgeltlicher, gegenseitiger Veräußerungsvertrag, bei dem „eine Sache um eine bestimmte Summe Geldes einem andern überlassen“ wird. Er ist auf **Austausch von Ware gegen Geld** gerichtet. Der Verkäufer verpflichtet sich zur Übereignung und Übergabe der Kaufsache (§§ 1053, 1061); der Käufer zur Zahlung des Kaufpreises (§§ 1053, 1062). Verkäufer und Käufer müssen sich zumindest über die essentialia negotii des abzuschließenden Kaufvertrages – also iZw (mangels anderweitigen Parteiwillens) zumindest über Ware und Preis – einigen.

2/2 Der Kaufvertrag ist zwar grundsätzlich ein **formfreier Konsensualvertrag**, doch ist für bestimmte Vertragstypen – etwa Kauf- (und Tauschverträge) zwischen Ehegatten bzw eingetragenen Partnern – Notariatsaktspflicht statuiert (§ 1 Abs 1 lit b NActG).

Bsp 1: Formfrei ist etwa – mangels gewillkürten Formvorbehaltes (§ 884) – der Abschluss eines Kaufvertrages über einen PKW, über ein Buch, eine DVD oder eine Forderung (Factoring). Auch Kaufverträge über Liegenschaften kommen prinzipiell schon durch formlose Parteeinigung zustande – daran ändert auch der Umstand nichts, dass zur Intabulation des Eigentumsrechts des Käufers im Grundbuch die Errichtung einverleibungsfähiger Urkunden erforderlich ist. § 32 GBG regelt also die Formalerfordernisse für einverleibungsfähige Urkunden, nicht aber gesetzliche Wirksamkeitsvoraussetzungen für den Abschluss eines Kaufvertrages über Liegenschaften. Und auch wenn sich die Parteien bei einem Grundstückskauf bereits mündlich geeinigt haben und nur die Errichtung der Vertragsurkunde in einverleibungsfähiger Form einem späteren Zeitpunkt vorbehalten, kommt der Vertrag bereits mit dieser mündlichen Einigung zustande, da in diesem gewillkürten Formvorbehalt – in Widerlegung der Vermutung des § 884 – idR ein bloß deklaratorischer Formvorbehalt liegt (6 Ob 194/19a).

Bsp 2: Notariatsaktspflicht ist hingegen vorgesehen für Kauf- und Tauschverträge zwischen Ehegatten bzw eingetragenen Partnern (§ 1 Abs 1 lit b NActG) oder Kaufverträge über Erbschaften (§ 1278 Abs 2).

2/3 **Gegenstand des Kaufvertrages** können verkehrsfähige, körperliche oder unkörperliche, bewegliche oder unbewegliche, verbrauchbare und unverbrauchbare Sachen, darüber hinaus aber auch Sachgesamtheiten (Gesamtsachen § 302) oder ein gesamtes Vermögen oder Unternehmen (§ 1409) sein. IdS eignen sich als Vertragsgegenstand etwa PKW, Lebensmittel, Energie(träger), Forderungen, Dienstbarkeiten, Informationen, Adressenmaterial, Liegenschaften (samt Zubehör), Kryptowährungen, aber auch Sachgesamtheiten wie zB Unternehmen oder Vermögen (§§ 302, 1409) oder eine gesamte Erbschaft (§ 1278). Auch der Kauf künftiger Sachen ist zulässig (§§ 1065, 1275 f). Soweit allerdings die Voraussetzungen anderer Schuldvertragstypen erfüllt sind, kommen diese Normen zur Anwendung.

Bsp: So ist etwa der Austausch von Arbeitsleistungen gegen Entgelt nicht Kauf-, sondern Dienstvertrag, der Austausch eines Gebrauchsrechts gegen Entgelt Mietvertrag, der Austausch eines Werkes gegen Entgelt Werkvertrag.

Nach § 1054 S 2 muss der **Kaufpreis** „in barem Gelde“ bestehen. Besteht die Gegenleistung allerdings nicht in Geld, sondern in anderen Sachen, so liegt kein Kaufvertrag, sondern ein **Tauschvertrag** vor (§ 1045). Der Kaufvertrag wird vom ABGB auch nur als Sonderform des (älteren) Tauschvertrages gesehen, sodass daher auch die für den Tauschvertrag aufgestellten Bestimmungen über Verwahrungs-, Übergabspflichten und die Preisgefahr auch für den Kaufvertrag gelten (vgl die Verweisungsnorm des § 1064).

Bsp 1: Erwerb amerikanischer Dollar gegen Euro ist Kaufvertrag.

Bsp 2: Erwerb amerikanischer Dollar gegen britische Pfund ist Tauschvertrag, sofern nicht zwei selbständige Kaufverträge gewollt sind.

Bsp 3: Wechseln einer 100 Euronote in 10 Zehneuronoten begründet Tauschvertrag.

Ware und Preis müssen **bestimmt** sein (§ 1054), nach hA (*Spitzer/Told/Schw/Ko*⁵ § 1054 Rz 37; *Apathy/Perner/KBB*⁶ § 1054 Rz 4; *Verschraegen/ABGB-ON*^{1.08} § 1054 Rz 19, 25) reicht Bestimmbarkeit aus. Bestimmbarkeit des Preises ist gegeben, wenn die Parteien zum Markt- oder Börsenpreis abschließen, von einem orts- oder geschäftsüblichen (kundenüblichen) Preis ausgehen. Es kann aber auch ein Vertragspartner die Bestimmung des Preises dem billigen Ermessen des anderen oder beide Vertragspartner die Preisbestimmung dem billigen Ermessen eines Dritten überlassen (§§ 1056, 1058). Setzt der Preisbestimmungsberechtigte in der bedungenen Zeit den Preis nicht fest oder will ein Teil mangels Fristsetzung von der Preisbestimmung zurücktreten, so wird der Kaufvertrag iZw als nicht geschlossen angesehen (§ 1056 S 2). Das Preisbestimmungsrecht ist ein Gestaltungsrecht, das der Berechtigte allerdings nicht willkürlich ausüben darf, vielmehr hat er einen „billigen Preis“ festzulegen. IZw ist ein vereinbarter Preis so zu verstehen, dass er auch die **Umsatzsteuer** umfasst (7 Ob 574/92; vgl aber 5 Ob 503/91). Zwischen (bekanntermaßen umsatzsteuerpflichtigen) Unternehmern ist mE dagegen iZw von Nettopreisen auszugehen. Auch für die Ware reicht Bestimmbarkeit aus, bei Gattungsschulden ist iZw gem § 905a Ware mittlerer Art und Güte geschuldet.

Der Kaufpreis darf nicht **gesetzwidrig** sein (§§ 1054, 1060, 917a). Verstößt der vertraglich vereinbarte Preis gegen gesetzliche Höchst- oder Mindestpreise, so ist die davon abweichende Vereinbarung ungültig. Es gilt ex lege der gesetzlich festgelegte Mindest- oder Höchstpreis (§ 917a), der (restliche) Vertrags(inhalt) bleibt unverändert aufrecht.

2/7 Zu beachten ist, dass der Kaufvertrag (nur) Verpflichtungsgeschäft ist, also dem Käufer einen **Titel** für den Eigentumserwerb gibt. Der Käufer hat somit aufgrund des Kaufvertrages (nur) ein **Recht (einen schuldrechtlichen Anspruch) auf die Sache**, nicht aber ein **dingliches** (Eigentums-) **Recht an der Sache**. Eigentümer der gekauften Sache wird der Käufer vielmehr erst in jenem Zeitpunkt und nur dann, wenn zum Abschluss des gültigen Verpflichtungsgeschäftes (Titels) einerseits auch ein ausreichendes Verfügungsgeschäft (Modus) andererseits hinzutritt (bewegliche Sachen – Traditionsprinzip §§ 426 ff, unbewegliche Sachen – Intabulationsprinzip § 431, Forderungen – Abtretung §§ 1392 ff) und entweder der Vormann Eigentümer bzw verfügungsbefugt war (derivativer Erwerb) oder ein originärer Eigentumserwerbstatbestand (zB §§ 367, 371, 824, 916 Abs 2) eingreift. Von der Bezahlung des Kaufpreises ist der Übergang des Eigentumsrechtes nicht abhängig, sofern nicht in Abbedingung des § 1063 ein Eigentumsvorbehalt vereinbart ist.

Bsp: K kauft von V dessen PKW um € 10.000,- am 3.3., erhält aber den PKW erst nach Abmeldung durch V am 6.3. ausgefolgt. K hat bereits am 3.3. den Kaufpreis an V bar bezahlt. *Lösung:* Vor Übergabe des PKW ist K nicht Eigentümer, woran auch die vorzeitige Zahlung des Kaufpreises nichts ändert (arg § 1063). Vor Übergabe hat K nur einen schuldrechtlichen Anspruch auf den PKW, aber kein dingliches Eigentumsrecht am PKW. Hätte V den PKW nicht ausgefolgt, so könnte K nur nach § 1061 den schuldrechtlichen Anspruch auf Lieferung der Kaufsache gegen V geltend machen, nicht aber den PKW von V mit der dinglichen Eigentumsherausgabeklage gem § 366 vindizieren.

2/8 Keine Gültigkeitsvoraussetzung des Kaufvertrages ist es, dass der Verkäufer Eigentümer der Sache ist, vielmehr sind auch **Kaufverträge über fremde Sachen** gültig (arg §§ 878, 923). Ist der Erwerber hingegen bereits Eigentümer, so ist der Vertrag regelmäßig unwirksam (§ 878: Kauf der eigenen Sache), außer der Käufer will bloß den Besitz an der Sache erwerben. Auch **Mehrfachverkauf** einer Sache an mehrere Käufer hindert die Gültigkeit der späteren Kaufverträge nicht (arg §§ 430, 440).

Bsp 1: Veräußert V an K die Sache des C, so ist der Kaufvertrag V – K gültig. Kann V nicht liefern, so haftet er K nach § 878 auf Ersatz des Vertrauensschadens.

Bsp 2: Veräußert A seine Sache am 3.3 an K 1 und am 5.3. an K 2, der ihm mehr bezahlt, so sind beide Kaufverträge gültig. Das Eigentumsrecht erwirbt jener Käufer, dem die Sache zuerst übergeben wird (§§ 430, 440). Ob der spätere Käufer dem früheren auf Schadenersatz haftet, beurteilt sich nach den Regeln über die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte.

Bsp 3: Erwirbt K die dem X vom Dieb D gestohlene Sache von D, so ist der Kaufvertrag K – D grundsätzlich gültig, es sei denn K hatte vom Diebstahl Kenntnis, in welchem Fall der Kaufvertrag strafgesetzwidrig und damit nach § 879 Abs 1 ungültig ist.

II. Pflichten des Verkäufers

§ 1061 ABGB lautet: „Der Verkäufer ist schuldig, die Sache bis zur Zeit der Übergabe sorgfältig zu verwahren und sie dem Käufer nach eben den Vorschriften zu übergeben, welche oben bei dem Tausche (§ 1047) aufgestellt worden sind“.

§ 1063a ABGB lautet: „Die Kosten der Übergabe der verkauften Ware, insbesondere die Kosten des Messens oder Wägens, fallen dem Verkäufer zur Last, ...“

Hauptpflicht des Verkäufers ist es, dem Käufer – mangels anderer Vereinbarung – **2/9** lastenfreies **Eigentum und Besitz an der Kaufsache zu verschaffen**. Diesbezüglich liegt eine sog Erfolgsverbindlichkeit vor. Bis zur Zeit der Übergabe hat der Verkäufer die Sache sorgfältig zu **verwahren** und sie dem Käufer vertragsgemäß samt ihren Bestandteilen und (iZw samt allem Zugehör iSd § 1047) zur rechten Zeit, am gehörigen Ort und in dem vertraglich bedungenen Zustande zu übergeben; mangels anderer Parteienvereinbarung ist jener Zustand maßgebend, in welchem sich die Sache bei Abschluss des Vertrages befunden hat (§§ 1061, 1047). Liegt (auch) keine Vereinbarung über den Erfüllungsort vor, so ist nach § 905 Abs 1 der Wohnsitz oder die Geschäftsniederlassung des Verkäufers zum Vertragsabschlusszeitpunkt Erfüllungsort, sodass der Käufer die Ware dort abzuholen hat (Holschuld). Der Verkäufer hat dem Käufer bewegliche Sachen körperlich (§ 426) zu übergeben, sofern nicht Übergabe durch Zeichen (§ 427) oder Erklärung (§ 428) vereinbart ist. Beim Erwerb von Liegenschaften ist zudem neben der tatsächlichen realen Übergabe der Liegenschaft (durch Räumung durch den Verkäufer) auch die grundbücherliche „Übergabe“ durch Intabulation des Eigentumsrechts des Käufers und die dafür erforderliche Abgabe der Aufandungserklärung (§ 32 GBG) und die Unterfertigung von einverleibungsfähigen Urkunden durch den Verkäufer geschuldet. Forderungsrechte sind beim Forderungskauf auf den Käufer durch Zession zu übertragen, wobei bei der Zession idR der Abschluss des Kaufvertrages mit dem Übergang der Forderungszuständigkeit (der Gläubigerstellung) auf den Erwerber zusammenfällt. Wird eine Gesamtsache (zB Unternehmen) veräußert, so ist für jede dazugehörige Sache der entsprechende Modus für die Eigentumsübertragung zu setzen, sodass bewegliche Sachen nach den §§ 426 ff zu übergeben sind, Forderungen zu zedieren und für Liegenschaften (auch) einverleibungsfähige Urkunden auszustellen sind.

Die **Kosten für Übergabe und Übereignung** trägt gem § 1063a iZw der Verkäufer (zB **2/10** Kosten der Lieferung an den Erfüllungsort, Kosten der einverleibungsfähigen Urkunde und Eintragung im Grundbuch), anderweitige Kostentragung kann vereinbart werden. Schuldet der Verkäufer nur Absendung, so hat er nur die Kosten der Verpackung zu tragen, während die Transportkosten den Käufer treffen (9 Ob 8/18v: print@home Tickets).

2/11 Neben dieser Hauptpflicht können sich aus dem Kaufvertrag und dessen Interpretation (§ 914) weitere **Nebenpflichten des Verkäufers** ergeben.

Bsp: Nebenpflichten sind zB die Pflicht des Verkäufers zur Verpackung, Versendung der Ware, Ausfolgung einer Bedienungsanleitung oder der Fahrzeugpapiere, Faktura, Verständigung vom Lieferzeitpunkt, Aufklärungs- und Sorgfaltspflichten über Eigenschaften der Ware oder bei Vertragsabwicklung.

III. Pflichten des Käufers

§ 1062 ABGB lautet: „Der Käufer hingegen ist verbunden, die Sache sogleich, oder zur bedungenen Zeit zu übernehmen, zugleich aber auch das Kaufgeld bar abzuführen; widrigenfalls ist der Verkäufer ihm die Übergabe der Sache zu verweigern berechtigt.“

§ 1063 ABGB lautet: „Wird die Sache dem Käufer von dem Verkäufer, ohne das Kaufgeld zu erhalten, übergeben; so ist die Sache auf Borg verkauft, und das Eigentum derselben geht gleich auf den Käufer über.“

§ 1063a ABGB lautet: „Die Kosten der Übergabe der verkauften Ware ... fallen dem Verkäufer zur Last, die Kosten der Abnahme und der Versendung der Sache an einen anderen Ort als den Erfüllungsort aber dem Käufer.“

2/12 Hauptpflicht des Käufers ist die Bezahlung des **Kaufpreises**. Geldschulden sind Bargeldschulden. Das Bargeldgebot des § 1054 ist allerdings nicht im strengen wörtlichen Sinne zu verstehen, vielmehr ist – allerdings nur bei entsprechender Parteienvereinbarung – auch bargeldlose Zahlung durch Bank-, Giroüberweisung oder per Kreditkarte oder Zahlung in ausländischer Währung möglich. Gleiches gilt für Zahlung mit Scheck oder Wechsel, die iZw jedoch bloß zahlungshalber gegeben werden. Die Kaufpreisschuld ist – mangels anderslautender Parteienvereinbarung – als Geldschuld eine Bringschuld (§ 907a Abs 1), sodass Erfüllungsort der Wohnsitz bzw die Niederlassung des Verkäufers ist und der Käufer sowohl das Verzögerungs- als auch das Verlustrisiko trägt. Bei Bezahlung durch Banküberweisung hat der Schuldner den Überweisungsauftrag grundsätzlich so zu erteilen, dass der geschuldete Betrag am Fälligkeitstag auf dem Konto des Gläubigers wertgestellt ist (§ 907a Abs 2). Der Käufer muss seiner Zahlungspflicht grundsätzlich nur Zug um Zug gegen Übergabe der mangelfreien Ware nachkommen (§ 1052). Eine Verpflichtung des Käufers zur Kaufpreiszahlung vor Sachübergabe (**Pränumerationskauf**) oder eine Kreditierung des Kaufpreises durch den Verkäufer mit dem Effekt, dass er die Ware vor Kaufpreiszahlung an den Käufer leistet bzw leisten muss (**Kreditkauf**, Kauf auf Borg § 1063), muss vereinbart sein, doch kann diese Parteienabrede auch nachträglich bei der Übergabe der Sache getroffen werden, etwa wenn der Verkäufer dem Käufer die Ware übergibt und dem Käufer einen späteren Fälligkeitstermin nennt und damit seinen

Kreditierungswillen zweifelsfrei kundtut. Spezieller Vereinbarung bedarf auch eine Lieferung gegen **Nachnahme**, da der Käufer eventuelle Mangelhaftigkeit erst nach Zahlung (bei Übernahme) feststellen kann.

Nach dem Wortlaut des § 1062 ist der Käufer „verbunden, die Sache sogleich, oder zur **2/13** bedungenen Zeit zu übernehmen“. Verweigert der Käufer die Abnahme, so gerät er in Annahmeverzug und hat nach § 1419 die widrigen Folgen zu tragen. Nach hA (*Heidinger/Schw/Ko*⁴ § 1419 Rz 8 mwN; *Koziol/Spitzer/KBB*⁶ § 1419 Rz 2 mwN; *Stabentheiner/ABGB-ON*^{1.04} § 1419 Rz 5) wird allerdings eine **Abnahmepflicht** des Käufers bejaht, wenn der Verkäufer ein über am bloßen Erhalt des Kaufpreises hinausgehendes Interesse an der Abnahme der Ware durch den Käufer hat, insb wenn die Nichtabnahme den Verkäufer schädigen könnte (zB Abtransport des erworbenen Aushubmaterials vom Grundstück des Verkäufers) oder die Abnahme Voraussetzung für die Zahlung eines den Kauf finanzierenden Dritten ist oder ein darüber hinausgehendes Interesse des Verkäufers an der Abnahme der Ware durch den Käufer besteht (zB Ausstellung des gekauften Kunstwerkes). Soweit aber der Verkäufer die Ware ohnedies hinterlegen kann, handelt es sich idR nur um bloße Obliegenheitsverletzung und „normalen“ Annahmeverzug iSd § 1419, wenn der Käufer die Sache nicht übernimmt; die Gefahr des zufälligen Sachunterganges geht auf den Käufer über und der Verkäufer kann trotz Abnahmeweigerung durch den Käufer seinen Kaufpreisanspruch gerichtlich durchsetzen.

IV. Preis- und Leistungsgefahr

§ 1048 ABGB lautet: „Ist eine Zeit bedungen, zu welcher die Übergabe geschehen soll, und wird in der Zwischenzeit entweder die vertauschte bestimmte Sache durch Verbot außer Verkehr gesetzt, oder zufälligerweise ganz, oder doch über die Hälfte am Werte zu Grunde gerichtet, so ist der Tausch für nicht geschlossen anzusehen.“

§ 1049 ABGB lautet: „Andere in dieser Zwischenzeit durch Zufall erfolgte Verschlimmerungen der Sache und Lasten gehen auf die Rechnung des Besitzers. 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.“

§ 1050 ABGB lautet: „Dem Besitzer gebühren die Nutzungen der vertauschten Sachen bis zur bedungenen Zeit der Übergabe. Von dieser Zeit an gebühren sie, samt dem Zuwachse, dem Übernehmer, obgleich die Sache noch nicht übergeben worden ist.“

§ 1051 ABGB lautet: „Ist keine Zeit zur Übergabe der bestimmten Sache bedungen, und fällt keinem Teile ein Versehen zur Last; so sind die obigen Vorschriften wegen Gefahr und Nutzungen (§§ 1048 bis 1050) auf den Zeitpunkt der Übergabe selbst anzuwenden; insofern die Parteien nicht etwas anderes festgesetzt haben.“

§ 1064 ABGB lautet: „In Rücksicht der Gefahr und Nutzungen einer zwar gekauften, aber noch nicht übergebenen Sache gelten die nämlichen Vorschriften, die bei dem Tauschvertrage gegeben worden sind (§§ 1048 bis 1051).“

- 2/14** Wird eine Kaufsache nach Vertragsabschluss beschädigt oder zerstört, ohne dass diese Beschädigung oder Zerstörung von einer der beiden Vertragsparteien zu vertreten ist, oder wird sie durch ein Verbot außer Verkehr gesetzt, so stellt sich die Frage, wie sich dies auf den Kaufvertrag auswirkt und wer die wirtschaftlichen Folgen zu tragen hat. Beim Gattungskauf geht es vor der Konzentration um die Frage, ob der Verkäufer andere Sachen liefern muss (**Leistungsgefahr**); nach der Konzentration der Gattungssachen und beim Spezieskauf geht es um die Frage, ob der Käufer den Kaufpreis zahlen muss, obwohl er nichts oder nur die beschädigte Sache erhält oder ob der Verkäufer den Kaufpreis ganz oder zum Teil verliert (**Preisgefahr**).
- 2/15** Für noch nicht konkretisierte Gattungsschulden gilt der Satz „genus non perit“. Geht also beim **Gattungskauf** ein Teil der Gattungssachen vor dem Zeitpunkt der bedungenen oder tatsächlichen Übergabe an den Käufer zufällig unter, so bleibt der Vertrag aufrecht, dem Käufer sind andere Gattungssachen zu leisten, den Verkäufer trifft die Leistungsgefahr. Geht die gesamte Gattung zufällig unter, zerfällt der Vertrag. Nach der Übergabe der (damit notwendigerweise) konkretisierten Gattungssachen an den Käufer trägt der Käufer die Gefahr des zufälligen Untergangs. Der zufällige Sachuntergang hat auf den Vertrag keinen Einfluss, der Käufer hat den vollen Kaufpreis zu entrichten.
- 2/16** Auch für **Speziessachen und konkretisierte Gattungssachen** ist nach dem Übergabszeitpunkt zu differenzieren: **Bis zum Zeitpunkt der bedungenen Übergabe** trifft den Verkäufer die Gefahr (§§ 1064, 1048 - 1051). Wird die Sache zufällig zerstört oder büßt sie mehr als die Hälfte des Wertes ein (sog nachträgliche laesio enormis), so ist der Spezieskauf für nicht geschlossen anzusehen. Der Vertrag zerfällt automatisch (§ 1447). Bei zufälliger Verschlechterung der Sache um weniger als den halben Wert wird der Kaufpreis entsprechend reduziert. Nicht auf den Zeitpunkt der bedungenen Übergabe, sondern den Zeitpunkt der **tatsächlichen Übergabe** kommt es aber an, wenn
- von den Parteien kein Zeitpunkt für die Übergabe der Ware vereinbart wurde (§ 1051) oder
 - die Sache vom Käufer freiwillig vor dem Zeitpunkt der bedungenen Übergabe tatsächlich übernommen wird.

Auch Übergabe durch Besitzkonstitut genügt für Gefahrübergang auf den Käufer, sodass ab 2/17 dem Zeitpunkt der Vereinbarung des Besitzauftrages der Käufer die Gefahr der zufälligen Sachbeschädigung trägt, obwohl sich die Sache noch in der Gewahrsame des Verkäufers befindet. Das wirtschaftliche Risiko soll also prinzipiell jenen treffen, der den Nutzen aus der Sache hat (§ 1050) und sie vor Gefahren schützen kann. Die angeführten Grundsätze gelten auch für den Kauf unter Eigentumsvorbehalt und den Kauf von Grundstücken, sodass die Eintragung des Eigentumsrechts des Käufers im Grundbuch für den Gefahrenübergang unerheblich ist. **Ab dem Zeitpunkt der bedungenen oder tatsächlichen Übergabe** trägt der Käufer die Gefahr. Bei zufälligem Sachuntergang bleibt der Vertrag aufrecht und der Käufer hat den Kaufpreis zu entrichten.

Von den eben dargestellten Prinzipien existieren aber Ausnahmen in zwei Richtungen: Gerät 2/18 der Verkäufer (mit der Lieferung der Kaufsache) in objektiven oder subjektiven **Schuldnerverzug**, so trägt er – entgegen den vorstehenden Grundsätzen – weiterhin die Gefahr des zufälligen Unterganges auch nach dem Zeitpunkt der bedungenen Übergabe. Bei zufälligem Sachuntergang wird der Vertrag aufgelöst, er verliert seinen Kaufpreisanspruch. Nimmt umgekehrt der Käufer die Sache unbegründet nicht ab (**Annahmeverzug**), so trägt er die Gefahr des zufälligen Unterganges entsprechend § 1419, obwohl er die Sache nicht zum bedungenen Zeitpunkt übernommen hat und sich die Sache weiterhin beim Verkäufer befindet. Der Käufer hat den Kaufpreis zu entrichten. In beiden Fällen gebühren dem Erwerber (Käufer) die Nutzungen ab dem Zeitpunkt der bedungenen Übergabe.

§ 429 ABGB lautet: „Wenn die Sache mit Willen des Übernehmers an einen anderen Ort als den 2/19 Erfüllungsort übersendet wird, ist die Sache bereits mit ihrer Aushändigung an eine mit der Übersendung betraute Person übergeben, sofern die Art der Übersendung der getroffenen Vereinbarung, mangels einer solchen der Verkehrsübung entspricht.“

§ 905 Abs 3 ABGB lautet: „Die Gefahr für eine mit dem Willen des Gläubigers an einen anderen Ort als den Erfüllungsort übersendete Sache geht mit dem Zeitpunkt der Übergabe (§ 429) an den Gläubiger über.“

§ 7b KSchG lautet: „Wenn der Unternehmer die Ware übersendet, geht die Gefahr für den Verlust oder die Beschädigung der Ware erst auf den Verbraucher über, sobald die Ware an den Verbraucher oder an einen von diesem bestimmten, vom Beförderer verschiedenen Dritten abgeliefert wird. Hat aber der Verbraucher selbst den Beförderungsvertrag geschlossen, ohne dabei eine vom Unternehmer vorgeschlagene Auswahlmöglichkeit zu nützen, so geht die Gefahr bereits mit der Aushändigung der Ware an den Beförderer über. Mangels anderer Vereinbarung erwirbt der Verbraucher zugleich mit dem Gefahrenübergang das Eigentum an der Ware.“

Sonderregelungen gelten für den (Eigentums- [dazu Rz V/3/124 ff] und) Gefahrenübergang beim **Versendungskauf**: Beim Versendungskauf wird die Sache mit Willen des Käufers an einen anderen Ort als den Erfüllungsort übersendet. Entspricht die Versendung der

Vereinbarung der Parteien oder der **Verkehrsübung**, wird sie also „mit Willen des Übernehmers“ durchgeführt, so gehen Eigentum (§ 429) und Gefahr (§ 905 Abs 3) schon mit der Übergabe der Sache vom Veräußerer an den (dritten) Transporteur auf den Erwerber über. Die Versendung mit Bahn, Post, Flugzeug, Schiff und Spediteur wird nach hA (RS0011197; *Schickmair/Schw/Ko*⁵ § 429 Rz 4; *Eccher/Riss/KBB*⁶ § 429 Rz 2) als verkehrsüblich angesehen. Das Risiko von Beschädigungen der Sache auf dem Transportweg ist daher in diesen Fällen vom Käufer zu tragen.

2/20 Für das **Verbrauchergeschäft** sieht § 7b KSchG, der lex specialis zu den §§ 429 und 905 Abs 3 ist, eine zugunsten des kaufenden Verbrauchers abweichende Risikoverteilung vor: Wenn der Unternehmer Waren an einen Verbraucher übersendet, so geht die Gefahr für den Verlust oder die Beschädigung der Ware erst auf den Verbraucher über, sobald die Ware an den Verbraucher oder an einen von diesem bestimmten, vom Beförderer verschiedenen Dritten abgeliefert wird. Hat aber der Verbraucher selbst den Beförderungsvertrag geschlossen, ohne dabei eine vom Unternehmer vorgeschlagene Auswahlmöglichkeit zu nützen, so geht die Gefahr bereits mit der Aushändigung der Ware an den Beförderer über. Mangels anderer Vereinbarung erwirbt der Verbraucher zugleich mit dem Gefahrenübergang das Eigentum an der Ware.

Bsp 1: K erwirbt den PKW des V zum Preis von € 10.000,-. Die Abholung durch K ist für den 3.3. vereinbart. Durch Hagelschlag wird der PKW am 2.3. beschädigt, sodass er nur mehr € 4.000,- wert ist. *Lösung:* Der Vertrag zerfällt wegen zufälliger Sachbeschädigung und Wertebüße über die Hälfte automatisch (§ 1447). V ist nicht zur Lieferung, K nicht zur Zahlung verpflichtet.

Bsp 2: K holt den PKW nicht am 3.3. ab, der Hagelschlag ereignet sich am 4.3. *Lösung:* Zufällige Sachbeschädigung der Speziessache nach dem Zeitpunkt der bedungenen Übergabe trifft den Gläubiger K, der sich in Annahmeverzug befindet und nach § 1419 die Preisgefahr zu tragen hat. K hat den vollen Kaufpreis zu entrichten und erhält im Gegenzug den beschädigten PKW.

Bsp 3: K erwirbt beim Autohändler V einen Neuwagen. V hat 5 PKW in der mit K vereinbarten Ausführung auf Lager. Durch ein Unwetter werden drei PKW vernichtet. *Lösung:* Neuwagenkauf ist Gattungsschuld, sofern sich V und K nicht schon auf einen bestimmten PKW geeinigt hatten. Sofern V den für K bestimmten PKW noch nicht erkennbar ausgesondert hatte, trifft V die Leistungsgefahr, er hat K einen der verbliebenen unbeschädigten PKW zu liefern und erhält den vollen Kaufpreis.

Bsp 4: Sendet das Versandhaus V die vom Unternehmer K bestellte Ware ab und geht diese am Postweg zufällig unter, so trifft die Gefahr den Eigentümer K (arg § 429), der – mangels anderweitiger Vereinbarung – mit der Übergabe der Ware von V an die Post mit Willen des Käufers vorgenommener Versendung Eigentümer wurde und auch die Gefahr trug (§ 905 Abs 3). K muss den gesamten Kaufpreis entrichten. Anderes gilt, wenn K Verbraucher ist und den Beförderungsvertrag nicht selbst geschlossen hat (arg § 7b KSchG).

V. Nebenvereinbarungen

1. Wieder(Rück)kaufsrecht

§ 1068 ABGB lautet: „Das Recht, eine verkaufte Sache wieder einzulösen, heißt das Recht des Wiederkaufes. Ist dieses Recht dem Verkäufer überhaupt und ohne nähere Bestimmung eingeräumt, so wird von einer Seite das Kaufstück in einem nicht verschlimmerten Zustande; von der andern Seite aber das erlegte Kaufgeld zurückgegeben, und die inzwischen beiderseits aus dem Gelde und der Sache gezogenen Nutzungen bleiben gegeneinander aufgehoben.“

§ 1069 ABGB lautet: „Hat der Käufer das Kaufstück aus dem Seinigen verbessert; oder zu dessen Erhaltung außerordentliche Kosten verwendet, so gebührt ihm gleich einem redlichen Besitzer der Ersatz; er haftet aber auch dafür, wenn durch sein Verschulden der Wert verändert, oder die Zurückgabe vereitelt worden ist.“

§ 1070 ABGB lautet: „Der Vorbehalt des Wiederkaufes findet nur bei unbeweglichen Sachen statt und gebührt dem Verkäufer nur für seine Lebenszeit. Er kann sein Recht weder auf die Erben noch auf einen anderen übertragen. Ist das Recht in die öffentlichen Bücher einverleibt, so kann die Sache auch einem Dritten abgefordert werden und dieser wird nach Beschaffenheit seines redlichen oder unredlichen Besitzes behandelt.“

Das Wieder(Rück)kaufsrecht ist das **dem Verkäufer vertraglich vorbehaltenene Recht, die** 2/21

verkaufte Sache zu einem bestimmten Preis wieder zurückzukaufen (§ 1068 S 1). Übt

der Verkäufer das Wiederkaufsrecht aus, so kommt durch diese einseitige empfangsbedürftige Erklärung des Wiederkaufsrechtes gegenüber dem Käufer ein zweiter Kaufvertrag desselben Inhalts mit vertauschten Parteirollen zustande. Mangels anderweitiger Parteienvereinbarung ist der ursprüngliche Erwerbspreis auch Wiederkaufspreis. Das Wiederkaufsrecht ist **höchstpersönlich**, damit **unvererblich**, **unübertragbar** und **unpfändbar** (§ 1070). Stimmt allerdings der Verpflichtete zu, so wird auch eine Übertragung des Wiederkaufsrechtes an Dritte zugelassen, sofern das Wiederkaufsrecht mit der Lebensdauer des ursprünglich Berechtigten (Verkäufers) begrenzt bleibt. Das Wiederkaufsrecht kann zugunsten einer natürlichen sowie – nach der Rsp (1 Ob 173/19a; RS0020235) – auch zugunsten einer juristischen Person begründet werden.

Gegenstand des Wiederkaufsrechtes können nach den verba legalia „nur ... unbewegliche 2/22

Sachen“ sein (§ 1070 S 1), doch wird es von der hA (6 Ob 660/95; RS0020228; Spitzer/Told/Felzmann/Schw/Ko⁵ § 1070 Rz 8 f; Apathy/Perner/KBB⁶ § 1070 Rz 1; Verschraegen/ABGB-ON^{1.08} § 1070 Rz 1) aus teleologischen Erwägungen auch bei Unternehmen und beweglichen Gattungssachen zugelassen. An Rechten kann ein Wiederkaufsrecht aber nicht eingeräumt werden (5 Ob 185/98m). § 38 Abs 1 Z 3 WEG untersagt die Vereinbarung von Wiederkaufsrechten zulasten von Wohnungseigentümern oder Wohnungseigentumsbewerbern.

2/23 Das Wiederkaufsrecht **wirkt nur obligatorisch**. Übt der Wiederkaufsberechtigte sein Gestaltungsrecht aus, so kommt ein Titelgeschäft für die Rückübertragung des Eigentumsrechtes an der veräußerten Sache zustande. Veräußert(e) der (rückgabepflichtige) Käufer die Sache vertragswidrig an Dritte, so bleibt dem Rückkaufberechtigten bloß ein Schadenersatzanspruch gegen den Käufer bzw nach Maßgabe der Prinzipien der Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte auch gegen den Dritten. Bei **unbeweglichen Sachen** kann das Wiederkaufsrecht nach § 1070 S 3 allerdings im Grundbuch mit dem Effekt eingetragen werden (§ 9 GBG; § 37 GBG: Vormerkung), dass das Kaufobjekt im Fall der Weiterveräußerung an einen Dritten ohne Zustimmung des Berechtigten dem Dritten wieder abgefordert werden kann. Dies gilt aber nicht gegenüber dem exekutiven Ersteher (§ 200 Abs 2 EO). Zu beachten ist, dass auch das verbücherte Wiederkaufsrecht kein Belastungs- und Veräußerungsverbot begründet (8 Ob 52/20k), sodass der Käufer auch ohne Zustimmung des Wiederkaufsberechtigten wirksam an Dritte veräußern oder die Liegenschaft belasten kann.

2/24 **Aufwendungen**, die der Käufer auf die Liegenschaft bis zur Rückgabe an den Verkäufer getätigt hat, sind nach dem Zeitpunkt der Rückgabe zu vergüten (§§ 1069, 331 f). Für verschuldete Wertminderung ist der Käufer dem (rückstellungsberechtigten) Verkäufer schadenersatzpflichtig (§ 1069).

Bsp 1: V vereinbart mit K bei Veräußerung seines Unternehmens ein Wiederkaufsrecht. Verkauft und übergibt K ohne Zustimmung des V den Firmen-LKW, so erwirbt D derivativ Eigentum von K. Übt nunmehr V sein Gestaltungsrecht gegenüber K aus, so kann V den LKW nicht von D vindizieren, vielmehr haftet D dem V nur auf Schadenersatz, sofern D Verschulden an der Beeinträchtigung des Wiederkaufsrechts des V trifft (zB wenn er vom Willen des V zur Ausübung des Wiederkaufsrechts Kenntnis hatte).

Bsp 2: Wurde das Wiederkaufsrecht des V am Firmengrundstück im Grundbuch vorgemerkt (arg § 37 GBG), so wirkt es auch gegen D. Übt V sein Wiederkaufsrecht aus, so kann er die Sache von D verlangen.

2. Wieder(Rück)verkaufsrecht

§ 1071 ABGB lautet: „Den nämlichen Beschränkungen unterliegt das vom Käufer ausbedungene Recht, die Sache dem Verkäufer wieder zurückzukaufen; und es sind auf dasselbe die für den Wiederkauf erteilten Vorschriften anzuwenden. Ist aber die Bedingung des Wiederverkaufs oder Wiederkaufs verstellt, und eigentlich, um ein Pfandrecht oder ein Borggeschäft zu verbergen, gebraucht worden, so tritt die Vorschrift des § 916 ein.“

2/25 Das Rückverkaufsrecht (Wiederverkaufsrecht) ist das dem **Käufer vertraglich vorbehalten** **(Gestaltungs-)Recht, die gekaufte Sache zu einem bestimmten Preis dem Verkäufer**

wieder zurückzuverkaufen. Ausweislich § 1071 S 1 gelten die für das Wiederkaufsrecht aufgestellten Regelungen der §§ 1068 - 1070 auch für das Rückverkaufsrecht. Es ist daher nur innerhalb der Grenzen des § 1070 übertragbar. Anders als das Wiederkaufsrecht kann das Rückverkaufsrecht aber nach der L (*Verschraegen/ABGB-ON*^{1.08} § 1071 Rz 11; *Aicher/R/L*⁴ § 1071 Rz 2; aA *Spitzer/Told/Felzmann/Schw/Ko*⁵ § 1071 Rz 6) als **vererbliches** Recht vereinbart werden, ist **nicht verbücherungsfähig** und kann nach hA (6 Ob 660/95; RS0057291; *Spitzer/Told/Felzmann/Schw/Ko*⁵ § 1071 Rz 3; *Apathy/Perner/KBB*⁶ § 1071 Rz 2; *Verschraegen/ABGB-ON*^{1.08} § 1071 Rz 1) nicht nur bei Liegenschaften und Gattungssachen, sondern **auch beweglichen Speziessachen** vereinbart werden, da keine Beschränkung der Verkehrsfähigkeit droht.

Durch den Pauschalverweis des § 1071 auf die Vorschriften über das Wiederkaufsrecht **2/26** hätte der Rückverkaufsverpflichtete dem Rückverkäufer den zwischenzeitigen **Verbesserungsaufwand** gleich einem redlichen Besitzer zu ersetzen, was rechtspolitisch bedenklich ist, weil dies zu einer schweren Benachteiligung des Rückverkaufsverpflichteten führen kann (*Apathy/Perner/KBB*⁶ § 1071 Rz 2 mwN; *Verschraegen/ABGB-ON*^{1.08} § 1071 Rz 4: Aufwandersatz wie bei GoA). Bei **verschuldeter Verschlechterung** der Sache haftet der Rückverkäufer dem Rückkaufsverpflichteten für jede Wertminderung der Sache (6 Ob 660/95). Bei **zufälliger Verschlechterung** über die Hälfte des Sachwertes greift § 1048 mit dem Effekt, dass der Rückverkaufsvorbehalt als nicht geschlossen anzusehen ist.

Bsp 1: Erwerb einer Kiste Getränke gegen Pfand ist Kaufvertrag mit Vorbehalt des Rückverkaufs bezüglich der erworbenen Kiste und Flaschen (*Verschraegen/ABGB-ON*^{1.08} § 1071 Rz 8).

Bsp 2: Verpflichtet sich der Verkäufer des Leasinggutes dem Leasinggeber gegenüber zur Rücknahme des Leasinggegenstandes für den Fall der Zahlungsunfähigkeit des Leasingnehmers, so liegt ein zulässiges Wiederverkaufsrecht an beweglichen Speziessachen vor (1 Ob 582/95).

3. Vorkaufsrecht

§ 1072 ABGB lautet: „Wer eine Sache mit der Bedingung verkauft, dass der Käufer, wenn er solche wieder verkaufen will, ihm die Einlösung anbieten soll, der hat das Vorkaufsrecht.“

§ 1073 ABGB lautet: „Das Vorkaufsrecht ist in der Regel ein persönliches Recht. In Rücksicht auf unbewegliche Güter kann es durch Eintragung in die öffentlichen Bücher in ein dingliches verwandelt werden.“

§ 1074 ABGB lautet: „Auch kann das Vorkaufsrecht weder einem Dritten abgetreten, noch auf die Erben des Berechtigten übertragen werden.“

§ 1075 ABGB lautet: „Der Berechtigte muß bewegliche Sachen binnen vierundzwanzig Stunden; unbewegliche aber binnen dreißig Tagen, nach der geschehenen Anbietung, wirklich einlösen. Nach Verlauf dieser Zeit ist das Vorkaufsrecht erloschen.“

§ 1076 ABGB lautet: „Das Vorkaufsrecht hat im Falle einer gerichtlichen Feilbietung der mit diesem Rechte belasteten Sache keine andere Wirkung, als daß der den öffentlichen Büchern einverleibte Berechtigte zur Feilbietung insbesondere vorgeladen werden muß.“

§ 1077 ABGB lautet: „Der zur Einlösung Berechtigte muß, außer dem Falle einer andern Verabredung, den vollständigen Preis, welcher von einem Dritten angeboten worden ist, entrichten. Kann er die außer dem gewöhnlichen Kaufpreise angebotenen Nebenbedingungen nicht erfüllen, und lassen sie sich auch durch einen Schätzwert nicht ausgleichen; so kann das Vorkaufsrecht nicht ausgeübt werden.“

§ 1078 ABGB lautet: „Das Vorkaufsrecht läßt sich auf andere Veräußerungsarten ohne eine besondere Verabredung nicht ausdehnen.“

§ 1079 ABGB lautet: „Hat der Besitzer dem Berechtigten die Einlösung nicht angeboten, so muß er ihm für allen Schaden haften. Im Falle eines dinglichen Vorkaufsrechtes kann die veräußerte Sache dem Dritten abgefordert werden, und dieser wird nach Beschaffenheit seines redlichen oder unredlichen Besitzes behandelt.“

2/27 Das Vorkaufsrecht (§§ 1072 - 1079) begründet ein **(Gestaltungs-)Recht zum bevorzugten Erwerb einer Sache für den Fall, dass der Verpflichtete die Sache (an Dritte) veräußern will**. Es beschränkt den Verpflichteten nicht in seiner Freiheit, die Sache überhaupt zu verkaufen und auch nicht in der Freiheit zur Gestaltung des Vertragsinhaltes mit dem Dritten. Der Vorkaufsberechtigte erwirbt lediglich das Recht zum bevorzugten Erwerb der Sache zu jenen Konditionen, zu welchen der Verpflichtete die Sache (an Dritte) veräußern will. Das Vorkaufsrecht ist **höchstpersönlich, unveräußerlich, unvererblich** (§ 1074) und kann bei Liegenschaften **verbüchert** werden (§ 1073).

2/28 **Gegenstand des Vorkaufsrechts** kann jede Sache sein. Es kann nicht nur bei Kaufverträgen, sondern auch bei Gesellschaftsverträgen oder bei Bestandverträgen und auch unabhängig von bestimmten Verträgen etwa durch letztwillige Verfügung (zB Testament, sonstige letztwillige Verfügung; 6 Ob 179/18v) oder Gesetz (zB § 6 Bodenbeschaffungsgesetz) eingeräumt werden. Nach § 38 Abs 1 Z 3 WEG sind vertraglich vereinbarte Vorkaufsrechte unwirksam.

2/29 Sobald der Verpflichtete (an Dritte) verkaufen will (**Vorkaufsfall**), muss er dem Berechtigten die Sache zu denselben Konditionen zur Einlösung anbieten (§ 1072). Der Vorkaufsfall ist also gegeben, wenn der Verpflichtete verkaufen will und entweder mit einem Dritten einen wirksamen Vertrag, einen Vorvertrag oder eine Punktation geschlossen oder ein bindendes Angebot des Dritten auf Ankauf der Sache erhalten hat. Möchte der Berechtigte von seinem Vorkaufsrecht Gebrauch machen, so muss er die Einlösung erklären und den Kaufpreis zumindest real anbieten („wirkliche Einlösung“) und zwar – mangels anderer Vereinbarung –

- bei beweglichen Sachen binnen 24 Stunden,

- bei unbeweglichen Sachen binnen 30 Tagen

nach ordnungsgemäßer Aufforderung zur Einlösung (§ 1075 S 1). Übt der Vorkaufsberechtigte sein Recht fristgerecht aus, so kommt zwischen ihm und dem Verpflichteten ein Kaufvertrag zustande, das Vorkaufsrecht gewährt dem Berechtigten sohin ein Gestaltungsrecht. Der **Kaufvertrag des Vorkaufsberechtigten** mit dem Verpflichteten entspricht **inhaltlich** exakt jenen Bedingungen, zu denen der Dritte kaufen wollte. Der Vorkaufsberechtigte hat daher dem Vorkaufsverpflichteten die diesem vom Dritten angebotenen Leistungen vollständig zu entrichten (§ 1077 S 1) oder real anzubieten. Der Berechtigte muss seine Leistungen zu denselben Konditionen wie der Dritte erbringen, sodass auch Fälligkeit, Ratenzahlung, Gefahrtragungsregeln, Gewährleistung, Nebenabsprachen, Kostentragungsabreden und sonstige Nebenleistungen des Vorkaufsberechtigten den vom Dritten zugesagten Leistungen entsprechen müssen (4 Ob 220/18h; 6 Ob 9/20x; RS0020216). Kann der Vorkaufsberechtigte die vom Dritten angebotenen Leistungen nicht in natura erfüllen, so hat er den Schätzwert zu vergüten, wenn das Interesse des Verkäufers sich derart befriedigen lässt, widrigenfalls das Vorkaufsrecht nicht ausgeübt werden kann (§ 1077 S 2). Lässt der Vorkaufsberechtigte die Einlösungsfrist ungenutzt verstreichen, so erlischt sein Vorkaufsrecht (§ 1075 S 2) und der Dritte erwirbt derivativ Eigentum, sofern der Veräußerer Eigentümer der Sache war oder Verfügungsbefugnis besaß.

Das **Vorkaufsrecht gilt nur für einen Vorkaufsfall**, kann oder will der Berechtigte es nicht **2/30** ausüben, so erlischt es. Ist der Kaufvertrag des Verpflichteten mit dem Dritten nichtig oder wird er mit dinglicher ex- tunc-Wirkung angefochten, so ist der Vorkaufsfall nicht eingetreten, und das Vorkaufsrecht besteht weiter. Gleiches sollte gelten, wenn ein bindendes Angebot des Dritten vorliegt, der Berechtigte sein Vorkaufsrecht nicht nützt und der Verpflichtete in der Folge ohnedies nicht veräußert. Das Vorkaufsrecht erstreckt sich iZw auch nicht auf andere Veräußerungsarten durch den Verpflichteten (zB Schenkung, Tausch; § 1078) und überdauert derartige Transaktionen, da eben kein Vorkaufsfall vorlag. Überdauert das Vorkaufsrecht den Eigentümerwechsel, so kann es ausgeübt werden, wenn der neue Eigentümer veräußern will (6 Ob 179/18v; RS0014294). Bei exekutivem Verkauf erlischt das verbücherte Vorkaufsrecht, doch ist der Vorkaufsberechtigte zur gerichtlichen Feilbietung vorzuladen (§ 1076).

Wird dem Vorkaufsberechtigten die Einlösung der Sache **vereinbarungswidrig** nicht **2/31** angeboten, so kann er vom Verpflichteten die Erfüllung seines Individualleistungsanspruches

auf die Sache selbst verlangen, sofern dieser die Sache noch hat; sonst steht ihm ein Anspruch auf Schadenersatz gegen den Verpflichteten – gegen den Dritten nur nach den Regeln über die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte – zu (§ 1079 S 1). Nur im Fall der Verbücherung des Vorkaufsrechts bei Liegenschaften kann die veräußerte Sache vom Dritten abgefordert werden (§ 1079 S 2), in welchem Fall der Dritte nach Beschaffenheit seines redlichen oder unredlichen Besitzes behandelt wird. Das verbücherte Vorkaufsrecht wirkt wie ein amtswegig zu beachtendes Veräußerungsverbot, sodass das Grundbuchsgericht die Intabulation des Drittkäufers ohne Vorlage der Zustimmungserklärung des Vorkaufsberechtigten ablehnen muss.

Bsp 1: Vereinbart A mit B ein Vorkaufsrecht an dessen PKW und veräußert B den PKW ohne Einlösungsanbot an A dem C, so ist für die Frage des Eigentumserwerbs zu differenzieren. Erlangt A Kenntnis vom Vorkaufsfall und übt er sein Vorkaufsrecht aus, so liegt Doppelveräußerung vor; Eigentum erwirbt jener, dem B die Sache zuerst übergibt (§ 430). Hat B die Sache aber noch vor Ausübung des Vorkaufsrechts durch A dem C übergeben, so haftet B dem A auf Schadenersatz, gegen C kann A aber nur nach den Regeln über die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte vorgehen. Die bloße Kenntnis des C von der Existenz des Vorkaufsrechtes des A verpflichtet den C aber nicht zu Erhebungen, ob B seinen Vertrag mit A verletzt, dies würde zu einer unzumutbaren Einschränkung des wirtschaftlichen Verkehrs führen. Hat B den C vom Vorkaufsrecht des A informiert, so ist der Kaufvertrag B–C nach der Rsp (1 Ob 503/95) aber ohnedies iZw unter der aufschiebenden Bedingung der Nichtausübung des Verkaufsrechtes durch A geschlossen.

Bsp 2: Wird an der Liegenschaft des B ein Vorkaufsrecht des A verbüchert und veräußert B seine Liegenschaft an C, so liegt der Vorkaufsfall vor. A kann binnen 30 Tagen nach Aufforderung sein Einlösungsrecht ausüben. Wurde der Dritte vom Grundbuchsgericht unberechtigt einverleibt, so kann der Vorkaufsberechtigte die Sache nach § 1079 herausverlangen und nach der Rsp (5 Ob 7/16i) Löschung des eingetragenen Käufers nach den §§ 61 ff GBG begehren.

- 2/32 Damit der Vorkaufsverpflichtete keinem Ersatzanspruch wegen Doppelverkaufs nach § 430 ausgesetzt ist, kann er den **Vertrag mit dem Dritten unter der Bedingung der Nichtausübung des Vorkaufsrechtes** durch den Berechtigten schließen, wobei es genügt, den Dritten beim Vertragsabschluss vom Vorkaufsrecht in Kenntnis zu setzen (1 Ob 503/95).
- 2/33 Zu beachten ist, dass selbst das verbücherte Vorkaufsrecht nicht die **Ersitzung** des Eigentums durch einen Dritten verhindert, es sei denn, dieser hätte vom Vorkaufsverpflichteten gekauft.

4. Kauf auf Probe, Prüfungskauf

§ 1080 ABGB lautet: „Der Kauf auf Probe ist unter der im Belieben des Käufers stehenden Bedingung geschlossen, daß er die Ware genehmige. Die Bedingung ist im Zweifel eine aufschiebende; der Käufer ist vor der Genehmigung an den Kauf nicht gebunden, der Verkäufer hört auf, gebunden zu sein, wenn der Käufer bis zum Ablaufe der Probezeit nicht genehmigt.“