

## Drey u. zwanzigstes Hauptstück Von dem Tauschvertrage.

### Tausch.

**§ 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 Eigenthumes nothwendig.**

Stammfassung JGS 1811/946.

**Lit:** *Mayer-Maly*, Dogmengeschichtliches zu BGHZ 46, 338, FS Larenz (1973) 672; *Herbst*, Zur Inzahlungnahme von Gebrauchtwagen, ÖJZ 1982, 477; *Lurger*, Zur Typologie internationaler Gegengeschäfte, wbl 1990, 353; *Lurger*, Die Anwendung des Wiener UNCITRAL-Kaufrechtsübereinkommens 1980 auf den internationalen Tauschvertrag und sonstige Gegengeschäfte, ZfRV 1991, 415; *Lurger*, Handbuch der internationalen Tausch- und Gegengeschäftsverträge (1992); *Berka*, Der Verkehr mit Baugrundstücken in den neuen Grundverkehrsgesetzen der Länder, ZfV 1994, 289; *Walzel von Wiesentreu*, Grundfragen des Liegenschaftsverkehrs nach dem Beitritt Österreichs zur Europäischen Union, ImmZ 1995, 267, 291; *Thiele*, Transportrechtliche Probleme beim Palettentausch, RdW 1998, 390; *Herzig*, Grundverkehr und Europäisches Gemeinschaftsrecht, wbl 1999, 395; *Glöckner*, Grundverkehrsbeschränkungen und Europarecht, EuR 2000, 592; *Schneider*, Die „Konle“-Entscheidung des EuGH und ihre Auswirkungen auf das österreichische Grundverkehrsrecht, ZfV 1/2000, 16; *Fehrenbacher*, Der Tausch, ZVglRWiss 2002, 89; *Schauer*, Das Sondervertragsrecht der Unternehmer im UGB, JBl 2004, 23; *Khakzadeh*, Grundverkehrsbehördliche Genehmigung von Rechtserwerben an landwirtschaftlichen Grundstücken, ÖJZ 2005, 281; *S. Bydlinski*, Das Unternehmensgesetzbuch im Überblick: Vom Kaufmann zum Unternehmer – mit allen Konsequenzen. Schwerpunkt Unternehmensgesetzbuch, ÖJZ 2006, 41; *Schauer*, Handelsrechtsreform: Die Neuerungen im Vierten und Fünften Buch – Schwerpunkt Unternehmensgesetzbuch, ÖJZ 2006, 64; *Riedler*, Reformbedarf bei Tausch-, Kauf- und Dienstleistungsverträgen?, ÖJZ 2008, 934; *Garber*, Zu den Auswirkungen der Konkursöffnung auf Barterverträge, ZIK 2009, 112; *Häublein*, Privatrechtliche Aspekte zu den Grundverkehrsbeschränkungen in Tirol, Wolf/Lienhard (Hrsg), Schweizerische Zweitwohnungsgesetzgebung (2014) 55; *Schroeder*, Grundverkehr und Zweitwohnungsproblematik aus europarechtlicher Sicht, Wolf/Lienhard (Hrsg), Schweizerische Zweitwohnungsgesetzgebung (2014) 19.

### Übersicht

|      |   |      |
|------|---|------|
| I.   | Begriff und systematische Stellung                            | 1–2  |
| II.  | Zustandekommen des Tauschvertrages als Verpflichtungsgeschäft | 3–8  |
|      | 1. Grundlegendes  | 3–6  |
|      | 2. Formerfordernisse  | 7    |
|      | 3. Genehmigungen  | 8    |
| III. | Gegenstand des Tauschvertrages                                | 9–15 |

|   |       |
|---|-------|
| 1. Grundlegendes  | 9–10  |
| 2. Erwerb eigener Sachen                                      | 11    |
| 3. Veräußerung fremder oder beschränkt verkehrsfähiger Sachen | 12–13 |
| 4. Veräußerung künftiger Sachen                               | 14    |
| 5. Veräußerung nicht (mehr) existierender Sachen              | 15    |
| IV. Abgrenzung von anderen Vereinbarungen                     | 16–19 |
| 1. Kauf   | 16    |
| 2. Doppelkauf   | 17    |
| 3. Leistung an Zahlungs statt                                 | 18    |
| 4. Gegengeschäfte   | 19    |
| V. Unternehmensbezogene Tauschgeschäfte                       | 20    |
| VI. Der internationale Tausch                                 | 21–24 |

### I. Begriff und systematische Stellung

- 1 Der Tauschvertrag ist – abweichend vom **Römischen Recht**, nach dem er als **Realvertrag** ausgestaltet war<sup>1</sup> – ein zweiseitig verbindlicher (entgeltlicher) und, vorbehaltlich bestimmter Sonderregeln, **formfreier Konsensualvertrag**,<sup>2</sup> mit welchem die Vertragsparteien sich wechselseitig versprechen, eine (bestimmbare) Sache für eine andere (ausgenommen Geld) zu überlassen, mithin zu übergeben und zu übereignen.<sup>3</sup> Der mit der Einigung der Parteien über den Austausch von verkehrsfähigen Sachen zustande kommende Tauschvertrag ist somit der **Titel** iSd §§ 380, 424 HS 1 für den bei unbeweglichen körperlichen Sachen durch Einverleibung, bei Rechten durch Abtretung und bei beweglichen körperlichen Sachen durch Übergabe des Tauschgegenstandes (*modus*) als Erfüllung zu bewirkenden Eigentumserwerb.<sup>4</sup>
- 2 Die Regelungen zum Tauschvertrag sind im ABGB **systematisch vor dem Kaufvertrag** angesiedelt.<sup>5</sup> Soweit keine eigenen Bestimmungen bestehen, gelten die Regeln des Tausches subsidiär für den Kauf (§ 1066 ABGB).<sup>6</sup> In

<sup>1</sup> *Wahle* in Klang<sup>2</sup> IV/2, 3; vgl auch *Liebs*, Römisches Recht<sup>6</sup> (2004) 255; *Thiessen* in HKK-BGB § 480 Rz 12; *Fehrenbacher*, ZVglRWiss 2002, 93–97. Zu den Ursprüngen des Tausches als Prototyp entgeltlicher Geschäfte *Barta*, „Graeca non leguntur“?, Bd 1 (2010) 169 f.

<sup>2</sup> *Verschraegen* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.07 § 1045 Rz 1; *Spitzer/Binder* in Schwimann/Kodek<sup>4</sup> IV § 1045 Rz 1. Ebenso in Deutschland, wo vergleichbar von einem gegenseitig verpflichtenden Schuldvertrag ausgegangen wird, *Schermaier* in Staudinger (2014) § 480 Rz 2.

<sup>3</sup> *Apathy/Perner* in KBB<sup>5</sup> § 1045 Rz 1; *Spitzer/Binder* in Schwimann/Kodek<sup>4</sup> IV § 1045 Rz 1. Aufgrund des engeren Begriffs der Sache geht es nach d Recht um Sachen oder Rechte, die gegen (andere) Sachen oder Rechte verschafft werden sollen, *Gehrlein* in BeckOK BGB<sup>50</sup> § 480 Rz 1. Im Gemeinsamen Referenzrahmen wird der Tauschvertrag dagegen, wie regelmäßig, auf Waren („goods“) beschränkt, Art IV.A.–1:203 (1) DCFR, also nach der Definition dieses Begriffs auf materielle bewegliche Güter, auch wenn in Art IV.A.–1:203 (2) DCFR zusätzlich von „assets“, dh. Gegenständen von ökonomischen Wert, wie etwa auch Rechten oder „goodwill“, die Rede ist. Näher dazu unten Rz 9.

<sup>4</sup> *Aicher* in Rummel/Lukas<sup>4</sup> § 1045 Rz 2; *Mader* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.03 § 424 Rz 3.

<sup>5</sup> *Spitzer/Binder* in Schwimann/Kodek<sup>4</sup> IV § 1045 Rz 1. Dazu auch § 1066 Rz 1.

<sup>6</sup> Aus heutiger Sicht krit *Riedler*, ÖJZ 2008, 934 (935).

vielen anderen Kodifikationen, etwa in Deutschland (§ 480 BGB),<sup>7</sup> der Schweiz (Art 237 OR),<sup>8</sup> Frankreich (Art 1707 Code civil),<sup>9</sup> Italien (Art 1555 Codice civile),<sup>10</sup> den Niederlanden (Art 7:50 Burgerlijk Wetboek),<sup>11</sup> oder auch im europäisch rechtsvergleichend erstellten Draft Common Frame of Reference<sup>12</sup> (IV.A.–1:101 Abs 2 lit e, IV.A.–1:203 DCFR),<sup>13</sup> findet sich der entgegengesetzte Aufbau, indem dort die Regelungen des zunächst behandelten Kaufvertrages für den untergeordneten Tausch sinngemäß ergänzend heranzuziehen sind.<sup>14</sup> Dies wird de lege ferenda auch für eine Reform des ABGB vorgeschlagen.<sup>15</sup> Die systematische Stellung des Tausches im ABGB geht indes historisch auf *Carl Anton von Martini*<sup>16</sup> zurück, der – abweichend vom Entw<sup>Horten</sup><sup>17</sup> – den **Kaufvertrag als Sonderfall des Tausches** einordnete,<sup>18</sup> sodass das Hauptstück über den Kauf nur Bestimmungen enthalten sollte, die vom Tausch abweichen,<sup>19</sup> woran auch *Franz von Zeiller* festhielt.<sup>20</sup>

## II. Zustandekommen des Tauschvertrages als Verpflichtungsgeschäft

### 1. Grundlegendes

Für das Zustandekommen des Tauschvertrages genügt, nach seiner Ausgestaltung als Konsensualvertrag, die **Einigung der Parteien** über die *essentialia negotii*, mithin über die wechselseitig auszutauschenden Sachen als Gegenstand der jeweiligen Hauptpflichten dieses Verpflichtungsgeschäfts.<sup>21</sup> Dabei wird die Pflicht gem § 1047 iVm 1045 S 2 zur Übertragung von Vermögenswerten in den

<sup>7</sup> *Berger* in Jauernig<sup>17</sup> § 480 BGB Rz 5.

<sup>8</sup> *Kähr* in Kren Kostkiewicz ua<sup>3</sup> (2016) 237 OR Rz 1.

<sup>9</sup> *Malaurie/Aynès/Gautier*, Droit civil: les contrats spéciaux<sup>10</sup> (2018) 457.

<sup>10</sup> *Zaccaria* in Cian/Trabucchi, Commentario breve al codice civile<sup>13</sup> Art 1555 Rz 2.

<sup>11</sup> Vgl *Riedler*, ÖJZ 2008, 936, mit Verweis auf weitere, vor allem osteuropäische Rechtsordnungen; *Thiessen* in HKK-BGB § 480 Rz 21; Nachweise für die meisten EU-Mitgliedstaaten bei v. *Bar/Clive*, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Full Edition Vol II (2009) 1238 f; weitergehende Verweise bei *Schwenzer/Hachem/Kee*, Global Sales and Contract Law (2012) 817.

<sup>12</sup> Dazu näher § 1053 Rz 55.

<sup>13</sup> v. *Bar/Clive*, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Full Edition Vol II (2009) 1237.

<sup>14</sup> S schon *Wahle* in Klang<sup>2</sup> IV/2, 1.

<sup>15</sup> So *Riedler*, ÖJZ 2008, 936.

<sup>16</sup> Vgl *Barta*, Zivilrecht – Grundriss und Einführung in das Rechtsdenken (2004) 63.

<sup>17</sup> Entwurf Horten, III. Teil, Kapitel 10, § 10.

<sup>18</sup> *Martini* ging bei den Vertragstypen als Hauptkategorie von einem „Tausch im weiteren Verstande“ bzw im wirtschaftlichen Sinne aus, dazu *Wahle* in Klang<sup>2</sup> IV/2, 2. So kann der Tausch auch als historischer Vorläufer des Kaufes angesehen werden, *Giger* in Honsell ua, Basler Kommentar<sup>6</sup> (2018) Art 237 OR Rz 2; *Thiessen* in HKK-BGB § 480 Rz 2.

<sup>19</sup> Entwurf Martini III 5 § 1 = III § 143 westgal BGB (sog Urentwurf).

<sup>20</sup> *Ofner*, Der Urentwurf und die Beratungsprotokolle des Österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuchs (1889) Bd II, 80.

<sup>21</sup> *Verschraegen* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.07 § 1045 Rz 4; zum Kauf als Verpflichtungsgeschäft vgl § 1053 Rz 17.

Besitz und das Eigentum des Vertragspartners um der jeweiligen anderen Leistung willen übernommen, weshalb es sich um ein **entgeltliches gegenseitiges Geschäft** iSd § 917 handelt, welches nach § 1052 grundsätzlich Zug-um-Zug<sup>22</sup> zu erfüllen ist.<sup>23</sup> Der Tausch zählt allerdings zu den „**anderen Veräußerungsarten**“ iSd § 1078, auf die ein **Vorkaufsrecht nur aufgrund einer besonderen Abrede** ausgedehnt werden kann.<sup>24</sup> Ohne derartige Vereinbarung löst ein Tausch den Vorkaufsfall nicht aus.<sup>25</sup>

- 4 Für die wirksame Einigung ist es ausreichend, wenn die **Vertragsgegenstände** (eindeutig) **bestimmbar** sind,<sup>26</sup> wofür die zu erbringenden Leistungen durch Auslegung iSd §§ 914 f ermittelbar sein müssen.<sup>27</sup> So bedürfen etwa mit Qualitätsunterschieden behaftete Perserteppiche mangels einheitlichen Marktpreises der **Individualisierung**.<sup>28</sup> Auch beim Grundstückstausch genügt die Vereinbarung auf „**flächenmäßigen Ausgleich**“ ohne **nähere Präzisierung** den Anforderungen an die Bestimmtheit des Tauschgegenstandes nicht.<sup>29</sup> Dagegen wurden **Gegengeschäftsvereinbarungen**<sup>30</sup> bei Bestehen eines Marktpreises für hinreichend bestimmt gehalten.<sup>31</sup>
- 5 Wertgleichheit zwischen Leistung und Gegenleistung ist nicht notwendig.<sup>32</sup> Ist jedoch zum Vertragsabschlusszeitpunkt<sup>33</sup> eine **Leistung weniger als die Hälfte der versprochenen Gegenleistung wert** (*laesio enormis*), dann kommt dem Verkürzten gem § 934 S 1 ein – nur zulasten eines Unternehmers vertraglich abdingbares (§ 935 HS 1, § 351 UGB)<sup>34</sup> – **Anfechtungsrecht** zu,<sup>35</sup> sofern

<sup>22</sup> Dazu § 1052 Rz 18 f. Ebenso in Deutschland, *Gehrlein* in BeckOK BGB<sup>50</sup> § 480 Rz 7.

<sup>23</sup> *Spitzer/Binder* in Schwimann/Kodek<sup>4</sup> IV § 1045 Rz 1.

<sup>24</sup> OGH 2 Ob 132/06k, EvBl 2007/67 = immolex 2007/75 = EF-Z 2007/70 mit Anm *Höllwerth*; 5 Ob 14/11m, NZ 2012, 60 mit Anm *Hoyer* = immolex 2012/18 mit Anm *Klein*; vgl auch § 1055 Rz 8.

<sup>25</sup> OGH 2Ob89/13x, immolex-LS 2014/55; RIS-Justiz RS0006754. *Apathy/Perner* in KBB<sup>5</sup> § 1078 Rz 1; s § 1078 Rz 6. Nach d Recht kommt es dagegen darauf an, ob sich der Vorkaufsverpflichtete eine auch vom Vorkaufsberechtigten erbringbare Gegenleistung ausbedungen hat, denn wenn letzterer die Tauschleistung nicht erfüllen kann, liegt kein Vorkaufsfall vor, vgl *Gehrlein* in BeckOK BGB<sup>50</sup> § 480 Rz 7.

<sup>26</sup> *Aicher* in Rummel/Lukas<sup>4</sup> § 1045 Rz 5. Für den Kaufvertrag wird die Bestimmtheit bzw Bestimmbarkeit der Geldleistung ausdrücklich geregelt, so in § 1053 S 1 („bestimmte Summe Geldes“) und in § 1054 S 2 („Kaufpreis ... weder unbestimmt ...“), dazu § 1054 Rz 24, und ebenso auf die Sachleistung angewendet, vgl § 1054 Rz 20.

<sup>27</sup> OGH 5 Ob 130/07i, JBI 2008, 109 mit Anm *Rummel*; 4 Ob 84/09w JBI 2009, 713; s auch *Bollenberger* in KBB<sup>5</sup> § 869 Rz 6 f.

<sup>28</sup> OGH 6 Ob 40/61, EvBl 1961/196.

<sup>29</sup> VwGH 94/07/0132, ZfVB 1998/41.

<sup>30</sup> Dazu unten Rz 19.

<sup>31</sup> OGH 6 Ob 544/80, RZ 1981, 202.

<sup>32</sup> S schon *Wahle* in Klang<sup>2</sup> IV/2, 3. Bringen die Parteien bei Wertverschiedenheit ausdrücklich oder schlüssig zum Ausdruck, dass teilweise Unentgeltlichkeit gewollt ist, dann ist das Geschäft jedoch als gemischte Schenkung (dazu § 1053 Rz 77) zu behandeln, *Schubert* in Rummel<sup>3</sup> § 938 Rz 8.

<sup>33</sup> OGH 4 Ob 208/98m, RdW 1999, 18; 7 Ob 573/88, SZ 61/162.

<sup>34</sup> OGH 3 Ob 8/98t, SZ 71/59; vgl auch *Schauer*, JBI 2004, 23 (27); *ders*, ÖJZ 2006, 64 (73).

<sup>35</sup> Die Vertragsaufhebung wegen *lésion* ist im französischen Recht hingegen beim Tausch nicht möglich (Art 1706 Code civil), vgl auch *Lurger*, Handbuch der internationalen Tausch- und Gegengeschäftsverträge (1992) 176.