

Die Konkurrenz von Sachmängelhaftung und Irrtumsanfechtung - Irrungen und Wirrungen

Heinrich Honsell, Zürich

I. Das Konkurrenzproblem

Das Bundesgericht lässt in langjähriger Praxis neben der Sachmängelhaftung alternativ die Berufung auf *Grundlagenirrtum* nach OR 24 I Nr. 4 zu und beruft sich dafür gar auf Gewohnheitsrecht.¹ Die Entscheidungen betreffen zumeist Bilderfälle.² Es gibt aber auch andere Beispiele: Fehlende Bebaubarkeit von Grundstücken (BGE 95 II 409; 98 II 20); Irrtum über die finanzielle Lage oder über einzelne Unternehmenswerte Kauf sämtlicher Aktien einer AG;³ Lieferung einer unbrauchbaren Maschine⁴ oder unzulänglicher Ertrag einer verkauften Chemischreinigungsanlage.⁵ In der Literatur wird diese Rechtsprechung überwiegend abgelehnt.⁶

Vorweg ist zu beachten, dass beim *Gattungskauf* das Konkurrenzproblem nur dann auftauchen kann, wenn die gesamte Gattung mangelhaft ist,⁷ sich also der Irrtum auf eine Eigenschaft der ganzen Gattung bezieht, weil andernfalls kein Irrtum bei Vertragsschluss vorliegt, sondern nur mangelhafte Lieferung.

Ungeachtet der Billigkeit im Einzelfall, liegt die Problematik der Rechtsprechung gerade in dem Punkt, der von manchen als Vorteil betrachtet wird: Der Erreichung des

¹ BGE 82 II 420; 114 II 131. Dabei werden freilich *usus fori* und Gewohnheitsrecht verwechselt. Eine st. Rsp. bildet noch kein Gewohnheitsrecht, denn es fehlt schon am *consensus omnium* und der *opinio necessitatis*.

² BGE 56 II 426 – unechtes Bild von Léopold Robert; BGE 82 II 420 – falscher van Gogh; BGE 114 II 131 – falscher Picasso.

³ BGE 97 II 45; 107 II 421.

⁴ BGE 83 II 18.

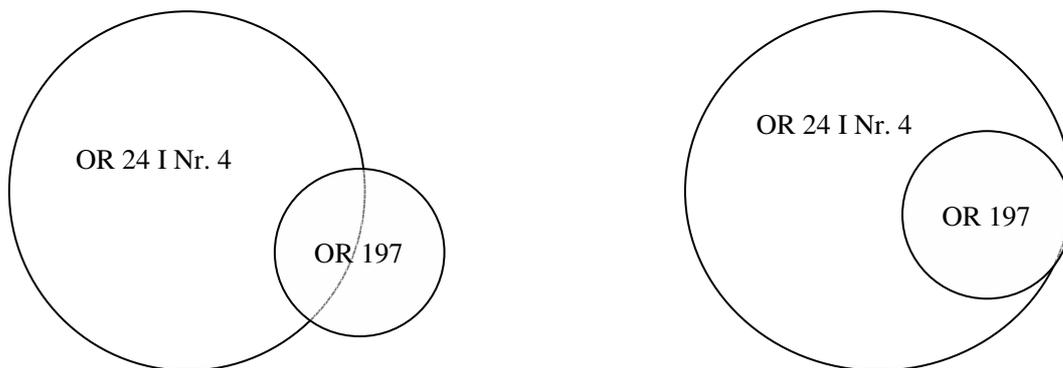
⁵ BGE 84 II 517.

⁶ Vgl. vor allem MERZ FS Guhl [1950] 85 ff.; ders., ZBJV 1974, 47; 1982, 131; CAVIN SPR VII/1, 117 ff.; MEIER-HAYOZ ZBJV 1987, 73 ff.; KRAMER LJZ 1988, 1 ff.; SCHWENZER N 39.39 ff.; ebenso wohl auch GAUCH/SCHLUEP/SCHMID N 806 f.; zustimmend hingegen BK-GIGER Vorbem. zu OR 197 ff. N 61 ff.; BUCHER OR AT 109 f.; KELLER/SIEHR Kaufrecht 107 f.; BAUDENBACHER/SPIEGEL, FS Pedrazzini (1990) 229 ff.; D. WIEGAND 24 ff.

⁷ S. z.B. OGH JBI 2003, 573.

gleichen Zieles der Rückabwicklung wie bei der Wandelung aber unter Ausschaltung der strengen Verwirkungs- bzw. Verjährungsvorschriften von OR 201 u. 210. Lässt man die Sachmängelhaftung und die Irrtumsanfechtung im Sinne einer elektiven *Normenkonkurrenz* wahlweise nebeneinander zu (Alternativität), so führt dies zu einer Umgehung von OR 201, 210 und OR 200 II. Man braucht diese Vorschriften für die Rückabwicklung nach Irrtumsrecht nicht zu beachten. Gegen die Normenkonkurrenz spricht schon, dass das Gesetz die Verwirkung (OR 201) und Verjährung (OR 210) ausdrücklich nur bei Arglist entfallen lässt (OR 203, 210 III), nicht schon bei Irrtum.

Auch OR 200 II stellt kein Hindernis dar. Nach dieser Vorschrift ist die Sachmängelhaftung bei fahrlässiger Unkenntnis ausgeschlossen, sofern nicht eine Zusicherung vorliegt. Hingegen schliesst fahrlässige Unkenntnis die Irrtumsanfechtung nicht aus. Der fahrlässige Irrtum hat nur die Folge, dass der Anfechtende das negative Interesse ersetzen muss (OR 26). Die Annahme einer Normenkonkurrenz wäre diskutabel, wenn dem Sachmängelrecht ein eigenständiger Anwendungsbereich bliebe, d. h., wenn es nur ein Teilgebiet gäbe, in dem es sich mit dem Irrtum überschneidet. Die beiden Normen stellen aber nicht zwei sich schneidende Kreise dar, sondern der grössere Kreis (Irrtumsanfechtung) umschliesst den kleineren (Sachmängelhaftung) vollständig. Es gibt m. a. W. zahlreiche Fälle einer Irrtumsanfechtung, in denen der Tatbestand der Sachmängelhaftung nicht verwirklicht ist. Umgekehrt gibt es aber keinen Fall der Sachmängelhaftung (Wandlung), in dem nicht auch OR 24 I Nr. 4 anwendbar wäre. Dies verkennt das BGer, wenn es meint, dass sich die Tatbestände nicht decken, sondern überschneiden, was apriori gegen eine abschliessende Ordnung spreche.⁸



Nach Ansicht des BGer überschneiden sich die Tatbestände (linkes Bild). In Wahrheit wird der Tatbestand des Art. 197 vollständig von dem grösseren des Art. 24 I Nr. 4 umfasst (rechtes Bild).

⁸ BGE 114 II 131, 136 E. 1 unter Verweis auf BGE 82 II 421, 422.

Dass OR 24 I Nr. 4 den grösseren Anwendungsbereich hat, ist leicht zu sehen: Jeder Grundlagenirrtum, der sich nicht auf eine ungünstige Sachbeschaffenheit bezieht, fällt nicht unter OR 197 ff.⁹ Das ist im rechten Bild die Fläche des grossen Kreises ohne den kleinen. Der Grundlagenirrtum kann aber auch ein solcher über eine wesentliche Eigenschaft des Vertragsgegenstandes sein. Fehlt der Sache eine objektiv verkehrswesentliche oder zugesicherte Eigenschaft, so liegt neben dem Sachmangel stets ein Irrtum über einen «bestimmten Sachverhalt vor, der nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr notwendige Grundlage des Vertrages ist» (OR 24 I Nr. 4). Das ist die Fläche des kleinen Kreises, in der stets beide Normen zur Anwendung kommen. Da Wandlung nur bei wesentlichen Mängeln in Betracht kommt,¹⁰ ist die Tatbestandsdeckung der beiden Normen gegeben. Es gibt keinen Fall der Wandlung, in dem nicht auch OR 24 I Nr. 4 zum Zuge käme. Bei der Konkurrenz von Grundlagenirrtum und Sachmängelhaftung haben wir es mit einem Fall der *Spezialität* zu tun, den man auch *Konsumtion* nennt, weil der eine Tatbestand den anderen zur Gänze umfasst. Ein solches Zusammentreffen ist immer dann unschädlich, wenn beide Tatbestände dieselbe Rechtsfolge anordnen. Sind hingegen die Rechtsfolgen verschieden, so wird die speziellere Norm illusorisch, wenn man Normenkonkurrenz zulässt. Gerade für diesen Fall will ja das Prinzip der Spezialität, der alte Satz *lex specialis derogat legi generali*, verhindern, dass die speziellere Norm mit den besonderen Modalitäten ihren Anwendungsbereich verliert. Kauft z. B. jemand einen bestimmten Posten Jaffa-Orangen und versäumt er die Untersuchung und Rüge nach OR 201, so könnte er immer noch anfechten, wenn die Orangen verfault sind. Wer einen Occasionswagen kauft, von dem sich erst nach mehr als einem Jahr herausstellt, dass es sich um einen Unfallwagen handelt, wäre durch Art. 210 OR nicht daran gehindert, wegen Irrtums anzufechten.

Das einzige Argument, das für das Nebeneinander von Irrtumsanfechtung und Sachmängelgewährleistung angeführt wird, bleibt zu sehr an der Oberfläche: Die beiden Rechtsbehelfe, so argumentiert man, beruhen auf verschiedener Grundlage und müssten

⁹ Eine wichtige Fallgruppe, in der kein Konkurrenzproblem auftaucht, ist der *Irrtum des Verkäufers*, der eine Sache billig verkauft, weil er werterhöhende Eigenschaften nicht kennt. So kann z. B. der Verkäufer, der ein wertvolles Gemälde von Rubens zu billig verkauft hat, weil er es für ein unbedeutendes Werk aus der Gründerzeit gehalten hat, anfechten. Ein Sachmängelproblem taucht hier nicht auf.

¹⁰ Handelt es sich um unwesentliche Mängel, so entfällt entweder schon der Tatbestand der Sachmängelhaftung nach OR 197 I, weil keine erhebliche Minderung des Wertes oder der Gebrauchstauglichkeit vorliegt, oder der Richter kann doch in weniger gravierenden Fällen nach OR 205 II statt der Wandlung Minderung zusprechen.

daher wahlweise nebeneinander zugelassen werden. Richtig ist, dass der Irrtum auf der Ebene des Vertragsschlusses liegt, der Sachmangel hingegen auf der Ebene der Vertragserfüllung.¹¹ Dieser Aspekt ist jedoch irrelevant, denn es handelt sich um ein und denselben Lebenssachverhalt, der nicht mit unterschiedlichen, ja einander widersprechenden Rechtsfolgen verknüpft werden darf. Der Umstand, dass sich ein Sachmangel sowohl als Aspekt des Vertragsschlusses wie als solcher der Erfüllung erfassen lässt, kann eine unterschiedliche Behandlung nicht rechtfertigen.

Schliesslich ist die Judikatur inkonsequent: Beim Viehkauf wird nämlich die Irrtumsanfechtung durch das Sachmängelrecht ausgeschlossen.¹² Sachlich und methodisch lässt sich diese Differenzierung nicht rechtfertigen.

Ein letztes Argument gegen die Zulassung einer elektiven Konkurrenz besteht darin, dass wohl niemand auf den Gedanken käme, dem *Verkäufer*, der den Mangel ebenfalls nicht kennt, die Berufung auf Grundlagenirrtum zu gestatten. Liesse man dies zu, so könnte er auf einfachem Wege die Schadenersatzhaftung nach OR 208 II u. III aus den Angeln heben. Er müsste nur das negative Interesse ersetzen (OR 26), und auch dies, anders als nach OR 208 II, nur bei Verschulden.

Rechtsvergleichend ist zu bemerken, dass es in der deutschen Doktrin völlig unbestritten ist, dass die Sachmängelhaftung (§§ 434 ff. BGB) die Irrtumsanfechtung (§ 119 BGB) ausschliesst¹³. Für Exklusivität des Sachmängelrechts hat sich neuerdings auch die französische Cour de Cassation entschieden.¹⁴ Hingegen ist die Rechtslage im österreichischen und im italienischen Recht dieselbe wie im schweizerischen.¹⁵

Der Käufer, der zwischen Gewährleistung und Anfechtung wählen kann, muss sich auf die einmal getroffene Wahl behaften lassen. Dies gilt für die erklärte Anfechtung (BGE 108 II 102 E. 2a), aber auch umgekehrt für die Gewährleistung, weil in deren Geltendmachung gleichzeitig eine Genehmigung des Vertrages nach OR 31 liegt.¹⁶ Die Auffassung, dass die Geltendmachung gewährleistungsrechtlicher Ansprüche die Genehmigung des Vertrages bewirkt, schränkt die Alternativität der Rechtsbehelfe in praxi beträchtlich ein.

¹¹ BGE 114 II 131, 136 E. 1, KELLER/SIEHR 107 f.

¹² BGE 70 II 50; 111 II 70 f; obiter auch BGE 114 II 131, 134 E. 1.

¹³ Vgl. statt aller MünchKomm/WESTERMANN § 459 Rn 83 ff.

¹⁴ Vgl. Peter HUBER, Der Irrtum über die Echtheit von Kunstgegenständen im französischen Recht, Entscheidung der Cour de Cassation vom 7. November 1995, ZEuP 1997, 1142.

¹⁵ Ausführlich zur Rechtsvergleichung KRAMER, Der Irrtum beim Vertragsschluss 148 ff.; dort auch zu weiteren Ländern.

¹⁶ BGE 88 II 410 E. 2; 127 III 83 E. 1b; ablehnend GAUCH recht 2001, 184, 189; KRAMER AJP 2001, 1454; WIEGAND ZBJV 2003, 802, 814, 816 ff.

II. Verjährung

Das praktische Argument, bei einem wesentlichen Irrtum über einen wertvollen Vertragsgegenstand müsse dem Käufer geholfen werden, weil die Jahresfrist von OR 210 viel zu kurz sei, kann nicht überzeugen. Zum einen ist der Ansatz falsch gewählt: Wenn die Frist von OR 210 zu kurz ist, so sollte der Gesetzgeber sie ändern. Ein Versuch, sie auf zwei Jahre zu verlängern, ist kürzlich im Sand verlaufen.¹⁷ Für Grundstücke kommt die Fünf-Jahres-Frist (OR 219 III) zur Anwendung. Beim Unternehmenskauf, bei dem in aller Regel ein Grundstück mitverkauft wird, sollte man die Frist von OR 219 III auf das gesamte Unternehmen erstrecken. Im Übrigen ist es dem Käufer eines Unternehmens oder eines besonders wertvollen Gegenstandes zuzumuten, die Frage der Verwirkung und der Verjährung durch eine vertragliche Vereinbarung zu regeln.

Im Kunsthandel normiert jetzt OR 210 I^{bis} für bedeutungsvolle Kulturgüter eine absolute Deissigjahresfrist und eine relative Jahresfrist. Diese Regelung ist aber problematisch, weil der Gesetzgeber des KGTG nicht definiert, was ein bedeutungsvolles Kulturgut ist. Nach der UNESCO-Konvention v. 14. 11. 1970 sind Kulturgüter Gegenstände, die aus religiösen oder weltlichen Gründen für Archäologie, Geschichte, Literatur, Kunst oder Wissenschaft bedeutungsvoll sind, z.B. Bilder, ebenso Antiquitäten, die mehr als 100 Jahre alt sind.

Für die Irrtumsanfechtung enthält OR 31 eine (zu lange¹⁸) relative Jahresfrist, welche erst mit Entdeckung des Irrtums beginnt (OR 31 II). Die Streitfrage, ob auch für die Irrtumsanfechtung in Analogie zu OR 127 eine absolute Zehn-Jahres-Frist anzunehmen ist, wird von der Judikatur¹⁹ verneint, von der Literatur hingegen zu Recht bejaht.²⁰ Im Ergebnis macht dies jedoch keinen Unterschied, weil das BGer zwar von der Unverjährbarkeit des Gestaltungsrechts ausgeht, aber richtig auf die Verjährung des daraus resultierenden Bereicherungsanspruchs nach OR 67 hinweist. Es macht auch keinen Unterschied, ob man der Unverbindlichkeits- oder der Anfechtungstheorie folgt, solange man die Anfechtung mit Rückwirkung ausstattet. In BGE 114 II 131 ist das BGer deshalb zu Recht davon ausgegangen, dass die absolute 10-Jahresfrist von OR 67 bereits mit der von Anfang an rechtsgrundlosen Leistung zu laufen beginnt, denn entweder war der Vertrag nach der Unverbindlichkeitstheorie ab initio nichtig oder er war nach der Anfechtungstheorie zunächst

¹⁷ Der Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des OR wurde vom EJDP zurückgezogen.

¹⁸ VON TUHR OR AT I (1924) 275 („reichlich lange“). § 121 I BGB verlangt unverzügliche Anfechtung.

¹⁹ BGE 114 II 131.

²⁰ z. B. WIEGAND recht 1989, 101, 111; GAUCH SAG 1989, 155, 160; SCHWENZER N 39.16; ENGEL AT 340 f.; s. auch GAUCH/SCHLUEP/SCHMID N 901 ff.; 911; MERZ ZBJV 1990, 256 ff.; PIOTET JdT 1988 I 522 ff.

gültig, wurde aber mit Rückwirkung vernichtet. Die Anfechtung wirkt ex tunc und nicht ex nunc.²¹ Der Theorienstreit spielt also praktisch keine Rolle.²² Eine soweit ersichtlich zuerst von Piotet²³ vertretene, im Vordringen befindliche Meinung, will allerdings die Rückwirkungsfiktion auf den Umfang der Leistungspflicht beschränken. Für die Verjährung soll sie nicht gelten, weil man es für anstössig hält, dass ein Anspruch bereits verjährt sein kann, ehe er überhaupt geltend gemacht werden kann.²⁴ Die Anhänger dieser Theorie wollen die absolute Verjährungsfrist von OR 67 erst mit der Anfechtungserklärung beginnen lassen. Das ist aus vier Gründen fehlerhaft: Erstens ist das Ergebnis, dass ein Anspruch verjährt, bevor er überhaupt gelten gemacht werden kann, nicht so „absurd“ (Huwiler) oder „évidemment exclu“ (Piotet) wie behauptet wird. Bei der Sachmängelhaftung stört dies niemanden. Tritt der Mangel erst nach Ablauf der Jahresfrist von OR 210 hervor, so ist der Anspruch gleichwohl verjährt, auch wenn der Mangel erst nach Ablauf der Frist hervorgetreten ist. Denn die absolute Frist beginnt mit Ablieferung der Sache. Ebenso kann es im Deliktsrecht vorkommen, dass ein Anspruch verjährt bevor er geltend gemacht werden kann.²⁵ Denn die absolute Frist von OR 60 Abs. 1 läuft von der schädigenden Handlung an, nicht vom Eintritt des Erfolges. Zweitens wäre eine absolute zehnjährige Frist, die erst zu laufen beginnt, wenn die Anfechtung dem Gegner erklärt ist, unsinnig, denn für den Fall der Kenntnis normiert OR 67 gerade eine kurze Frist. Drittens basieren Anfechtungs- wie Unverbindlichkeitstheorie auf der Vorstellung eines latent unwirksamen Vertrages, wobei beide Theorien verlangen, dass der Irrtum geltend gemacht wird. Auch nach der erstgenannten Theorie ist dies notwendig. Geschieht dies trotz Kenntnis nicht, so gilt der Vertrag als genehmigt (OR 31 I), wird also gültig. Nach der einen Theorie ist der Vertrag ungültig und wird bei Nichtgeltendmachung gültig. Nach der anderen ist er gültig und wird durch Geltendmachung ungültig. Die Verfasser des deutschen BGB glaubten der Anfechtungstheorie aus Gründen der Rechtssicherheit den Vorzug geben zu sollen. Mit dieser schien es unvereinbar, einen Vertrag quasi unbemerkt ungültig sein zu lassen. Deshalb ist das anfechtbare Geschäft zunächst gültig, gilt aber im Falle der Anfechtung als von Anfang an

²¹ Für Wirkung ex nunc WIEGAND recht 1989, 110 f.; ders. FS Gauch (2004) 709, 717 ff.

²² Ebenso GAUCH SAG 1989, 156, 159, der dem BGer in puncto Verjährungsbeginn zustimmt und 157 f. zutreffend darauf hinweist, dass Entstehungsgeschichte und Terminologie der Art. 23 ff. OR eher für die Unverbindlichkeitstheorie sprechen. Wie Gauch HÜRLIMANN-KAUP ZBJV 2002, 141 u. Fn 18.

²³ JdT 1988 I 523.

²⁴ PIOTET JdT aaO.; BSK-OR I-HUWILER Art. 67 N 5; BUCHER OR AT 699 Fn 181; BK OR-SCHMIDLIN Art. 23/24 N 104 f. SCHWENZER OR AT 39.28; VON TUHR/PETER 518 Fn 26c. Wieder anders VON TUHR OR AT I 277 Fn 37, wo einfach die Rückwirkungsfiktion ausgeblendet wird: Weil der Bereicherungsanspruch erst durch die Anfechtung entstehe, beginne seine Verjährung erst mit Kenntnis der Anfechtung.

²⁵ BGE 106 II 138 E. c = Pra 1980,173; BSK OR I/DAEPPEN Art. 60 N 9 mwN.

ungültig (§ 142 I BGB). Diese Fiktion ist unteilbar und kann nicht auf den Leistungsumfang beschränkt werden. Wird der Vertrag mit Rückwirkung beseitigt, so war die Leistung auf diesen Vertrag von Anfang an rechtsgrundlos und die *condictio indebiti* (*sine causa*) entstand gleichzeitig mit der Leistung. Die Anfechtung ist kein Aufhebungstatbestand und kein ex nunc wirkendes Gestaltungsrecht, wie Rücktritt oder Wandlung und es kommt die *condictio indebiti* (anfängliches Fehlen einer Verbindlichkeit) zur Anwendung und nicht die *condictio ob causam finitam* (Wegfall des Grundes). Viertens und zuletzt ist der Verjährungsbeginn mit der ungerechtfertigten Leistung ein notwendiges Korrektiv, wenn man, wie das BGER, eine Verjährung (oder Verwirkung) des Anfechtungsrechts analog OR 127 verneint. Denn andernfalls könnte der Irrtum, solange der Irrrende ihn nicht entdeckt hat, beliebig lang geltend gemacht werden. Unverjährbare Rechtsbehelfe jedoch sind unserer Rechtsordnung unbekannt. Auch die zufolge des Kausalprinzips nach Anfechtung ex tunc wieder auflebende Vindikation unterliegt der fünfjährigen Ersitzung (ZGB 728²⁶). Fordert der Käufer in der 10-Jahresfrist den Kaufpreis zurück, so hat der Verkäufer nach richtiger Ansicht eine Kondiktion auf Rückübereignung.²⁷

Literatur

BAUDENBACHER/SPIEGEL, Die Rechtsprechung des schweiz. Bundesgerichts zum Verhältnis von Sachmängelgewährleistung und allgemeinen Rechtsbehelfen des Käufers, FS Pedrazzini (1990) 229 ff.; BUCHER 83 f. u. 109 ff.; ENGEL 49 f.; FASTRICH, Zur Frage der Konkurrenz von kaufrechtlicher Gewährleistung und Schadenersatz aus Delikt, AJP 1995, 1115 ff.; Gauch Anm. zu BGE 114 II 131, SAG 1989, 155, 156 f.; MERZ, Sachgewährleistung und Irrtumsanfechtung, FS Guhl (1959) 85 ff.; ders., ZBJV 1974, 47; 1982, 131; PIOTET, Anm. zu BGE 114 II 131, JdT 1988, 519, 523; WIEGAND Anm. zu BGE 114 II 131, recht 1989 110 f.

Ausländische und rechtsvergleichende Literatur

DREXLER, Das Verhältnis von culpa in contrahendo zur Sachmängelgewährleistung, insbesondere unter Berücksichtigung der Rechtslage beim Unternehmenskauf (1998); FLESCHE, Mängelhaftung und Beschaffenheitsirrtum beim Kauf (1994); GABRIELLI, Das Verhältnis zwischen der Anfechtung wegen Eigenschaftsirrtrums und den Gewährleistungsansprüchen im deutschen, österreichischen und italienischen Recht (1999);

²⁶ 30 Jahre bei bedeutungsvollen Kulturgütern.

²⁷ Näheres bei HONSELL, Das Kulturgütertransfergesetz und das Privatrecht, publ. Im Internet www.rwi.unizh.ch/honsell Publikationen/Aufsätze.

HONSELL, Aktuelle Probleme der Sachmängelhaftung, JBl 1989, 205 ff.; P. HUBER, Irrtumsanfechtung und Sachmängelhaftung (2001); KRAMER, Der Irrtum beim Vertragsschluss – eine weltweit rechtsvergleichende Bestandsaufnahme (1998); ders., Probleme der kaufvertraglichen Sachmängelhaftung, LJZ 1988, 1 ff.; J. SCHRÖDER, Irrtumsanfechtung und Sachmängelhaftung im Kunsthandel nach deutschem und schweizerischem Recht, FS Kegel (1977) 397 ff.; D. WIEGAND, Vertragliche Beschränkung der Berufung auf Willensmängel (2000) 24 ff.