

Sachgewährleistung und Willensmängel beim Kauf einer mangelhaften Sache – Alternativität der Rechtsbehelfe und Genehmigung des Vertrages

Prof. Dr. iur. Peter Gauch,
Universität Freiburg/Schweiz *

Publiziert in: *recht* 2001, S. 184 ff. Die Seitenzahlen dieser Publikation sind im nachfolgenden Text in eckiger Klammer eingefügt.

Anmerkungen zu BGE 127 III 83 ff. (S. 85 f.)

[184] In BGE 127 III 83 ff. hat das Bundesgericht sich erneut auch mit dem Verhältnis zwischen der Sachgewährleistung des Verkäufers (Art. 197 ff. OR) und dem Recht der Willensmängel (Art. 23 ff. OR) befasst. Damit spricht der Entscheid einen klassischen Problembereich an, was es allein schon lohnt, darauf einzutreten. Zunächst zitiere ich die einschlägigen Gerichtssätze; dann folgt ein Kommentar.

I. Die einschlägigen Gerichtssätze

Die Sätze des Bundesgerichts, die den erwähnten Problembereich betreffen, finden sich in der Erwägung 1b, auf den Seiten 85 f. des amtlich publizierten Entscheides. Sie lauten – in prägnanter Kürze – wie folgt:

„Nach ständiger Rechtsprechung hat der Käufer die Wahl, ob er bei sachlich mangelhafter Erfüllung durch den Verkäufer gemäss Art. 197 ff. OR auf Gewährleistung klagen oder den Vertrag wegen eines Willensmangels im Sinne der Art. 23 ff. OR anfechten will (BGE 114 II 131 E. 1a S. 134; 109 II 319 E. 2 S. 322). Insbesondere ist die Anfechtung wegen absichtlicher Täuschung wahlweise neben der Sachgewährleistung zulässig (HONSELL, Basler Kommentar, N. 12 der Vorbemerkungen zu Art. 197–210 OR). Dabei hat sich der Käufer aber bei seinem Entschluss für einen der ihm zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfe behaften zu lassen (BGE 108 II 102 E. 2a S. 104). Entscheidet er sich insbesondere für die Gewährleistung, so genehmigt er gleichzeitig den Vertrag nach Art. 31 OR, da die Sachmängelregelung den Vertragsabschluss voraussetzt (BGE 88 II 410 E. 2 S. 412; SCHMIDLIN, Berner Kommentar, N. 139 zu Art. 28 OR).

Die Beklagte hat mit der Klageantwort vom 12. Dezember 1995 beantragt, es sei der Kaufvertrag zwischen den Parteien betreffend ca. 11'000 Stück Damenkonfektion vom Dezember 1993 gemäss Art. 205 Abs. 1 OR zu wandeln und es sei die Klägerin widerklageweise zu verpflichten, ihr unter Vorbehalt der Nachklage den Betrag von Fr. 90'790.- zu bezahlen, eventualiter sei der Kaufpreis zu mindern. Die Beklagte, die anwaltlich vertreten war und sich damit der Rechtsfolgen ihres Begehrens bewusst sein musste, hat sich mit diesen Anträgen für den Rechtsbehelf der Sachgewährleistung entschieden. Sie hat damit den Vertrag genehmigt und ist darauf zu behaften. Die Vorinstanz hat im Ergebnis zutreffend die Berufung der Beklagten auf Willensmängel abgewiesen.“

* Mein Assistent SEBASTIAN FREHNER, lic. iur., hat mir bei der Korrektur des Manuskripts geholfen. Dafür danke ich ihm herzlich.

II. Kommentar

Die zitierten Sätze behandeln *zwei Themen*: Die Alternativität der Rechtsbehelfe und die Genehmigung des mangelhaften Vertrages.

A. Die Alternativität der Rechtsbehelfe

1. Ob der Käufer einer mangelhaften Sache sich alternativ zu den Rechtsbehelfen des kaufvertraglichen Sachgewährleistungsrechts (Art. 197 ff. OR) auch auf die Bestimmungen über die „Mängel des Vertragsabschlusses“ (Art. 23 ff. OR) berufen, den Vertrag also wegen eines wesentlichen Willensmangels¹ „anfechten“ kann, ist *eine viel diskutierte Frage* zum schweizerischen Obligationenrecht. Nach der ständigen Rechtsprechung, die das Bundesgericht im rapportierten Entscheid aufnimmt und bestätigt, soll dies möglich sein. Dazu sind aus meiner Sicht *vier Punkte* anzumerken:

a. Die Erklärung, worin der Käufer sich auf Grundlagenirrtum oder Täuschung beruft, indem er dem Verkäufer eröffnet, „dass er den Vertrag nicht halte“ (Art. 31 Abs. 1 OR), wird im rapportierten Entscheid als „*Anfechtung*“ des Vertrages bezeichnet. Damit verwendet der Entscheid eine Terminologie, die der Gesetzgeber in den einschlägigen Art. 23 ff. OR mit Absicht vermeiden hat².

Für den vorliegenden Kommentar übernehme ich diese „gesetzesfremde“ Ausdrucksweise, wenngleich sie auf die von mir abgelehnte Anfechtungstheorie zugeschnitten ist, während bei der Ungültigkeitstheorie von [185] „Vertragsanfechtung“ nur in einem „uneigentlichen Sinn“ gesprochen werden kann (BGE 84 II 367).³ Meine sprachliche „Anpassung“ ist eine Konzession an die Wortwahl des Bundesgerichts, das in den zitierten Gerichtssätzen von „Anfechtung“ spricht, obwohl es die Anfechtungstheorie in BGE 114 II 143 explizit verworfen hat. Dass dieser Sprechweise eine Änderung der Rechtsprechung zugrunde liegt, ist nicht anzunehmen. Eine derartige Kehrtwendung zur vorher verworfenen Anfechtungstheorie wäre vom Bundesgericht wohl deutlicher angezeigt worden, nachdem die Deutlichkeit der höchstrichterlichen Rechtsprechung eine wichtige Grundlage der Rechtssicherheit ist.

b. Wesentliche Willensmängel, deren alternative Anrufung mit Rücksicht auf den Mangel der gekauften Sache in Betracht kommt, sind der *Grundlagenirrtum* (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR) und die *absichtliche Täuschung* (Art. 28 OR) über die Beschaffenheit der Kaufsache.⁴ Eine (erfolgreiche) Berufung auf Grundlagenirrtum oder/und absichtliche Täuschung ist jedoch von vornherein nur möglich, wenn im Einzelfall auch der gesetzliche Tatbestand des Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR oder/und Art. 28 OR erfüllt ist, weil der Irrtum des Käufers über die Beschaffenheit der Kaufsache die qualifizierenden Merkmale des Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR aufweist oder auf einer Täuschung im Sinne des Art. 28 OR beruht.

¹ Wesentliche Willensmängel sind der wesentliche Irrtum (Art. 23 OR), die absichtliche Täuschung (Art. 28 OR) und die Drohung (Art. 29 f. OR). Für die vorliegende Fragestellung bedeutsam sind der Grundlagenirrtum und die absichtliche Täuschung (vgl. nachfolgend lit. b der Ziff. 1).

² Vgl. dazu BGE 114 II 143.

³ Zu den beiden Theorien vgl. unten Ziff. 3 lit. d.

⁴ Der wesentliche Erklärungsirrtum und die Drohung fallen für den vorliegenden Zusammenhang ausser Betracht.

Das Erfordernis des erfüllten Tatbestandes versteht sich von selbst, weshalb es in den zitierten Gerichtssätzen so wenig erwähnt wird wie das Verbot, einen Irrtum gegen Treu und Glauben geltend zu machen (Art. 25 OR). Auch dürfte die bisherige Rechtsprechung, wonach im Viehhandel eine alternative Berufung auf Grundlagenirrtum ausgeschlossen ist (BGE 70 II 48 ff.; 111 II 70 f.; 114 II 134), weiterhin gelten, obgleich der rapportierte Entscheid diese Einschränkung nicht repetiert. Jedenfalls wäre es waghalsig, das diesbezügliche Schweigen des Bundesgerichts als Aufgabe seiner früheren Rechtsprechung auszulegen, mag die unterschiedliche Behandlung von Vieh- und anderen Kaufverträgen in der Frage der Alternativität auch ungerechtfertigt sein.⁵

c. Entgegen der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichts stellt sich ein grosser (wohl der überwiegende) Teil der schweizerischen Lehre auf den Standpunkt, dass es dem Käufer grundsätzlich verwehrt sei, sich alternativ zu den Rechtsbehelfen des Gewährleistungsrechts auf *Grundlagenirrtum* zu berufen.⁶ Auch für diese Meinung, mit der sich das Bundesgericht im rapportierten Entscheid nicht mehr auseinandersetzt⁷, gibt es nach dem früheren BGE 114 II 139 „gute Gründe“. Für sie spricht insbesondere die Überlegung, dass der gesetzgeberische „Wille“, der im ausführlich geregelten Gewährleistungsrecht zum Ausdruck kommt, durch die alternative Anwendung der allgemeinen Irrtumsregeln durchkreuzt wird.

Obwohl ich es eher mit der erwähnten Lehre halte, möchte ich hier die alte Streitfrage nicht erneut in ihrer ganzen Pracht aufrollen. „Dass ein Ding oft ist gesagt worden, beraubt (zwar) keinen Menschen des Rechts, es noch einmal zu sagen“.⁸ Doch sind die beidseitigen Argumente (für und gegen die Alternativität) hinreichend bekannt. Und ausserdem geht es letztlich um eine Wertungsfrage, deren Beantwortung sich schon aus diesem Grund den absoluten Kriterien von „richtig“ und „falsch“ entzieht.⁹ So dient die Rechtsprechung des Bundesgerichts (was unter dem Gesichtspunkt der materiellen Gerechtigkeit bedeutsam ist) namentlich auch dem Schutz des Käufers, der durch die strenge Rüge- und Verjährungsordnung des Gewährleistungsrechts benachteiligt wird. Die Tatsache, dass der schlecht bediente Käufer als der schutzwürdigere Teil erscheine, spreche dafür, ihm nicht auch noch die Berufung auf Willensmängel zu versagen, wenn er den Mangel der gekauften Sache zu spät gerügt oder die kurze Verjährungsfrist der kaufrechtlichen Mängelhaftung verpasst habe (BGE 114 II 138).

d. Vom blossen Grundlagenirrtum zu unterscheiden ist der Fall, da der Verkauf einer mangelhaften Sache den Tatbestand der *absichtlichen Täuschung* (Art. 28 OR) erfüllt. Für diesen Fall stimme ich der Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Alternativität der Rechtsbehelfe vorbehaltlos zu. Denn wird der Käufer absichtlich [186] getäuscht, so verliert der Verkäufer ein schützenswertes Interesse an der Einhaltung der Gewährleistungsregeln, weshalb es dem Käufer ge-

⁵ So z.B. HONSELL, Basler Kommentar, Vorbemerkungen zu Art. 197-210 OR, N 10.

⁶ Zum Meinungsstand vgl. z.B. die Zitate in GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 7. Auflage, Zürich 1998, Nr. 807, und SCHMIDLIN, Berner Kommentar, N 249 ff. zu Art. 23/24 OR. SCHMIDLIN selbst schlägt in N 262 ff. zu Art. 23/24 OR eine vermittelnde Lösung (eine „beschränkte alternative Anwendung der Gewährleistungs- und Irrtumsregeln“) vor.

⁷ Das hat es in BGE 114 II 134 ff. einlässlich getan (vgl. dazu GAUCH, SAG 61, 1989, S. 153 ff., und WIEGAND, recht 1989, S. 103 ff.). Rechtsvergleichend hat es sich dabei auch mit den in Deutschland und Frankreich praktizierten Lösungen auseinandergesetzt, wonach eine alternative Berufung des Käufers auf Irrtum ausgeschlossen (Deutschland) oder grundsätzlich zulässig (Frankreich) ist (BGE 114 II 135). Die deutsche Rechtsprechung, die von der Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts abweicht, wurde mit dem Hinweis relativiert, dass eine Minderheit der deutschen Lehre die Alternativität befürworte (vgl. dazu KRAMER, AcP 2000, S. 384).

⁸ GEORG CHRISTOPH LICHTENBERG, Schriften und Briefe III, Carl Hanser Verlag 1968, S. 513.

⁹ Das Denken auf einer Richtig-Falsch-Achse ist in der Jurisprudenz aber auch sonst eine fragwürdige Denkweise.

stattet sein muss, sich wahlweise auf den Willensmangel der Täuschung zu berufen. Das ist im Ergebnis auch die Meinung des im rapportierten Entscheid zitierten HONSELL, der hingegen für den Grundlagenirrtum, was aus dem höchstgerichtlichen Zitat nicht ohne weiteres hervorgeht, die „Alternativ-Rechtsprechung“ des Bundesgerichts ablehnt.¹⁰

2. Obwohl das Bundesgericht sich einmal mehr zur Alternativität der Rechtsbehelfe (Gewährleistung und Willensmängel) bekannt hat, ist *die Frage gewiss nicht ausdiskutiert*. In der Lehre wird man sie weiterhin kontrovers behandeln; und weiterhin wird ein Teil der publizierenden Autoren sich gegen die alternative Anrufbarkeit des Grundlagenirrtums stellen. Für die Fortsetzung meines Kommentars gehe ich nun aber davon aus, dass es dem Käufer einer mangelhaften Sache im Sinne des Bundesgerichts gestattet ist, sich alternativ zu den Rechtsbehelfen des Gewährleistungsrechts auch auf einen allfälligen Willensmangel (Grundlagenirrtum oder absichtliche Täuschung) zu berufen. Mit dieser Vorgabe komme ich zum zweiten Thema, das die zitierten Gerichtssätze behandeln: zur Genehmigung des mangelhaften Vertrages.

B. Die Genehmigung des mangelhaften Vertrages

3. Die alternative Anrufung eines Willensmangels ist nur so lange möglich, als der Käufer den mangelhaften Vertrag nicht *genehmigt* hat. Von Gesetzes wegen gilt der Vertrag als genehmigt, wenn der Käufer die Jahresfrist des Art. 31 OR unbenützt verstreichen lässt. Diese Genehmigung wird fingiert.

Die Genehmigung kann aber auch in einer *wirklichen (ausdrücklichen oder stillschweigenden) Erklärung* bestehen, worin der vom Willensmangel „beeinflusste Teil“ (Art. 31 Abs. 1 OR) „deutlich zu verstehen gibt, dass er sich mit dem mangelhaften Vertrag abgefunden hat“ (BGE 108 II 105), den Vertrag also ungeachtet des Willensmangels gelten lassen will. Eine solche Genehmigung (Genehmigung durch wirkliche Erklärung) liegt nach den zitierten Sätzen des Bundesgerichtes vor, wenn der Käufer kaufvertragliche Mängelrechte und damit Gewährleistungsansprüche geltend macht. „Entscheidet“ der Käufer sich „für die Gewährleistung, so genehmigt er gleichzeitig den Vertrag ...“,¹¹ da die Sachmängelregelung den Vertragsabschluss voraussetzt“. So lautet der einschlägige Gerichtssatz, der im konkreten Fall zu Lasten der Beklagten angewendet wird. Weil die Beklagte die Wandelung des Kaufvertrages, eventualiter die Minderung des Kaufpreises beantragt hat, habe sie den Vertrag genehmigt, worauf sie zu behaupten sei (ähnlich schon BGE 88 II 412). Was ist davon zu halten?

a. Sicher ist, dass der Irrende oder Getäuschte die Genehmigung des Vertrages auch durch konkludentes Verhalten erklären kann.¹² Von daher melden sich keine Bedenken gegen den Entscheid. *Fraglich dagegen ist, ob die Geltendmachung der kaufvertraglichen Mängelrechte eine derartige Genehmigung darstellt*. Das Bundesgericht bejaht die Frage mit dem begründenden Hinweis, dass „die Sachmängelregelung den Vertragsabschluss voraussetzt“.

Diese Begründung überrascht, obwohl sie sich auf eine prominente Kommentarstelle abstützt.¹³ Offenbar beruht sie auf der Vorstellung, dass der einseitig unverbindliche Vertrag kein

¹⁰ HONSELL, Basler Kommentar, Vorbemerkungen zu Art. 197-210 OR, N 9.

¹¹ Die vollständige Formulierung des Gerichtssatzes lautet: „... so genehmigt er gleichzeitig den Vertrag nach Art. 31 OR“. Das aber dürfte ein Versehen sein, da die Genehmigung „nach Art. 31 OR“ eine gesetzlich fingierte Genehmigung ist, die auf unbenütztem Zeitablauf beruht. Diese Anmerkung klingt vielleicht nach einer „kleinlich-schulmeisterlichen“ Belehrung, weshalb sie in eine Fussnote versetzt wurde.

¹² Vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, zit. in Fn. 6, Nr. 905, mit den dortigen Zitaten.

¹³ SCHMIDLIN, Berner Kommentar, N 139 zu Art. 28 OR, wo fast gleichlautend steht: „Entscheidet er (der Käufer)

abgeschlossener Vertrag sei, was aber nicht zutrifft. Vielmehr setzen auch die Regeln über die Willensmängel (Art. 23 ff. OR) und damit die „Mängel des Vertragsabschlusses“ (Marginalie F. zu Art. 23 ff. OR) gedanklich voraus, dass der Vertrag durch den Austausch übereinstimmender Willenserklärungen abgeschlossen wurde (Art. 1 OR) und in diesem Sinne zustande gekommen ist.¹⁴ Leidet der Vertrag an einem wesentlichen Willensmangel, so ist er zwar einseitig (für den Irrenden, Getäuschten oder Bedrohten) unverbindlich¹⁵, was jedoch die Tatsache des erfolgten Vertragsabschlusses unberührt lässt. Wurde nicht nur ein mangelhafter, sondern überhaupt kein Vertrag abgeschlossen, weil es hierfür an einem rechtsgenügenden (tatsächlichen oder normativen) Konsens mit dem erforderlichen Inhalt fehlt, so ist der Vertrag schon auf der Vorstufe des Art. 1 Abs. 1 OR gescheitert, weshalb sich die Frage nach der einseitigen Unverbindlichkeit gar nicht stellt.

b. Setzen nun aber auch die Regeln über die Willensmängel (Art. 23 ff. OR) einen *abgeschlossenen* Vertrag voraus, so kann der vom Gewährleistungsrecht vorausgesetzte Vertragsabschluss [187] sicher kein Grund für die Annahme sein, dass der Käufer mit der Geltendmachung von Mängelrechten den Vertrag für den Bereich der Willensmängel genehmigt. Das gilt selbst dann, wenn man in der Geltendmachung von Mängelrechten eine „Anerkennung“ des *Vertragsabschlusses* erblicken will. Denn damit anerkennt der Käufer nur eine Tatsache, welche auch die Regelung der Willensmängel voraussetzt, bringt aber keineswegs zum Ausdruck, dass er sich mit dem *Mangel* des abgeschlossenen Vertrages abgefunden hat. Demzufolge entfällt die Begründung, die das Bundesgericht für seine Ansicht vorbringt, was freilich noch nicht besagt, dass dem Bundesgericht auch im *Ergebnis* zu widersprechen wäre. Wie es sich damit verhält, bleibt vielmehr zu prüfen:

- Vorab ist klarzustellen, dass zumindest die konkludent oder sonstwie stillschweigend erklärte Genehmigung eines mangelhaften Vertrages ein bestimmtes *Bewusstsein des Erklärenden* erfordert. Um eine (wirkliche) Genehmigungserklärung anzunehmen, muss der Erklärende um den Mangel des Vertrages und den daraus fliessenden Rechtsbehelf gewusst oder wenigstens mit der Möglichkeit gerechnet haben, dass er sich auf einen Willensmangel berufen könnte, es sei denn, der Verkäufer habe nach Massgabe der konkreten Umstände auf das vorausgesetzte Bewusstsein schliessen dürfen.¹⁶ Fehlt es an diesem Erfordernis, so ist dem Käufer die Geltendmachung von Mängelrechten schon deshalb nicht als Genehmigungserklärung zuzurechnen.
- Aber auch dann, wenn der Käufer im erwähnten Bewusstsein handelt, ist *die Geltendmachung von Mängelrechten kein Verhalten, das aus sich heraus auf eine erklärte Genehmigung des mangelhaften Vertrages schliessen lässt*. Zwar gibt der Käufer durch dieses Verhalten (namentlich durch die Erhebung der Wandelungs- oder Minderungsklage) zu erkennen, dass er so gestellt werden möchte, wie er es verlangt. Das allein aber reicht nicht aus, um sein Verhalten als konkludente Genehmigungserklärung zu deuten, wonach er sich mit dem mangelhaften Vertrag abgefunden hat. Denn:

fer) sich für die Sachmängelregelung, so genehmigt er gleichzeitig den Vertrag nach Art. 31 OR, da die Sachmängelregelung den Vertragsabschluss voraussetzt.“

¹⁴ Bezüglich des Erklärungsirrtums (der hier nicht zur Debatte steht) vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, zit. in Fn. 6 Nr. 916 ff.

¹⁵ Vgl. die Formulierungen in Art. 23, 28 und 29 OR.

¹⁶ Offensichtlich strenger BGE 108 II 105, wonach „die Genehmigung ... eine sichere Kenntnis des Willensmangels“ voraussetzt, weshalb „unbestimmte, nicht näher belegte Zweifel“ nicht zu genügen vermögen.

Wer Gewährleistungsansprüche erhebt, will damit nicht ohne weiteres auch auf den alternativen Rechtsbehelf des Willensmangels verzichten¹⁷, und dies schon gar nicht für den Fall, dass sein Begehren erfolglos bleibt. Für die Annahme einer Genehmigung fehlt es daher an einer „deutlichen“¹⁸ Erklärung des Genehmigungswillens, solange nicht andere Umstände hinzutreten, aus denen der Verkäufer¹⁹ eindeutig schliessen kann, dass der Käufer *nur* die vertraglichen Mängelrechte geltend machen, also unter Aufgabe seines alternativen Rechtsbehelfes bei diesen stehen bleiben will.²⁰ Ob derartige (zusätzliche) Umstände hinzutreten sind, ist in einem späteren Streitfall nach den „Grundsätzen der Vertrauensstheorie“ (BGE 108 II 105 f.) zu prüfen und insbesondere dann nach einem strengen Massstab zu beurteilen, wenn der Käufer absichtlich getäuscht wurde (BGE 108 II 105). Hat der Käufer sich eine nachträgliche Anfechtung ausdrücklich vorbehalten oder hat er den Vertrag subsidiär (eventualiter) angefochten²¹, so hat er sogar deutlich gemacht, dass er *keinen* Genehmigungswillen hatte.

Die „Grundsätze der Vertrauensstheorie“, die das Bundesgericht in BGE 108 II 105 f. für die Prüfung der Genehmigungsfrage angerufen hat, verweisen auf das Vertrauensprinzip, wonach es bei der Auslegung eines (angeblichen oder wirklichen) Erklärungsverhaltens darauf ankommt, wie der Empfänger dieses Verhalten - unter Würdigung aller ihm erkennbaren Umstände - in guten Treuen verstehen durfte und musste. Im rapportierten Entscheid ist die Verkoppelung der Genehmigungsfrage mit dem Vertrauensprinzip verloren gegangen. Dafür nimmt das Bundesgericht Bezug auf die anwaltliche Vertretung der Beklagten, woraus es herleitet, dass sich die Beklagte „der Rechtsfolgen ihres Begehrens“ (Wandelung, eventuell Minderung) „bewusst sein musste“. *Welche* Rechtsfolgen gemeint sind, wird freilich nicht gesagt. Sollte die Genehmigung des Vertrages gemeint sein, so käme damit zum Ausdruck, dass das Bundesgericht die Vertragsgenehmigung als Rechtsfolge des beklagtischen Begehrens statt als durch Auslegung ermittelte Erklärung versteht. Wäre aber der Wegfall des Anfechtungsrechts gemeint, so würde diese Folge unmittelbar aus der Geltendmachung der Mängelrechte statt aus einer erklärten Vertragsgenehmigung abgeleitet. So oder anders führt der Satz von den Rechtsfolgen nicht weiter.

c. [188] Dem Gesagten zufolge vermag mich²² *die im rapportierten Entscheid vertretene Ansicht zur Genehmigungsfrage nicht zu überzeugen*. Vielmehr meine ich, dass die blosser Geltendmachung von Mängelrechten und damit auch die schiere Anhebung der Wandelungs- oder Minderungsklage keine Genehmigung des mangelhaften Vertrages darstellt.

Diese Meinung, die der Ansicht des Bundesgerichtes widerspricht, trifft sich im Ergebnis mit der deutschen Lehre und Rechtsprechung, wonach die Geltendmachung des Wandelungs- oder eines Schadenersatzanspruchs keine Bestätigung (§ 144 BGB) des anfechtbaren Kaufvertrages ist, die das Anfechtungsrecht des Käufers erlöschen lässt.²³ Vor allem aber ist sie von prakti-

17 Vgl. sinngemäss GIESEN, Anmerkung zu BGH NJW 1971, 1797.

18 Zum Erfordernis der „Deutlichkeit“ vgl. den in Ziff. 3 (Einleitung) zitierten BGE 108 II 105.

19 Ob eine Erklärung „deutlich“ ist, kann immer nur aus der Perspektive eines bestimmten Menschen beurteilt werden. Eine objektive „Deutlichkeit“ gibt es nicht, so wenig, wie es eine objektive Schönheit gibt. Die Perspektive, auf die es bei der Erklärung des Genehmigungswillens ankommt, ist jene des Verkäufers, da ja auch er wissen muss, woran er ist.

20 Vgl. sinngemäss BGHZ 110, 220, 222, wo sogar verlangt wird, dass „jede andere ... einigermaßen verständliche Deutung“ des Käufer-Verhaltens „ausscheidet“.

21 Zur Eventualanfechtung vgl. nachfolgend lit. c der Ziff. 3.

22 Da jeder nur aus seinem eigenen Empfinden heraus urteilt (und urteilen kann), wähle ich hier bewusst die „Ich-Form“.

23 Statt aller: FLUME, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts II, 4. Aufl. 1992, S. 569; BGHZ 110, 220, 222.

scher Bedeutung. Insbesondere ermöglicht sie es dem Käufer, dessen Wandelungs- oder Minderungsklage aus irgend einem Grund abgewiesen wird, den Vertrag noch anzufechten, soweit er sich auf Grundlagenirrtum oder absichtliche Täuschung berufen kann. Ausserdem steht es dem Käufer frei, diesen Rechtsbehelf schon mit der Wandelungs- oder Minderungsklage zu verbinden, indem er für den Eventualfall, da er mit seinem Wandelungs- oder Minderungsantrag scheitert, den Vertrag subsidiär anfecht.²⁴ Für den Erfolg der Anfechtung ist natürlich stets erfordert, dass das Anfechtungsrecht im Zeitpunkt seiner Ausübung noch besteht, also nicht infolge unbenützten Fristablaufs (Art. 31 OR) oder sonstwie erloschen ist.

Demgegenüber führt die Ansicht des Bundesgerichts zu einer materiell unnötigen Abschwächung des angestrebten Käuferschutzes. Die in „ständiger Rechtsprechung“ proklamierte Befugnis des Käufers, zwischen der Sachgewährleistung und dem Rechtsbehelf des Grundlagenirrtums oder der absichtlichen Täuschung zu wählen, wird in empfindlicher Weise verkürzt.²⁵ Macht der Käufer Gewährleistungsansprüche geltend, so riskiert er, auch den Rechtsbehelf des Willensmangels und damit „alles“ zu verlieren, falls er mit seinem Begehren nicht durchdringt, weil die geltend gemachten Ansprüche z.B. verjährt oder infolge verspäteter Mängelrüge verwirkt sind. Das fällt um so stärker ins Gewicht, als selbst für einen rechtsgewandten (oder anwaltlich vertretenen) Käufer die kaufrechtliche Anspruchslage nicht immer klar abzuschätzen ist, ganz zu schweigen von der Mehrheit der übrigen Käufer, denen die Fallstricke des Gewährleistungsrechts schlicht unbekannt sind.

d. Der Satz, dass die blosser Geltendmachung von Mängelrechten keine Genehmigung des mangelhaften Kaufvertrages bedeutet, ist ohne weiteres vereinbar mit der *Anfechtungstheorie*²⁶, wonach der einseitig unverbindliche Vertrag so lange gültig ist, bis er wirksam angefochten und dadurch mit rückwirkender Kraft ungültig wird.²⁷ Er behält seine „Richtigkeit“ aber auch dann, wenn man die einseitige Unverbindlichkeit, die aus einem wesentlichen Willensmangel folgt, im Sinne der *Ungültigkeitstheorie*²⁸ versteht, wie ich es selber befürworte²⁹. Das bedarf jedoch der näheren Erläuterung:

- Nach der Ungültigkeitstheorie³⁰ ist der einseitig unverbindliche Vertrag zwar von Anfang an ungültig, worauf sich gegen den Willen der anderen Partei aber nur die vom Mangel (z.B. Grundlagenirrtum oder Täuschung) beeinflusste Partei berufen kann, indem sie erklärt, dass sie „den Vertrag nicht halte“ (Art. 31 OR).³¹ Obwohl diese Erklärung die ursprüngliche Ungültigkeit des Vertrages nicht *herbeiführt*, sondern nur „bestätigt“, wird im vorliegenden Beitrag auch sie als „Anfechtung“ (und das Recht, sie abzugeben, als „Anfechtungsrecht“)

²⁴ Vgl. dazu auch BGE 108 II 104.

²⁵ Vgl. sinngemäss BGHZ 110, 220, 223.

²⁶ Vgl. dazu GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, zit. in Fn. 6, Nr. 896 und 928.

²⁷ Diese aus Deutschland übernommene Theorie ist in der derzeitigen Rechtslehre der Schweiz die wohl herrschende (vgl. die Nachweise in GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, zit. in Fn. 6, Nr. 896 f.), wurde aber in BGE 114 II 143 (wie bereits gesagt) explizit verworfen. Ich meine: zu Recht verworfen, will mich auf den Theorienstreit aber nicht mehr einlassen, nachdem ich das anderswo schon getan habe (vgl. die Zitate in Fn. 29). Nur eines möchte ich festhalten: dass das Gesetz sich nicht so ausdrückt, wie die Anfechtungstheorie es will.

²⁸ Vgl. dazu GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, zit. in Fn. 6, Nr. 890 ff. und die in Nr. 890 Zitierten.

²⁹ GAUCH, Vertrag und Parteiwille, in: Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht, Freiburg 1982, S. 355 ff., und SAG 61, 1989, S. 157 f.

³⁰ Die Theorie der „geteilten Ungültigkeit“ (dazu GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, zit. in Fn. 6, Nr. 899) wird hier vernachlässigt. Denn sie findet heutzutage kaum mehr Anhänger, obwohl sie in BGE 114 II 143 noch als mögliche Lösung in Betracht gezogen wurde.

³¹ Das entspricht der „nullité relative“ des französischen Rechts.

bezeichnet.³² Ihre wirksame Abgabe hat zur Folge, dass das vertragsrechtliche Argument der Ungültigkeit jetzt auch der anderen Partei zur Verfügung steht, während umgekehrt die Genehmigung bewirkt, dass die ursprüngliche Ungültigkeit entfällt³³, womit der Vertrag von Anfang an gültig wird. Dementsprechend könnte man auch sagen, dass die anfängliche Ungültigkeit des Vertrages nur unter dem Vorbehalt einer späteren Genehmigung besteht und insofern [189] negativ bedingt ist³⁴; dass sie durch die Vertragsanfechtung des Berechtigten aber zu einer unbedingten Ungültigkeit wird³⁵.

- Folgt man der umschriebenen Theorie, so ist der Kaufvertrag unter Vorbehalt seiner späteren Genehmigung von Anfang an *ungültig*, wenn der Käufer einer mangelhaften Sache sich in einem Grundlagenirrtum befunden hat oder absichtlich getäuscht wurde. Zieht man zusätzlich in Betracht, dass die Mängelhaftung des Verkäufers die Folge eines *gültigen* Vertrages ist, so liegt der Gedanke nahe, dass der Käufer den ungültigen Vertrag notgedrungen genehmigt, sobald er die aus der Mängelhaftung fliessenden Mängelrechte geltend macht. Weil die Mängelhaftung des Verkäufers (so könnte man argumentieren) die Folge eines *gültigen* Kaufvertrages sei, setze sie die Genehmigung des ungültigen Vertrages voraus, weshalb die Geltendmachung von Mängelrechten die Bedeutung einer Genehmigungserklärung habe.

Gegen dieses Argument, in dem sich die Geltendmachung von Mängelrechten und die Genehmigung so gesetzmässig verschmelzen wie zwei Wassertropfen, spricht nun aber schon der Umstand, dass die Ungültigkeit des einseitig unverbindlichen Kaufvertrages erst dann beachtlich wird, wenn der Käufer sich (wirksam) darauf beruft. Solange dies unterbleibt, ist auch hinsichtlich der Mängelhaftung des Verkäufers von der Gültigkeit des Vertrages auszugehen, weshalb die Anwendung der Gewährleistungsregeln keine Genehmigung des Vertrages voraussetzt. Damit entfällt schon die Prämisse, aus der man zu Lasten des Käufers folgern könnte, dass er den Vertrag mit der Geltendmachung von Mängelrechten genehmige. Im Übrigen wäre eine derartige Folgerung, wenn überhaupt, einzig in solchen Fällen zulässig, da der Käufer, der Mängelrechte geltend macht, sich der Ungültigkeit des mangelhaften Vertrages nach Massgabe der Ungültigkeitstheorie und der vom Gewährleistungsrecht vorausgesetzten Gültigkeit bewusst ist. Wer dem Käufer dagegen aus „rechtslogischen“ Gründen eine Genehmigung unterschiebt, übersieht, dass sich die Bedeutung des menschlichen Verhaltens nicht in gleicher Weise konstruieren lässt wie eine juristische Ableitung.

32 Was zwar ungenau, aber nicht ganz unüblich ist (vgl. die Nachweise bei GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, zit. in Fn. 6, Nr. 905).

33 Darin besteht die „Aufhebung des Mangels“, von der die Randnote zu Art. 31 OR spricht. Nicht der Willensmangel wird durch die Genehmigung beseitigt (was sich von selbst versteht), sondern die daraus fliessende Vertragsungültigkeit.

34 Der Vertrag ist ungültig unter der negativen Bedingung, dass er nicht nachträglich genehmigt wird. Nach BGE 114 II 142 ist er als „suspensiv bedingt“ anzusehen, was aber so nicht zutrifft. Denn erstens ist der aufschiebend bedingte Vertrag (Art. 151 Abs. 1 OR) kein „ungültiger“ Vertrag; vielmehr setzt die vom Bedingungseintritt abhängige Verbindlichkeit des Vertrages einen gültigen Vertrag voraus. Zweitens bewirkt der Bedingungseintritt, dass der aufschiebend bedingte Vertrag grundsätzlich ex nunc (nicht ex tunc) verbindlich wird (Art. 151 Abs. 2 OR). Und drittens kann sich darauf, dass die Verbindlichkeit des aufschiebend bedingten Vertrages bis zur Erfüllung der Bedingung suspendiert ist, jede Partei berufen, während auf die Ungültigkeit des einseitig unverbindlichen Vertrages sich nur die vom Mangel betroffene Partei berufen kann.

35 In seinem berühmten Aufsatz „über Doppelwirkungen im Recht“ (Festschrift für Ferdinand von MARTITZ, Berlin 1911, S. 211 ff., 224) formuliert KIPP, bezogen auf das deutsche Recht, den Gedanken wie folgt: „Die Anfechtbarkeit ist nach der Formel des Gesetzes eine bedingte Nichtigkeit, die durch die Anfechtung unbedingte wird.“ Zu zwei Ausnahmefällen vgl. unten Ziff. 4, am Ende.

4. Somit bleibt es beim Satz, dass die bloße Geltendmachung von Mängelrechten keine Genehmigung des mangelhaften Vertrages darstellt. *Dementsprechend dauert das alternative Recht des Käufers, sich auf Grundlagenirrtum oder Täuschung zu berufen, trotz der geltend gemachten Gewährleistungsansprüche fort*, solange es nicht aus einem anderen Grunde erloschen ist. Das gilt allerdings nicht unbeschränkt, sondern nur für so lange, wie die Verfolgung der geltend gemachten Ansprüche erfolglos bleibt.³⁶ Mit der erfolgreichen Durchsetzung eines Gewährleistungsanspruchs (wofür schon eine erfolgreiche Wandelungs- oder Minderungsklage genügt) wird der Rechtsbehelf des Willensmangels konsumiert. Das Wahlrecht ist in diesem Sinne beschränkt.

Eine andere Beschränkung ergibt sich im umgekehrten Fall, da der Käufer sein Anfechtungsrecht ausübt. *Mit der wirksamen Anfechtung des mangelhaften Vertrages entfallen die Gewährleistungsansprüche des Käufers.*³⁷ Denn diese Anfechtung hat zur Folge, dass der mangelhafte Vertrag mit rückwirkender Kraft ungültig (Anfechtungstheorie) oder dass die ursprüngliche Ungültigkeit des Vertrages beachtlich wird (Ungültigkeitstheorie), was die Anwendung der kaufvertraglichen Gewährleistungsregeln ausschliesst. Insoweit und bezogen auf das Anfechtungsrecht stimmt die Aussage des Bundesgerichts, dass „der Käufer ... bei seinem Entschluss für einen der ihm zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfe“ zu behaften sei. Vorbehalten bleiben die Ausnahmefälle, da der Verkäufer das ausgeübte Anfechtungsrecht des Käufers bestreitet³⁸ oder sich damit einverstanden erklärt, den Kaufvertrag trotz wirksamer Anfechtung gelten zu lassen (BGE 108 II 105). Eine bloss einseitige Genehmigung des bereits angefochtenen Vertrages bleibt hingegen wirkungslos.

5. Bei diesen Ausführungen zur Genehmigungsfrage könnte ich es bewenden lassen, gäbe es nicht einen Sonderfall, den ich wegen seiner [190] praktischen Seltenheit bis anhin ausgeklammert habe, der aber *im Sinne einer präzisierenden Ergänzung* doch noch in die theoretische Betrachtung einfließen muss.

Es handelt sich um den Fall, da der Käufer mit der Geltendmachung der Mängelrechte zugleich erklären will, dass er den mangelhaften Vertrag genehmigt, und der Verkäufer den Käufer tatsächlich richtig versteht, indem er dessen wirklichen Genehmigungswillen erkennt. Trifft dies zu, so ist für die Beteiligten der erklärte wirkliche Genehmigungswille massgeblich, was bedeutet, dass die Genehmigungswirkung eintritt, das Recht des Käufers, sich auf den Willensmangel zu berufen, also erlischt. Denn in der Tat gibt es keinen Grund, das Verhalten des Käufers nicht als Genehmigungserklärung gelten zu lassen, wenn beide Parteien es übereinstimmend so verstehen. Ein Rekurs auf das Vertrauensprinzip ist überflüssig, ja gar nicht möglich, da dieses Prinzip nicht zur Anwendung kommt, sobald feststeht, dass die Parteien sich tatsächlich richtig verstanden haben.

Das alles entspricht der allgemeinen Lehre von der Auslegung der Willenserklärungen³⁹, lässt die These, wonach die bloße Geltendmachung von Mängelrechten keine Genehmigung des mangelhaften Vertrages darstellt, aber unangetastet. Denn auch im erwähnten Sonderfall ist es nicht die bloße Geltendmachung von Mängelrechten (etwa die Erhebung der Wandelungs- oder Minderungsklage), welche die Genehmigungserklärung des Käufers ausmacht, sondern der wirkliche und vom Verkäufer so verstandene Genehmigungswille, den der Käufer durch dieses Verhalten erklärt. Oder anders ausgedrückt: Der Käufer genehmigt den Vertrag nicht *deshalb*, weil er die Mängelrechte geltend macht, *sondern* weil dieses Verhalten von beiden Parteien überein-

³⁶ Vgl. BGHZ 110, 220, 222; GIESEN, Anmerkung zu BGH NJW 1971, 1797.

³⁷ Vgl. auch BGE 108 II 104.

³⁸ Bestreitet der Verkäufer das ausgeübte Anfechtungsrecht, so kann ihn der Käufer „bei dieser Bestreitung behaften und den Vertrag doch noch aufrechterhalten“ (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, zit. in Fn. 6, Nr. 907).

³⁹ Vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, zit. in Fn. 6, Nr. 212 ff. mit zahlreichen Hinweisen.

stimmend als Genehmigungserklärung verstanden wird. Dieser Satz, der für den umschriebenen Sonderfall gilt, lässt sich notabene auch umdrehen: Wenn die beteiligten Parteien die Anrufung der Mängelrechte übereinstimmend *nicht* als Genehmigungserklärung auffassen, besteht kein Grund (und gibt auch das Vertrauensprinzip keine Handhabe), das Verhalten des Käufers dennoch als Genehmigungserklärung gelten zu lassen. Die Rechtsordnung hat keinen Anlass, den Beteiligten eine Erklärung aufzudrängen, die beide nicht so verstanden haben.

Ob der Käufer mit der Anrufung der Mängelhaftung den Vertrag tatsächlich genehmigen will oder eben nicht, wird der Verkäufer allerdings nur in wenigen Fällen erkennen. Zwar gibt es „Verhaltensforscher, die wissen, was eine Möwe meint, wenn sie kräht, flattert oder einen Bogen zieht“.⁴⁰ Da es sich mit dem menschlichen Verhalten aber anders verhält, weil wir Menschen uns nicht in der von WITTGENSTEIN geforderten Präzision verständigen⁴¹, und ein übereinstimmendes Verständnis im Streitfall noch bewiesen werden müsste, tritt die Bedeutung des Vertrauensprinzips so stark hervor, dass ich es richtig fand, dieses Prinzip in den Vordergrund zu stellen.

6. Nach der Präzisierung komme ich nun zum *Schluss*. In die Zukunft blickend, wage ich vorauszusagen, dass auch das zweite Thema, das die eingangs zitierten Sätze des Bundesgerichts behandeln, die Lehre weiterhin beschäftigen wird. Ich habe versucht, meine Gegenmeinung zur Ansicht des Bundesgerichtes darzutun, um damit dialogisch zur Diskussion beizutragen. Vordergrundig geht es dabei „nur“ um die Frage, ob der irrende oder getäuschte Käufer mit der blossen Geltendmachung von kaufrechtlichen Mängelrechten den Vertrag genehmigt. In der juristischen Auseinandersetzung erhält die Frage vielleicht eine grössere Bedeutung, als sie in der Praxis hat. Ähnlich verhält es sich auch mit anderen Dingen, auf die man den Blick fokussiert. „Betrachtet man einen Feuer-Salamander unter der Lupe, so erscheint er wie ein Ungetüm“.⁴²

Wie dem auch immer sei, – die Genehmigungsfrage ist gestellt und bedarf einer angemessenen Antwort für die Betroffenen. Von juristischem Interesse aber ist nicht nur die Antwort, sondern sind auch die Gründe, mit denen argumentiert wird. Sie geben Aufschluss über den methodischen Hintergrund der Beweisführung. Theoretisch sind die Juristen sich zwar seit Langem darin einig, dass eine mechanisch-naturwissenschaftliche Argumentation für die Jurisprudenz abzulehnen sei.⁴³ Exakt diese Methode käme jedoch zur Anwendung, wollte man nach dem Zusammenhang von Ursache und Wirkung eine Genehmigungserklärung des Käufers aus der Anrufung des Gewährleistungsrechtes ableiten. Demgegenüber hoffe ich, dass es mir gelungen ist, mein eigenes Argumentarium von allen Elementen der zur Recht abgelehnten Methode freizuhalten.

Korr.: sf 15.6.2007

40 FRANZ HOHLER, *Der Wunsch in einem Hühnerhof zu leben*, Feldmeilen-Zürich 1977, S. 63.

41 PAUL WATZLAWICK, *Vom Unsinn des Sinns oder Vom Sinn des Unsinn*, 6. Aufl. München 1999, S. 9.

42 MAX FRISCH, *Der Mensch erscheint im Holozän*, Frankfurt 1979, S. 81.

43 Vgl. bereits KIPP, zit. in Fn. 35, S. 14 f., unter Bezugnahme auf andere Autoren, namentlich auch auf WINDSCHEID und SCHLOSSMANN.