

Der Picasso-Entscheid – Bemerkungen zu BGE 114 II 131 ff.

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

Publiziert in: *Schweizerische Aktiengesellschaft* 3/89, S. 152 ff. Die Seitenzahlen dieser Publikation sind im nachfolgenden Text in eckiger Klammer eingefügt.

[152] Eines steht fest: Mit BGE 114 II 131 ff. hat das Bundesgericht für Diskussion gesorgt! Bereits jetzt ist der Entscheid in die Literatur eingegangen. Von PAUL PIOTET¹ wurde er teilweise und von WOLFGANG WIEGAND² so ausführlich besprochen, dass sich die vorliegenden Bemerkungen auf die Hauptpunkte beschränken können. Zunächst zum Sachverhalt:

I. Der Sachverhalt

1. Der Sachverhalt ist geradezu „klassisch“. Eine am 4. Oktober 1974 (für Fr. 25'000) *gekaufte Zeichnung*, signiert mit „Picasso“, erweist sich *nachträglich als gefälscht*, obwohl der Verkäufer die Echtheit garantiert hatte. Die ersten Zweifel an der Echtheit waren aufgekommen, als der Käufer die Zeichnung im Jahre 1985 einer Galerie in Auktion geben wollte. Die Galerie wandte sich an das „Comité Picasso“, das am 6. November 1985 antwortete, die Zeichnung stamme nach seiner Auffassung nicht von Picasso.

2. Da der Käufer die Angelegenheit nicht aussergerichtlich regeln konnte, klagt er am 17. Juni 1986 gegen die Witwe des inzwischen verstorbenen Verkäufers auf Zahlung von Fr. 25'000 nebst Zins. Er beruft sich „in erster Linie auf Unverbindlichkeit des Kaufvertrages wegen Grundlagenirrtums (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR), eventuell auf Schadenersatz wegen absichtlicher Täuschung (Art. 31 Abs. 3 OR)“³. Die Beklagte hält die [153] Forderung für verjährt, weshalb die Klage schon daran scheitert.

II. Der Entscheid des Bundesgerichts – samt Kommentar

Die Klage des Käufers wird von beiden Vorinstanzen (Bezirksgericht Bremgarten und Obergericht Aargau) wegen Verjährung abgewiesen. Das angerufene Bundesgericht bestätigt diese Abweisung, indem es wie folgt Stellung nimmt:

¹ PIOTET, A propos de l'arrêt "Picasso", Jdt, I, 136, 1988, S. 519 ff.

² WIEGAND, Bemerkungen zum Picasso-Entscheid, recht 1989, S. 101 ff.

³ Der Eventualstandpunkt (Schadenersatz wegen absichtlicher Täuschung) kam vor Bundesgericht nicht mehr zur Sprache, ohne dass die Gründe hierfür sich den Erwägungen entnehmen lassen.

1. Irrtum und Gewährleistung – Alternativität der Rechtsbehelfe

(Bundesgericht)

1. In ausführlichen Erwägungen und unter Wiederbelebung der bisherigen Rechtsprechung hält das Bundesgericht zunächst (S. 133 ff.) an seinem *Grundsatz* fest, *wonach der Käufer einer mangelhaften Speziessache sich* (abgesehen vom Viehkauf⁴) *wahlweise auf die Vorschriften über den Irrtum (Art. 23 ff. OR) oder auf das kaufvertragliche Gewährleistungsrecht (Art. 197 ff. OR) berufen kann* (S. 139)⁵. In der Lehre werde diese Rechtsprechung bald gutgeheissen⁶, bald (im Sinne einer ausschliesslichen Anwendbarkeit des Gewährleistungsrechts) verworfen⁷. Für beide Meinungen liessen sich aber „gute Gründe“ anführen, weshalb es auch mit Rücksicht auf die Rechtssicherheit nicht angehe, eine ständige Rechtsprechung leichthin aufzugeben.

Zu bedenken sei ausserdem (S. 138), dass Bedeutung und Funktion des einfachen Kaufvertrages mit der technischen Entwicklung und der allgemeinen Tendenz zum Massenvertrag sich gewandelt habe, weshalb der Käufer mehr denn je als der schutzwürdigere Teil erscheine, wenn er schlecht bedient werde⁸. Das sei ein weiterer Grund, dem Käufer, der die Kaufsache nicht rechtzeitig geprüft oder die Klagefrist gemäss Art. 210 OR verpasst habe, nicht auch noch die Berufung auf Willensmängel zu versagen. In die gleiche Richtung weise die Überlegung, dass die kurzen Fristen des Gewährleistungsrechts einseitig den Verkäufer (unter Missachtung der Käuferinteressen) begünstigen würden⁹, und dass schliesslich „die Verschiedenheit der Interessenlage und deren Ursachen“ für die wahlweise Zulassung der beiden Rechtsbehelfe spreche.

(Kommentar)

2. Damit ist also die *alte Streitfrage*, wie sich das kaufvertragliche Gewährleistungsrecht (Sachgewährleistung) und die allgemeinen Irrtumsregeln zueinander verhalten, ein weiteres Mal auf dem Tisch. WIEGAND¹⁰ wirft dem Bundesgericht vor, es habe die Frage unnötigerweise aufgeworfen und zudem ohne die erforderliche „Grundsatzdiskussion“ abgehandelt. Was ist davon zu halten?

- Sicher ist vorerst, dass das Bundesgericht bei gleichbleibendem Ergebnis einfach hätte feststellen können, die Forderung des Klägers sei verjährt, wenn das Irrtumsrecht überhaupt

⁴ BGE 110 II 70.

⁵ In BGE 109 II 322 ff. hat das Bundesgericht diesen Grundsatz sinngemäss auch auf die Rechtsgewährleistung (Art. 192 ff. OR) übertragen, die hier aber nicht zur Debatte steht.

⁶ Zitiert werden: GIGER, N 61 ff. der Vorbemerkungen zu Art. 197-210 OR; BUCHER, OR AT, 1. Aufl., S.180 ff.; KELLER/LÖRTSCHER, Kaufrecht, 2. Aufl., S. 102 f.

⁷ Zitiert werden : BECKER, N 22 zu Art. 24 OR; CAVIN, SPR VII/1, S. 117 ff., Semjud. 91, 1969, S. 329 ff./340 ff.; ENGEL, S. 229; GUHL/MERZ/KUMMER, S. 353; MERZ, in: FS GUHL, S. 85 ff., ZBJV 110, 1974, S. 47, ZBJV 118, 1982, S. 131/132; VON BÜREN, OR AT, S. 203.

⁸ Zitat: BÜHLER, SJZ, 1978, S. 1 ff.

⁹ Zitat: SCHMIDT, NJW 1962, S. 711 und 713.

¹⁰ WIEGAND, recht 1989, S. 102 f. und S. 103 ff.

zur Anwendung komme. Dass es aber den mühsameren Weg gewählt und die Streitfrage nochmals aufgeworfen hat, um sie mit eingehender Begründung zu entscheiden, wird zumindest dem Praktiker nützen¹¹. Zudem wäre es fast ein „*venire contra factum proprium*“, wollte ich den eingeschlagenen Weg jetzt aus „methodischen“ Überlegungen¹² kritisieren, nachdem in GAUCH/SCHLUEP (4. Aufl., Nr. 608a) an zwei früheren Entscheiden bemängelt wurde, das Bundesgericht erwähne oder verwerfe die von seiner Rechtsprechung abweichende Lehrmeinung, ohne sich damit sachlich auseinanderzusetzen. Das Bundesgericht hat diese „Rüge“ zwar zurückgewiesen (S. 134 f.), es aber nicht unterlassen, doch darauf einzutreten.

- Sicher ist sodann, dass es zur gerichtlich entschiedenen Streitfrage noch mehr zu sagen gäbe, als was das Bundesgericht jetzt sagt. Das beweisen schon die bemerkenswerten Ausführungen von WIEGAND¹³, die für die Zukunft zum Nachdenken anregen. Trotzdem [154] darf und muss man aber dem Bundesgericht (verglichen mit dem derzeitigen Stand der Lehre) attestieren, dass es sich die Sache nicht leicht gemacht hat. Eine andere Frage ist, ob die Gegner der Alternativität sich vom Entscheid überzeugen lassen. Das scheint mir zweifelhaft zu sein. Denn:

Einerseits billigt das Bundesgericht auch der gegnerischen Lehrmeinung, trotz eingehender „Widerlegung“ (S. 134 ff.), ausdrücklich „gute Gründe“ zu, was gewiss ernst gemeint ist. Und andererseits enthält das Urteil verschiedene Erwägungen, die zum Widerspruch herausfordern. So kann etwa das Argument der „Rechtssicherheit“ gegen jede Änderung der Rechtsprechung vorgebracht und mit dem Gegenargument gekontert werden, durch eine veränderte Rechtsprechung entstehe eine „neue“ Rechtssicherheit, solange die Gerichtspraxis nicht ununterbrochen schwanke. Auch hat der konkret entschiedene Fall (Kauf einer Picasso-Zeichnung für Fr. 25 000.) gerade nichts zu tun mit den beschworenen Massenverträgen, durch die „Bedeutung und Funktion“ des Kaufvertragsrechts verändert wurden¹⁴. Und schliesslich entspricht die Vorstellung, der Käufer sei der „schutzwürdigere Teil“ des Vertrages, zwar einer beliebt gewordenen Rollenverteilung, die aber zumindest im Einzelfall einer differenzierten Nachprüfung bedarf¹⁵.

3. Trotz allem, was das Bundesgericht für seine eigene Meinung vorbringt, *stellt sich nach wie vor die Frage*, ob es tatsächlich „richtig“ ist, den gesetzgeberischen „Willen“, der im ausführlich geregelten Gewährleistungsrecht zum Ausdruck kommt, durch die alternative Anwendung der allgemeinen Irrtumsregeln zu durchkreuzen. Der tiefste Grund, von dem das Gericht sich leiten lässt, mag in der (verständlichen) Befürchtung liegen, der Käufer werde durch die strenge Rüge- und Verjährungsordnung des Gewährleistungsrechts unbillig benachteiligt. Wenn die betreffende Sonderregelung des Gesetzes aber unbefriedigend ist, weil sie die legitimen Gläubigerinteressen des Käufers übermässig beschneidet, so muss das Gesetz revidiert werden! Ein Ausweichen auf andere Bestimmungen, die für den Käufer günstiger sind¹⁶, ist dagegen ein Notbehelf, der im

¹¹ Für den Praktiker nämlich ist es bei andauernder Kontroverse zweifellos wichtig zu wissen, auf welcher Seite das Bundesgericht sich hält und zu halten gewillt ist.

¹² WIEGAND, recht 1989, S. 102.

¹³ WIEGAND, recht 1989, S. 103 ff.

¹⁴ Kritisch auch WIEGAND, recht 1989, S. 103.

¹⁵ Kritisch auch WIEGAND, recht 1989, S. 103 f.

¹⁶ Bezeichnend der Satz: "Der Käufer wird sich vernünftigerweise erst dann auf Irrtum berufen, wenn er den

Einzelfall zwar „Gerechtigkeit“ schafft, insgesamt aber die Gefahr in sich birgt, dass notwendige Revisionen des Gesetzes sich nur verzögern und dem Bürger die Rechtsanwendung als „aleatorisch“ erscheint. Solche Überlegungen sprechen meines Erachtens auch dagegen, den (angeblich¹⁷) konkurrierenden Schadenersatzanspruch aus positiver Vertragsverletzung (Art. 97 OR) von den „formellen Erfordernissen“ des Gewährleistungsrechts zu befreien, wofür jetzt nach Ansicht des Bundesgerichts „beachtliche Gründe“ sprechen (S. 137).

Das alles gehört freilich in den Bereich der Wertung. Und man gelangt zu einem Punkt, bei dem „richtig“ und „falsch“ sich umso weniger „beweisen“ lassen, als ja „gute Gründe“ für die eine und für die Lösung sprechen¹⁸. Den Ausschlag gibt letztlich die durch Ausbildung, traditionelle Rechtsprechung, persönliche Erfahrung (und das weitere „Umfeld“) vorbestimmte *Überzeugung des Richters*, die hinter seinen „praktischen Überlegungen“ (S. 138), seiner Berufung auf den „Sinn und Zweck des Gesetzes“ (S. 138) und manchen dogmatischen Argumenten steht¹⁹. In dieser Weise begreife ich z.B. auch die Vermutung, die das Gericht dafür sprechen lässt, dass die einschlägigen Normen des Gesetzes „alternativ anwendbar“ sind, wenn das Gesetz „für gleiche Tatbestände mehrere Rechtsbehelfe mit unterschiedlichen Rechtsfolgen“ vorsieht (S. 136).

Überhaupt frage ich mich, ob es eine derartige Vermutung tatsächlich gibt und auf was sie sich abstützt. Wo es vom Ergebnis her passt, könnte man sogar versucht sein, umgekehrt zu argumentieren: der Gesetzgeber habe ein und denselben Sachverhalt vermutungsweise *nicht* mehrfach verschieden regeln wollen, da ein Gesetz sich seinem Zwecke nach nur selten darauf richte, den Entscheid über die anwendbaren Normen (gewissermassen „à la carte“) zur Disposition zu stellen. Richtiger jedoch dünkt es mich, die Fragen der Alternativität unbelastet von Vermutungen anzugehen.

4. [155] Zu einem „stossenden“ Ergebnis führt die alternative Anwendung von Irrtums- und Gewährleistungsrecht allerdings nicht. Das *Beharren des Bundesgerichts auf seiner langjährigen und festgefühten Rechtsprechung* (S. 138 f.) vermag deshalb ein gewisses Verständnis auch bei demjenigen zu wecken, der selber in die andere Richtung zielt²⁰. Nur der Vollständigkeit halber sei beigelegt, dass die leidige Frage der Alternativität selbstverständlich dann entfällt, wenn der Verkäufer (nicht der Käufer) sich auf Grundlagenirrtum beruft, weil er über die Urheberschaft des verkauften Bildes im Irrtum war²¹. Da dem Verkäufer keine Gewährleistungsrechte zustehen, kann hier von einer Konkurrenz zwischen Gewährleistung und Irrtum auch dann nicht die Rede sein, wenn ein Grundlagenirrtum tatsächlich vorliegt²².

besonderen Erfordernissen des Gewährleistungsrechts nicht genügt und seine Ansprüche aus dem Kaufrecht deshalb verloren hat“ (BGE 114 II 136).

17 Kritisch: GAUCH, Der Werkvertrag, 3. Aufl., Nr. 1689 ff.

18 Was durch den vom Bundesgericht (S. 135) angestellten Rechtsvergleich noch bestätigt wird.

19 "Dogmatisch" ist es z.B. sicher richtig, dass der Grundlagenirrtum (wie das Bundesgericht auf S. 136 ausführt) "einen Mangel in der Willensbildung und damit der Vertragsentstehung, der Anspruch auf Gewährleistung dagegen Mängel in der Vertragserfüllung betrifft". Das ist jedoch ein nur formaler Aspekt, der nichts daran ändert, dass bei konkurrierender Anwendung des Irrtums- und Gewährleistungsrechts *ein und derselbe Lebenssachverhalt* mit verschiedenartigen Rechtsfolgen verknüpft wird (vgl. HONSELL, Aktuelle Probleme der Sachmängelhaftung, Juristische Blätter, Wien 1989, S. 207).

20 Vgl. GAUCH, Der Werkvertrag, 3. Aufl., Nr. 1682 und (allgemeiner) Nr. 1715 ff.

21 Zu einem solchen Fall aus der neueren deutschen Rechtsprechung vgl. BGH NJW 1988, S. 2597 ff.; dort auch zur Frage, wie sich die Anrufung des Irrtums durch den Verkäufer zu den Gewährleistungsansprüchen des Käufers verhalten.

22 Etwa deswegen, weil das Bild mit dem wirklichen Urheber einen erheblich höheren Wert hat, als es mit dem vermeintlichen Urheber haben würde.

2. Die rechtzeitige Geltendmachung des Irrtums

(Bundesgericht)

1. Nachdem das Bundesgericht sich für die alternative Anwendbarkeit der Irrtumsregeln entschieden und dann festgestellt hat, dass der Käufer des vermeintlichen „Picasso“ sich bei Vertragsabschluss in einem Grundlagenirrtum befand (S. 139), gelangt es (auf S. 140 f.) zu einer weiteren Frage. Es fragt sich, *ob der Irrtum rechtzeitig geltend gemacht wurde*. Dass der Käufer die einjährige Frist des Art. 31 OR eingehalten habe, sei zwar unbestritten. Offen sei dagegen, „ob die Berufung auf Irrtum einzig dieser zeitlichen Schranke“ unterliege „oder allenfalls auch in dem Sinne absolut begrenzt“ sei, „dass sie nach Ablauf einer bestimmten Frist seit Vertragsschluss (!) keine Rechtswirkungen mehr“ zeitige.

Diese „offene“ (und auch in BGE 101 II 210 noch offengelassene) Frage wird jetzt vom Bundesgericht mit der herrschenden Lehrmeinung²³ verneint. „Die klare Unterscheidung, die der Gesetzgeber in Art. 31 OR einerseits (bloss einjährige relative Frist) und in den Art. 60 und 67 andererseits (zehnjährige absolute neben der einjährigen relativen Frist) getroffen hat“, lasse „auf eine bewusst und gewollt abweichende Regelung schliessen“. Dafür spreche auch, „dass die Jahresfrist des Art. 31 OR nicht als Verjährungs-, sondern als Verwirkungsfrist zu qualifizieren“ sei.

(Kommentar)

2. Somit ist *klargestellt, was nach der Ansicht des Bundesgerichtes gilt*: Die Berufung auf Irrtum unterliegt in zeitlicher Hinsicht keiner absoluten Begrenzung, was bedeutet, dass der Irrende zeitlich unbeschränkt (auf Jahrzehnte hinaus) berechtigt bleibt, sich binnen eines Jahres nach der Entdeckung auf seinen Irrtum zu berufen (Art. 31 OR). Diese Ansicht zu *kennen*, ist ein Fortschritt. Sie zu *teilen*, fällt dagegen schwer, auch wenn man in Rechnung stellt, dass notfalls der Grundsatz von Treu und Glauben²⁴ „korrigierend“ eingreift. Die vom Bundesgericht gegebene Begründung erleichtert es jedenfalls nicht, das unbefriedigende Ergebnis der zeitlichen „Grenzlosigkeit“ als vom Gesetzgeber „gewollt“ zu akzeptieren. Denn:

Dass ein solcher „Wille“ des Gesetzgebers sich „e contrario“ aus den Verjährungsbestimmungen der Art. 60 und 67 OR ergibt, ist eine Annahme von geringer Überzeugungskraft. Der Umstand nämlich, dass der Gesetzgeber für die Verjährung eine absolute Frist vorgesehen hat, erlaubt für sich allein nicht schon die Folgerung, er habe durch Weglassen einer entsprechenden Frist in Art. 31 OR eine bewusst-negative Entscheidung getroffen²⁵. Diese Folgerung übersieht die generelle Tendenz des Obligationenrechts, die einzelnen Rechtsfragen eher knapp als vollständig zu regeln. Zudem steht sie in einem inneren Widerspruch zum weiteren Argument des Gerichts, dass es in Art. 31 OR um eine Verwirkung (nicht um eine Verjährung) geht. Die

23 Zitiert werden: BUCHER, OR AT, 1. Aufl., S. 187; GILLIARD, Scriptum CO partie générale, S. 388; GUHL/MERZ/KUMMER, S. 126; OGUZMAN, SJZ 59, 1983, S. 265 ff.; VON TUHR/PETER, S. 333 Anm. 22. "Einzelne Autoren halten dagegen die allgemeine Verjährungsfrist von zehn Jahren für anwendbar (z.B. ENGEL, S. 233) oder lassen die Frage offen (GAUCH/SCHLUEP, 4. Aufl., Nr. 689)".

24 Art. 2 ZGB, konkretisiert in Art. 25 Abs. 1 OR.

25 Vgl. WIEGAND, recht 1989, S. 107.

unterschiedliche Rechtsnatur der fraglichen Institute mag zwar einem Analogieschluss von der Verjährungs- auf die Verwirkungsordnung entgegenstehen. In gleicher Weise bildet sie dann aber auch ein gedankliches Hindernis, um von der „*gewollten*“ Verjährungsordnung auf das zu schliessen, was für die Verwirkung „*nicht gewollt*“ ist.

3. [156] Wenn nun aber die publizierten Argumente des Gerichts so wenig überzeugen, so macht es fast den *Anschein*, sie seien der vorgebildeten Meinung eher *nachgeschoben* als zur Meinungsbildung *verwendet* worden. Das wäre kein ungewöhnlicher Vorgang im Bereich der juristischen Argumentierkunst, da sich ja auch sonst (und nicht nur bei Richtern) die juristische „Intuition“ häufig mit „grundsätzlichen“ Erwägungen umgibt.

Wie dem auch immer sei, – im vorliegenden Zusammenhang gäbe es im Arsenal des Juristen durchaus auch Argumente, mit denen sich die ergänzende Einfügung einer absoluten Verwirkungsfrist (gestützt auf Art. 1 Abs. 2 ZGB) begründen liesse. Im Vordergrund steht die „Interessenlage der Parteien“, wie WIEGAND sie beschreibt²⁶. Sie spricht, jedenfalls bei vollzogenen Schuldverträgen, für eine absolute Frist, die das Recht des Irrenden, sich auf den Irrtum zu berufen, zeitlich begrenzt²⁷. Solange hingegen der „mangelhafte“ Vertrag noch nicht vollzogen ist, könnte man von einer absoluten Verwirkung absehen. Ob das Gericht die Interessen der Parteien sowie die unterschiedliche Lage bei vollzogenen und nichtvollzogenen Verträgen berücksichtigt hat, lässt sich dem Entscheid nicht entnehmen, da er sich darüber ausschweigt.

3. Die Verjährung des Bereicherungsanspruchs und die Bedeutung der einseitigen Unverbindlichkeit

(Bundesgericht)

1. Kaum hat das Bundesgericht die Kontroverse um die absolute Verwirkungsfrist „entschieden“, stellt sich ihm (auf S. 141 ff.) *eine weitere „Zeitfrage“*. Denn der Käufer, für den der Vertrag wegen Grundlagenirrtums unverbindlich ist (Art. 23/ 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR), kann den bezahlten Kaufpreis (nach bisher einhelliger Meinung) nur nach den Bestimmungen über die ungerechtfertigte Bereicherung zurückfordern. Nach Art. 67 Abs. 1 OR jedoch verjährt dieser Bereicherungsanspruch „mit Ablauf eines Jahres seit Kenntnis davon, jedenfalls aber mit Ablauf von zehn Jahren seit seiner Entstehung“. Was die *absolute Verjährung* (zehn Jahre seit Entstehung des Anspruchs) betrifft, ist nun umstritten, ob die Frist „im *Zeitpunkt der Leistung* oder im *Zeitpunkt der Anfechtung*“ zu laufen beginnt. Das Bundesgericht greift die Streitfrage auf und beantwortet sie wie folgt :

Es fragt sich, „ob der Anspruch eine Nichtschuld oder eine Leistung aus nachträglich weggefallenem Rechtsgrund betrifft, weil im ersten Fall die absolute Verjährungsfrist mit dem Zeitpunkt der Leistung, im zweiten aber mit dem Wegfall des Rechtsgrundes zu laufen beginnt“. „Das Bundesgericht hat die Frage bisher nicht einheitlich beantwortet“²⁸; und „in der Lehre werden über die Wirkungen eines Vertrages, bei dessen Abschluss sich eine Partei in einem

²⁶ WIEGAND, recht 1989, S. 107 f.

²⁷ Nach WIEGAND, der sogar eine Anlehnung an die Fünfjahresfrist der Art. 127/137 ZGB für vertretbar hält, müsste jedenfalls die zehnjährige Frist die absolute Grenze sein (recht 1989, S. 108).

²⁸ Zitiert werden: BGE 64 II 135/92 II 179 einerseits und BGE 87 II 139/109 II 327 andererseits.

wesentlichen Irrtum befunden hat, verschieden Auffassungen" vertreten („Anfechtungstheorie“²⁹, „Ungültigkeitstheorie“³⁰, „Theorie der geteilten Ungültigkeit“³¹).

„Den Grundgedanken und den Zielen, die sich aus der Entstehung des Gesetzes ergeben, entspricht indes nur die Ungültigkeit des Vertrages, sei diese Wirkung nun als ein- oder zweiseitig anzusehen, bevor der Irrende sich auf den Mangel beruft“. Trifft dies aber zu, „so ist die Bereicherung in Fällen wie hier in der Bezahlung eines nichtgeschuldeten Kaufpreises zu erblicken, weshalb die absolute Verjährung mit der Leistung zu laufen beginnt“. „Diese verjährungsrechtliche Folge [157] ergibt sich übrigens auch aus der Anfechtungstheorie, nehmen deren Vertreter doch an, der Vertrag werde diesfalls ex tunc aufgehoben, folglich von Anfang an unwirksam“³², weshalb die Bereicherung nicht „als Leistung aus nachträglich weggefallenem Grund“ erscheint³³.

„Bei diesem Auslegungsergebnis hat vorliegend die absolute Verjährungsfrist von zehn Jahren im Oktober 1974, als der Kläger den Kaufpreis bezahlt hat, zu laufen begonnen und ist im Oktober 1984 abgelaufen; der Bereicherungsanspruch war somit bereits verjährt, bevor der Kläger sich im Herbst 1985 auf Irrtum berufen hat“.

(Kommentar)

2. Dass das Bundesgericht die einseitige Unverbindlichkeit des Art. 23 OR im Sinne der *Ungültigkeitstheorie* versteht³⁴, die Anfechtungstheorie also verwirft, wird vorliegend schon deshalb begrüsst, weil ich diesbezüglich gewissermassen „Partei“ bin³⁵. Das veranlasst mich auch (man möge es verzeihen!), nachstehend zu wiederholen, was von mir bereits anderswo geschrieben wurde:

²⁹ „Anfechtungstheorie“ (auch „Anfechtbarkeitstheorie“): Der Vertrag kommt (trotz wesentlichen Irrtums) auf der ersten Stufe zwar gültig zustande, fällt aber auf der zweiten Stufe wieder dahin, wenn der Irrende ihn zu Recht anfechtet. Diese Theorie entspricht der zur Zeit herrschenden Lehrmeinung (vgl. die Zitate bei GAUCH/SCHLUEP, 4. Aufl., Nr. 681).

³⁰ „Ungültigkeitstheorie“: Der Vertrag ist (bei wesentlichem Irrtum) von Anfang an und für beide Parteien ungültig, weshalb seine Gestaltungswirkung ausbleibt. Auf diese Ungültigkeit kann sich jedoch nur die irrende Partei (nicht auch die Gegenpartei) berufen. Die Gegenpartei ist also an den Vertrag in der Weise gebunden, als sie abzuwarten hat, ob der Irrende die Ungültigkeit geltend macht oder (allenfalls nach Massgabe des Art. 31 OR) genehmigt. Zum Ganzen und im einzelnen: GAUCH/SCHLUEP, 4. Aufl., Nr. 673 ff. ; vgl. auch ENGEL, S. 232 f.; KOLLER, Der gute und der böse Glaube im allgemeinen Schuldrecht, Freiburg 1985, Nr. 425; SCHNYDER, ZBJV 119, 1983, S. 82; HÜRLIMANN, Teilnichtigkeit von Schuldverträgen, Diss. Freiburg 1984, S. 96.

³¹ „Theorie der geteilten Ungültigkeit“: Der Vertrag ist (bei wesentlichem Irrtum) für den Irrenden von Anfang an ungültig, für die andere Partei dagegen gültig: den ersteren trifft *keine* Leistungspflicht, die andere Partei *trifft* eine (VON TUHR/PETER, S. 480, 493 und 338). Macht der Irrende die Unverbindlichkeit (rechtzeitig) geltend, so fällt die bestehende Leistungspflicht der Gegenpartei dahin (VON TUHR/PETER, S. 338).

³² Belege aus der schweizerischen Literatur.

³³ Belege aus der deutschen Literatur.

³⁴ Das Bundesgericht wählt seine Formulierung allerdings so, dass darin auch die „geteilte Ungültigkeit“ Platz hat. Diese Theorie (vgl. Anm. 31) krankt jedoch an einem inneren Widerspruch. Denn mit der angenommenen Leistungspflicht der Gegenpartei (für die der Vertrag gültig ist) besteht notwendigerweise auch eine entsprechende Forderung des Irrenden, was sich nicht damit vereinbaren lässt, dass der Vertrag für diesen ungültig ist.

³⁵ GAUCH, Vertrag und Parteiwille, in Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht, Freiburg 1982, S. 355 f. (insbes. Anm. 55); GAUCH/SCHLUEP, 4. Aufl., Nr. 682.

Vorläufer des Art. 23 OR ist der praktisch gleichlautende Art. 18 aOR, dessen Formulierung auf einer Anregung von P. FR. VON WYSS beruht³⁶. In seinen „Bemerkungen zum Commissionalentwurfe erster Lesung eines Schweizerischen Obligationenrechts“ (Bern 1877)³⁷ führt VON WYSS (auf S. 60 f.) aus: „Hält ... der Entwurf an seiner 'Anfechtbarkeit' fest, so erweckt er mit dieser Terminologie den Glauben, es handle sich hier um Verträge, die von Rechten wegen vollgültig wären, bis die ausdrückliche Impugnation³⁸ und Rescission³⁹ erfolge“. „Seine sogenannte Anfechtbarkeit ist sachlich“ aber „durchaus nichts anderes als einseitige Nichtigkeit. Der nicht gebundene Contrahent kann sich auf rein passives Zuwarten beschränken und mit Berufung auf den betreffenden Willensmangel seine Schuldpflicht ablehnen, die Klage bestreiten, sofern er nur ...gegen den Verdacht einer stillschweigenden Ratihabition⁴⁰ sich sicher gestellt hat. Hat er besondere Gründe, aus dieser defensiven Stellung herauszutreten und mittels Klage gewisse äussere Effekte des scheinbar gültigen Vertrages (z.B. den Schuldschein in Händen des Gläubigers) zu beseitigen, so ist dies weder Anfechtungs- noch Nullitätsklage, sondern einfach *condictio sine causa*... Wir schlagen daher vor, die unnütze und verwirrende Terminologie der 'Anfechtung' zu beseitigen“.

Der soeben erwähnte Vorschlag wurde akzeptiert und in der „einseitigen Unverbindlichkeit“ des Art. 18aOR verwirklicht, die man als „einseitige Nichtigkeit“ im Sinne des Vorschlages verstand⁴¹. Diese „einseitige Unverbindlichkeit“ wurde dann unverändert in den geltenden Art. 23 OR übernommen⁴². Ein Vorschlag, die einseitige Unverbindlichkeit des Art. 18 aOR durch eine eigentliche Anfechtbarkeit („*annulabilité*“) des Vertrages zu ersetzen, wurde in der Expertenkommission von 1908⁴³ verworfen⁴⁴. Auf diesem Hintergrund ist klar, dass die Anfechtungstheorie dem Willen des schweizerischen Gesetzgebers widerspricht⁴⁵.

3. Die *gerichtliche Ablehnung der Anfechtungstheorie* wird (wenn eine Prognose erlaubt ist) in der schweizerischen Doktrin kaum auf grosse Gegenliebe stossen, da sie der heute herrschenden Meinung⁴⁶ zuwiderläuft. So [158] hat etwa PAUL PIOTET⁴⁷ bereits jetzt eine kritische Gegenposition eingenommen, indem er unter anderem einwendet, VON WYSS habe sich mit seinem Vorschlag einzig gegen das Erfordernis einer *Anfechtungsklage* gewandt⁴⁸. Dieser Einwand

³⁶ HENRICI, Über den Irrtum beim Vertragsabschluss, Diss. Zürich 1915, S. 69 und 165.

³⁷ Zitiert wird hier die auf Anregung des Eidgenössischen Justizdepartementes veröffentlichte Fassung mit entsprechender Paginierung.

³⁸ "Impugnation" (lat.: "impugnatio") = Bekämpfung.

³⁹ "Rescission" (lat.: "rescissio") = Aufhebung.

⁴⁰ "Ratihabition" (lat.: "ratihabitatio") = Genehmigung, Gutheissung, Bestätigung.

⁴¹ Vgl. SCHNEIDER/FICK, Kommentar 1882 und 1896, je N 1 zu Art. 18 aOR; EUGEN HUBER, zit. in "Handelsrechtliche Entscheidungen", 1899, S. 63; VON TUHR, ZSR 1889, 17, S. 44 ff.

⁴² Vgl. z.B. VON TUHR, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 1. Aufl., Tübingen 1924, S. 204.

⁴³ Sitzung vom 5. Mai, Protokoll S. 8/9, Abstimmung sub II.

⁴⁴ HENRICI, a.a.O., S. 163; OSER/SCHÖNENBERGER, N 1 zu Art. 31 OR.

⁴⁵ Vgl. auch FICK, in FG COHN, Zürich 1915, S. 649 f., und SCHMIDLIN, N 9 zu Art. 9 OR. Anders z.B. BUCHER (Ringvorlesung, Bern 1984, S. 147 ff.), der jedoch die hier zitierten Materialien nicht berücksichtigt und in AcP 1986, S. 22 f. wieder die hier vorgetragene Auffassung vertritt.

⁴⁶ Nachweise bei GAUCH/SCHLUEP, 4. Aufl., Nr. 681.

⁴⁷ PIOTET, A propos de l'arrêt "Picasso", Jdt, I, 136, 1988, S. 519 ff.

⁴⁸ PIOTET, Jdt, I, 136, 1988, S. 520 (früher schon in ZBJV 1985, S. 167 f.).

deckt sich aber weder mit dem zitierten Originaltext noch mit der Interpretation des Textes durch damalige Zeitgenossen (SCHNEIDER/FICK und EUGEN HUBER⁴⁹)⁵⁰. Ausserdem hat VON WYSS den „einseitig nichtigen“ Vertrag in seinen „Bemerkungen“ auch als „hinkendes Geschäft“ und deshalb als „Verhältnis wie beim Verträge des Handlungsunfähigen“ bezeichnet (S. 59). Das jedoch beinhaltet eine Situation, von der PIOTET selber sagt, dass sie „pourrait ressembler à la prétendue nullité relative“⁵¹.

Somit bleibt es dabei, dass der Inhalt der Anfechtungstheorie dem Willen des schweizerischen Gesetzgebers widerspricht, obwohl die Räte nicht ausdrücklich darüber abgestimmt haben⁵². Nach WIEGAND sprechen dennoch „fast alle Argumente“ für die Anwendung dieser Theorie, weil sie (allenfalls mit einer ex-nunc-Wirkung versehen) besser in die „Gesamtkonzeption unserer Privatrechtsordnung“ und zur Interessenlage der Parteien passe⁵³. Ob indes die behaupteten Vorteile derart überwiegen, dass es sich aufdrängt, die einseitige Unverbindlichkeit des Art. 23 OR „gegen den Willen“ des schweizerischen Gesetzgebers auszulegen, wage ich umso mehr zu bezweifeln, als die Ungültigkeitstheorie dem Wortlaut des Gesetzes (Art. 23 - 26 und Art. 31 OR) näher steht⁵⁴, jedenfalls aber nicht zu störenden Ergebnissen führt⁵⁵. Nach ihr ist der Irrende berechtigt, entweder den Vertrag durch (ausdrückliche oder stillschweigende) Genehmigung wirksam zu machen oder, wenn er es rechtzeitig (Art. 31 OR) erklärt, sich (unter Vorbehalt von Art. 25 OR) auf die Unwirksamkeit zu berufen, was ihn allenfalls zur Leistung von Schadenersatz verpflichtet (Art. 26 OR).

⁴⁹ Beide zitiert in Anm. 41. Vgl. im übrigen auch VON TUHR, ZSR 1898, S. 45: "Der Vertrag ist von Anfang an ungültig ...; die Gültigkeit des Vertrages hängt von der negativen Suspensivbedingung ab, dass innerhalb einer bestimmten Frist keine ablehnende Erklärung des Irrenden erfolgt, resp. von der positiven Suspensivbedingung, dass der Irrende seine Genehmigung ausspricht. Dass dies die Konstruktion ist, die dem Gesetzgeber vorschwebte, geht mit Sicherheit aus dem Wortlaut der Art. 18-28 hervor. Darum ist es, wenn man genau sein will, unrichtig, von einer 'Aufhebung' des Vertrages zu sprechen."

⁵⁰ Unbehelflich ist auch das Argument von PIOTET, das durch VON WYSS abgelehnte Wort "anfechten" bedeute "attaquer"; und nach geläufigem Sprachverständnis attackiere man einen Vertrag "par une action en justice" (Jdt, I, 136, 1988, S. 520, Anm. 8). Ein Blick in einschlägige Wörterbücher zeigt, dass der Ausdruck "anfechten" durchaus auch andere Sinngehalte hat, etwa: "die Richtigkeit, Rechtmässigkeit von etwas nicht anerkennen, bestreiten". Und was die Rechtssprache im deutschen Raum betrifft, so darf VON WYSS unterstellt werden, dass auch er wusste, was man schon damals (seit SAVIGNY) mit dem Wort "Anfechtbarkeit" meinte: nämlich "die Rechtslage, dass ein Geschäft gültig ins Leben tritt, aber mit der Schwäche behaftet ist, dass es vom Willen einer Partei abhängt, es ex tunc...umzustossen" (VON TUHR, ZSR 1898, S. 44).

⁵¹ PIOTET, Jdt, I, 136, 1988, S. 521: "Une situation qui pourrait ressembler à la prétendue nullité relative en cas des vice de la volonté est celle qui résulte de l'incapacité".

⁵² Dass die Entstehungsgeschichte bei der Interpretation eines Gesetzestextes mit-berücksichtigt werden muss, versteht sich von selbst und kann auch von PIOTET nicht anders gemeint sein, obwohl er sich auf eine fehlende Abstimmung in den Räten beruft (Jdt, I, 136, 1988, S. 521).

⁵³ WIEGAND, recht 1989, S. 110 ff.

⁵⁴ BUCHER, OR AT, 2. Aufl., S. 210.

⁵⁵ Nach BUCHER, OR AT, 2. Aufl., S. 210, zeigen sich "praktische Unterschiede der beiden Auffassungen ...mehr in Nebenpunkten". Und der Umstand, dass bei der Ungültigkeitstheorie die von Art. 31 OR fingierte Genehmigung zur Beseitigung der Ungültigkeit führt, ist keineswegs "unverständlich", wie PIOTET, Jdt, I, 136, 1988, S. 520, annimmt. Aber auch sonst sind keine hinreichenden Gründe ersichtlich, um die vom Gesetzgeber abgelehnte "Anfechtbarkeit" an die Stelle der gewollten "Ungültigkeit" zu setzen. Eine gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung durch den Richter scheidet von vornherein aus, wenn es (wie vorliegend) höchstens um Fragen der Zweckmässigkeit geht (BGE 114 II 246).

4. In einem Punkt jedoch hat WIEGAND⁵⁶ zweifellos recht: Das Bundesgericht hätte sich, wenn es ihm nur um den Entscheid des konkreten Falles gegangen wäre, die Auseinandersetzung mit den verschiedenen Theorien ersparen können. Denn nach Auffassung des Gerichts führen, was den umstrittenen Beginn des Verjährungslaufes betrifft, die favorisierte Ungültigkeits- und die verworfene Anfechtungstheorie zum gleichen Ergebnis: Die absolute Verjährungsfrist für den Bereicherungsanspruch (Art. 67 Abs. 1 OR) beginnt im Zeitpunkt zu laufen, da der Irrende die vereinbarte Leistung erbringt.

Auch *dagegen* wendet sich aber PIOTET⁵⁷, indem er für die von ihm vertretene Anfechtungstheorie eine andere [159] Lösung reklamiert. Nach seiner Meinung setzt hier die Verjährung erst mit der Anfechtungserklärung ein⁵⁸, und zwar unbekümmert darum, ob die Anfechtung auf den Vertragsabschluss zurückwirkt oder nicht. Andernfalls nämlich könne die Bereicherungsforderung verjähren, noch bevor sie durch die Anfechtungserklärung überhaupt entstehe, was „per definitionem“ ausgeschlossen sei. Zum gleichen Ergebnis gelangt offenbar auch WIEGAND, der die „konstruktiv-dogmatischen Überlegungen“ des Bundesgerichts beiseite schiebt und seinerseits argumentiert, dass vernünftigerweise nicht von einer Bereicherung des Geschäftspartners gesprochen werden könne, bevor der Irrende sich auf das Fehlen des Rechtsgrundes berufe⁵⁹.

5. Wann der Bereicherungsanspruch des Irrenden *im Sinne des Art. 67 Abs. 1 OR* „entsteht“ und damit (absolut) zu verjähren beginnt, ist durch zweckmässige Auslegung dieser Gesetzesbestimmung zu ermitteln. Die Ungültigkeitstheorie macht die Auffassung des Bundesgerichts über den Beginn des Verjährungslaufes „konstruktiv“ zwar plausibel; andererseits wäre sie aber auch kein Hindernis, die fristauslösende „Entstehung“ des Anspruchs (Art. 67 Abs. 1 OR) rechtlich auf den Zeitpunkt zu verschieben, in dem der Irrende sich auf seinen Irrtum beruft.

Indessen ist eine solche Verschiebung und die damit verbundene Verzögerung des Verjährungseintritts weder durch die Rücksichtnahme auf den Irrenden geboten, noch sehe ich einen anderen Grund, der sie sachlich rechtfertigen würde. Im Gegenteil: die Verschiebung hat zur Folge, dass Beginn und Eintritt der Verjährung (da abhängig von der Anrufung des Irrtums) ins zeitlich Ungewisse fallen, was dem *Zweck der Verjährung*, den Bereicherungsschuldner vor unbegründeten, unbekannten, unerwarteten oder bloss befürchteten Ansprüchen zu schützen⁶⁰, offensichtlich entgegenläuft. Diesem Zweck des Art. 67 Abs. 1 OR und dem gebotenen Schutz der Gegenpartei entspricht es ohne Zweifel besser, die absolute Verjährung des Bereicherungsanspruches laufen zu lassen, sobald der Irrende seine vereinbarte Leistung erbringt⁶¹. Das gilt noch in verstärktem Masse, falls man (entgegen der hier vertretenen Meinung) das Eingreifen einer absoluten Verwirkungsfrist ablehnt, obwohl dann die Rückforderung des Irrenden (wie gerade im

⁵⁶ WIEGAND, recht 1989, S. 109 f.

⁵⁷ PIOTET, Jdt, I, 136, 1988, S. 522.

⁵⁸ Im Ergebnis übereinstimmend: BUCHER, OR AT, 2. Aufl., S. 699, Anm. 181.

⁵⁹ WIEGAND, recht 1989, S. 111.

⁶⁰ SPIRO, Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalefristen, Band 1, Bern 1975, S. 8.

⁶¹ Ob es sich bei absichtlicher Täuschung (Art. 28 OR) und Furchterregung (Art. 29 OR) gleich verhält oder die Gegenpartei des Getäuschten oder Bedrohten geringeren Verjährungsschutz verdient, kann hier offengelassen werden.

vorliegenden Fall) schon verjährt sein kann, bevor dieser sein unverwirktes Recht zur Anrufung des Irrtums (und damit die Unverbindlichkeit des Vertrages) geltend macht⁶².

6. Aus den vorstehenden Erwägungen *teile ich die Auffassung des Bundesgerichts*, wonach die *Leistung des Irrenden* das fristauslösende Ereignis bildet, das die absolute Verjährungsfrist für dessen Bereicherungsanspruch in Gang setzt. Bei Anwendung der Ungültigkeitstheorie ist diese Auffassung sogar für PIOTET „certainement exacte“⁶³. Seine Kritik basiert denn auch auf der Voraussetzung, dass die *Anfechtungstheorie* zur Anwendung kommt, die den Bereicherungsanspruch des Irrenden erst mit der Anfechtung entstehen lasse. Selbst unter dieser Voraussetzung vermag mich die Kritik jedoch nicht zu überzeugen. Denn sie übersieht, dass die für den Verjährungsbeginn massgebliche „Entstehung“ des Bereicherungsanspruchs ein gesetzlicher Begriff ist, dessen Sinngehalt es durch zweckmässige Auslegung des Art. 67 Abs. 1 OR (nicht durch formale Befragung dieser oder jener Theorie⁶⁴) zu ermitteln gilt. [160] Die am Zweck der Verjährung orientierte Auslegung verdrängt meines Erachtens aber auch den Einwand, dass „von einer Bereicherung des Geschäftspartners“ nicht gesprochen werden könne, „bevor der Irrende sich auf das Fehlen des Rechtsgrundes beruft“ (WIEGAND)⁶⁵. Zu alledem kommt noch ein weiteres:

Selbst wenn man die Anfechtungstheorie übernimmt und sich ausserdem auf den Standpunkt stellt, dass der Bereicherungsanspruch des Irrenden bei richtiger Auslegung des Art. 67 Abs. 1 OR erst mit der Anfechtungserklärung „entsteht“, ist ein früherer Verjährungsbeginn nicht von vorneherein ausgeschlossen. Vielmehr fragt sich bei einer solchen Gesetzesauslegung, ob nicht sinngemäss der Grundsatz des Art. 130 Abs. 2 OR eingreift. Das wird z.B. von SPIRO⁶⁶ bejaht, was wiederum zum Ergebnis führt, dass die absolute Verjährung schon mit der Leistung des Irrenden (nicht erst mit der Ausübung des Anfechtungsrechts) zu laufen beginnt⁶⁷.

⁶² Gerade *umgekehrt*: BUCHER, OR AT, 2. Aufl., S. 699, Anm. 181, der das (angebliche) Fehlen einer absoluten Verwirkungsfrist als Argument für die eigene Auffassung verwendet, dass die Verjährung erst mit der Berufung auf den Willensmangel zu laufen beginnt. Der Umstand, dass die Berufung auf den Willensmangel noch erfolgen könnte, nachdem die Leistungskondition bereits verjährt ist, sei jedenfalls hinsichtlich des Kondiktionsanspruchs des Gegners „inakzeptabel“. Da BUCHER die „Inakzeptabilität“ nicht weiter begründet, ist eine Stellungnahme zu diesem Werturteil zwar ausgeschlossen. Fest aber steht, dass die Korrektur einer „inakzeptablen“ Rechtslage durch die *Anerkennung einer absoluten Verwirkungsfrist*, nicht über den Beginn der Verjährung, erfolgen muss, damit nicht ein Fehler durch den andern ersetzt wird. Das gleiche gilt gegenüber PIOTET, für den die Rechtslage „nettement critiquable“ ist (Jdt, I, 136, 1988, S. 522).

⁶³ PIOTET, Jdt, I, 136, 1988, S. 522.

⁶⁴ Insofern gleicher Meinung: WIEGAND, recht 1989, S. 111.

⁶⁵ „Zuvor von einer Bereicherung des Geschäftspartners zu sprechen“, wäre nach WIEGAND (recht 1989, S. 111) „schon deshalb verfehlt, weil ja erst jetzt entschieden wird, ob der zugewendete Vermögensvorteil nicht in dessen Vermögen verbleibt“. Wann das letztere entschieden wird, kann für den Beginn des Verjährungslaufes jedoch nicht ausschlaggebend sein, sobald die „wertende Entscheidung“ (die WIEGAND richtigerweise verlangt) den Schutzzweck der Verjährung in den Vordergrund rückt. Auf der gleichen Linie liegt auch die Bestimmung des § 200 BGB.

⁶⁶ Vgl. SPIRO, a.a.O., S. 61 ff.

⁶⁷ Vgl. SPIRO, a.a.O., S. 61 ff., namentlich S. 62, Anm. 9. Ausschlaggebend ist die Ueberlegung, dass der Irrende, kaum hat er geleistet, sein (schon) bestehendes Anfechtungsrecht ausüben und das Geleistete wieder zurückverlangen kann.

III. Schluss

1. Misst man das besprochene Urteil an der „alten richterlichen *Tugend, zu nicht entscheidungsrelevanten Punkten wenn immer möglich nicht Stellung zu nehmen*“⁶⁸, so scheint die Tugendhaftigkeit des Gerichts für einmal in Frage gestellt. Doch gilt hier wie überhaupt: „*Il faut se méfier des maximes*“! Insbesondere hat sich jede Tugend (auch die erwähnte) im praktischen Leben zu bewähren. Und praktische Bedürfnisse können es als angezeigt erscheinen lassen, dass das oberste Gericht sich *ausnahmsweise* auch zu umstrittenen Fragen äussert, die für den Entscheid des gerade anstehenden Falles nicht relevant sind. Das nämlich kann, wenn es mit der gebotenen Zurückhaltung⁶⁹, Überlegung⁷⁰ und Sorgfalt⁷¹ geschieht, durchaus nützlich sein, indem es dazu beiträgt, unnötige Prozesse zu vermeiden und die Anliegen der Rechtssicherheit in kontroversen Gebieten zu fördern. Ob und inwieweit es für das Bundesgericht aber gerade vorliegend angezeigt war, über die reine Fallentscheidung hinauszugehen (die Zurückhaltung also aufzugeben), das ist eine Frage, über die ich weiter nicht „rechten“ möchte⁷².

2. Das Bundesgericht hat sich geäussert – und der Doktrin obliegt es jetzt, die Diskussion weiterzuführen. Meine Urteilsbesprechung, die in einigen Punkten kritisch ist, in anderen nicht, mag in diesem Sinne verstanden werden. Dass sie zum Teil auch von den „mitbesprochenen“ Urteilsanmerkungen der eingangs zitierten Kollegen abweicht, ist Ausdruck einer Meinungsvielfalt, die den lebendigen „Literaturbetrieb“ auszeichnet. *Im einzelnen und zusammenfassend* möchte ich festhalten, dass mir in der Frage der Alternativität auch eine vom besprochenen Urteil abweichende Lösung (also die Verdrängung der Irrtumsregeln durch das Gewährleistungsrecht) möglich (ja angezeigt) erschiene. Was die Berufung auf den Irrtum betrifft, würde ich hinsichtlich vollzogener Verträge die Anerkennung einer absoluten Verwirkungsfrist (als Ergänzung zu Art. 31 OR) begrüßen. Die Unverbindlichkeit des Art. 23 OR verstehe ich im Sinne der Ungültigkeitstheorie. In der Ablehnung der Anfechtungstheorie und in der Frage, wann die absolute Verjährung für den Bereicherungsanspruch des Irrenden zu laufen beginnt (Art. 67 Abs. 1 OR), deckt sich meine Meinung mit der Meinung des Bundesgerichts.

Korr.: MD, 02.03.2005

⁶⁸ WIEGAND, recht 1989, S. 103.

⁶⁹ Natürlich ist alles eine Frage des Masses, da wohl niemandem damit gedient wäre, wenn das Bundesgericht sich gewissermassen zu einem "rechtswissenschaftlichen Institut" entwickeln würde. Das gilt umso mehr, als in der Schweiz "seit jeher eine einfache und praktische Rechtsauffassung vorgeherrscht hat" (BGE 67 II 74).

⁷⁰ Zu vermeiden sind vor allem auch unüberlegte "obiter dicta", die es in einem späteren Fall dann wieder "wegzudiskutieren" gilt, was einer gewünschten Rechtssicherheit geradewegs zuwiderläuft.

⁷¹ Die Sorgfalt hat sich vor allem auch darauf zu richten, dass ungewollte Festlegungen unterbleiben und nicht (ohne Not) neue Probleme geschaffen werden. Dass die gerichtliche Erörterung nicht entscheidungsrelevanter Rechtsprobleme derartige Gefahren in sich birgt, wird von WIEGAND (recht 1989, S. 103) hervorgehoben.

⁷² Sehr kritisch: WIEGAND, recht 1989, S. 101 ff.