



Normenkonkurrenzen im Obligationenrecht – zugleich ein Beitrag zum Verhältnis von Irrtumsanfechtung und Sachmängelhaftung

YVES MAUCHLE

Der andauernde Lehrstreit um das Verhältnis von Irrtumsanfechtung und Sachgewährleistung zeigt auf, dass dringender Bedarf an einer methodischen Debatte über die Lösung von Normenkonkurrenzen besteht. Im vorliegenden Aufsatz werden einige Lösungsansätze unter Zuhilfenahme von Beispielen aus dem Obligationenrecht diskutiert und bewertet. Der Autor zeigt auf, dass rein formell-begriffliche Lösungen hinterfragt werden müssen und insbesondere von der unreflektierten Anwendung der weit verbreiteten lex-specialis-Parömie Abstand zu nehmen ist. Schlagkräftig sind hingegen Konkurrenzregeln, die einen grossen Spielraum für den Einbezug der Wertungen des Gesetzes lassen. Die erarbeiteten Ansätze werden zur Illustration jeweils unter dem Titel «Anwendung» auf die Konkurrenz von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR und Art. 197 ff. OR angewendet.

La controverse doctrinale persistante relative au rapport entre l'invalidation pour cause d'erreur et la garantie pour les défauts montre qu'il existe un besoin urgent de débat méthodique relatif à la résolution de conflits de normes. Cet essai examine et évalue quelques approches à cet égard, à l'aide d'exemples du droit des obligations. L'auteur montre que les solutions purement formelles et terminologiques doivent être remises en question et qu'il y a en particulier lieu de se distancier de l'application irréfléchie et largement répandue du concept de lex specialis. Les règles de conflit en revanche, qui laissent une grande marge de manœuvre pour l'intégration d'appréciations de la loi, sont toutefois adéquates. Les approches traitées sont, à titre illustratif, appliquées au concours des art. 24 al. 1 ch. 4 CO et 197 ss CO.

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Grundbegriffe der Konkurrenzlehre
 - A. Terminologie
 - B. Methodisches Vorgehen
 - C. Begriffliche Erscheinungsformen
 1. Verhältnis der Tatbestände
 2. Verhältnis der Rechtsfolgen
 - D. Anwendungsverhältnisse
- III. Exklusivität oder Alternativität?
 - A. Begriffliche Ansätze
 1. Formelle Spezialität
 2. Derogationsverbot bei identischen Tatbeständen
 3. Vermutung der Alternativität?
 4. Fazit: Begrenzte Schlagkraft im Schuldrecht
 5. Anwendung
 - B. Kombination von begrifflichen und wertenden Elementen
 1. Sicherung des Anwendungsbereichs
 2. Theorie der Zweckvereitelung
 3. Fazit: Zweckvereitelungsargument als überzeugende Konkurrenzregel
 4. Anwendung
 - C. Wertungsbasierte Ansätze
 1. Ausschlusswirkung der «abschliessenden» Regelung
 2. Kriterium der «Wertungskonsistenz»
 3. Geltungszeitlich-realistische Konkurrenzlösung
 4. Fazit: Wertende Elemente als Hilfskriterien
- IV. Zusammenfassung und Ausblick

YVES MAUCHLE, M.A. HSG in Law and Economics, Zürich. Der vorliegende Aufsatz basiert auf einer vom Autor verfassten Masterarbeit an der Universität St. Gallen (HSG). Der Autor dankt den Referenten Prof. Dr. ALFRED KOLLER und Prof. Dr. IVO SCHWANDER für die Betreuung sowie SIMON BÜHLER, M.A. HSG in Law, für die anregenden Diskussionen und KARIN INGBER, M.A. HSG in Law, für die kritische Durchsicht des Manuskripts. Etwaige Bemerkungen werden gerne entgegengenommen (mauchle@mauchle-legal.ch).

I. Einleitung

Im Jahr 1948 schrieb GERHARD KEGEL¹ in einer Rezension: «Beim Anblick einer Arbeit über Irrtum und Mängelhaftung wird mancher die Stirn runzeln. Das Thema ist ausgenutzt.» Das Zitat zeigt, dass das Verhältnis zwischen Irrtumsanfechtung und Sachgewährleistung schon vor langer Zeit ausführlich diskutiert wurde. Die Exklusivität der Mängelrechte ist in der deutschen Literatur und Praxis heute weitgehend akzeptiert. In der Schweiz hingegen lässt das Bundesgericht die alternative Berufung auf den Grundlagenirrtum zu und die Lehre ist sich nach jahrzehntelanger Diskussion immer noch uneins. Die Einen sind der Ansicht, dass das Sachgewährleistungsrecht die Irrtumsanfechtung verdrängen müsse, etwa wegen des Lehrsatzes *lex specialis derogat legi generali* oder weil sie die Beschränkungsnormen der Mängelrechte durch die alternative Anwendung gefährdet sehen. Die Anderen plädieren für die alternative Anwendung, insbesondere weil das Willensmängelrecht und das Gewährleistungsrecht unterschiedlicher Natur seien oder weil die Alternativität den geltungszeitlichen Umständen besser entspreche.

Dass die Argumente bei der jeweils anderen Seite meistens auf taube Ohren stossen, verwundert nicht, denn *es existiert keine gemeinhin akzeptierte Methode zur Lösung von Normenkonkurrenzen im Schuldrecht.*

¹ GERHARD KEGEL, Rezension zu Werner Flume: Eigenschaftsirrtum und Kauf, AcP 1949, 356 ff., 356.

Die Frage, wie ein Anwendungsverhältnis zweier konkurrierender Normen zu bestimmen ist, wurde in der Literatur vielerorts und in verschiedenen Zusammenhängen diskutiert. Allgemein anerkannte Regeln wurden jedoch nie gefunden – es existiert nicht einmal eine einheitliche Terminologie. Integrale Betrachtungen der Konkurrenzlehre sind in der modernen Methodenlehre eine Rarität. Vor diesem Hintergrund sollen hier einige Gedanken zu möglichen *Ansätzen zur Lösung von Normenkonkurrenzen* ausbreitet werden.

Im nachfolgenden Teil II werden die Grundbegriffe von Normenkonkurrenzen im Schuldrecht erörtert: die Terminologie (A.), das methodische Vorgehen (B.), die begrifflichen Erscheinungsformen (C.) und die Anwendungsverhältnisse (D.). Darauf werden in Teil III Methoden zur Lösung von Normenkonkurrenzen diskutiert, gruppiert in begriffliche Ansätze (A.), Kombinationen von begrifflichen und wertenden Elementen (B.) und wertende Ansätze (C.). Am Schluss des Beitrags findet sich eine Zusammenfassung mit Ausblick (Teil IV). Als Anwendungsbeispiele werden jeweils verschiedene Normenkonkurrenzen aus dem OR aufgegriffen. Hauptaugenmerk bei der Anwendung der methodischen Erkenntnisse liegt jedoch auf dem *Verhältnis zwischen Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR und Art. 197 ff. OR*, da dieses in der schweizerischen Lehre nach wie vor stark umstritten ist und diese Konkurrenzdiskussion wie kaum eine andere die Verschiedenheit der angewendeten Konzepte aufzeigt. Unter dem Titel «Anwendung» werden die zuvor abstrakt diskutierten Konkurrenzregeln jeweils auf die Konkurrenz dieser beiden Rechtsgrundlagen angewandt.

II. Grundbegriffe der Konkurrenzlehre

A. Terminologie

In der schuldrechtlichen Konkurrenzlehre besteht keine einheitliche Terminologie. Zwar werden bestimmte Begriffe gemeinhin verwendet, jedoch stehen sie regelmässig für mehrere unterschiedliche Konzepte. Deshalb drängt es sich auf, diese Begriffe vorab zu diskutieren und eine konsistente Terminologie vorzuschlagen.

Eine *Normenkonkurrenz* liegt vor, wenn bei einem bestimmten Sachverhalt – isoliert betrachtet – die Tatbestände zweier (oder mehrerer) Rechtsnormen erfüllt sind². Man nennt dies teilweise auch *Normenkollision*³

oder *Gesetzeskonkurrenz*. Letzterer Begriff beschrieb ursprünglich nur das Aufeinandertreffen zweier Rechtsnormen, also das Vorliegen einer Normenkonkurrenz⁴. Mit der Loslösung der Konkurrenzfrage vom prozessualen Anspruchsbegriff⁵ fand die «Gesetzeskonkurrenz» jedoch eine neue Bedeutung, wonach sie die Derogation (Verdrängung) der anderen Rechtsnorm beschreibt⁶. Die neuere Lehre verwendet den Begriff meistens in diesem letzteren Sinn⁷. *Anspruchskonkurrenz* wird in der herrschenden Lehre⁸ die Konstellation genannt, in welcher ein Gläubiger mehrere inhaltsgleiche Ansprüche aus dem

WALTER R. SCHLUEP, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Bd. II, bearbeitet von SUSAN EMMENEGGER, 9. A., Zürich 2008, Rn 2933 ff.; DIETER SCHMALZ, Methodenlehre für das juristische Studium, 4. A., Baden-Baden 1998, Rn 70.

³ Z.B. SCHMALZ (FN 2), Rn 72. Oft wird dieser Begriff aber spezifisch für die «hierarchische» Normenkonkurrenz verwendet, z.B. bei ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. A., Zürich 2008, Rn 1172.

⁴ In der *älteren Lehre* z.B. KONRAD HELLWIG, System des Deutschen Zivilprozessrechts, Teil I: Ordentliches Verfahren, Leipzig 1912, 323 f.; FRIEDRICH LENT, Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht und Zivilprozess, Bd. 1, Leipzig 1912, 70 ff.; von kumulativer, alternativer und verdrängender Gesetzeskonkurrenz sprechen LUDWIG ENNECERUS/HANS C. NIPPERDEY, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 15. A., Tübingen 1959, 349 ff. Auch in der *modernen Lehre* wird der Begriff der Gesetzeskonkurrenz im traditionellen Sinn verwendet: z.B. KRAMER (FN 2), 107; BSK OR I-HEIERLI/SCHNYDER Art. 55 N 4; HERBERT SCHÖNLE/PETER HIGI, Zürcher Kommentar, V 2a, 3. A., Zürich 2005, Art. 197 OR N 232; THEO MAYER-MALY, Rangordnung von Normen innerhalb des Gesetzes, in: Rangordnung der Gesetze, 7. Symposium der Kommission «Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart» am 22. und 23. April 1994, Göttingen 1995, 139.

⁵ Dazu PETER HUBER, Irrtumsanfechtung und Sachmängelhaftung, Tübingen 2001, 178 ff., m.w.Hw.

⁶ Vgl. ROLF DIETZ, Anspruchskonkurrenz bei Vertragsverletzung und Delikt, Bonn 1934, 16.

⁷ Z.B. HEINRICH HONSELL, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 9. A., Bern 2010, 117; KARL OFTINGER/EMIL W. STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I, Allgemeiner Teil, 5. A., Zürich 1995, § 13 Rn 4; PETER SCHLECHTRIEM, Vertragsordnung und ausservertragliche Haftung, Frankfurt 1972, 33. Dies entspricht der im Strafrecht seit längerem weitgehend unbestrittenen Terminologie: dazu ULRICH KLUG, Zum Begriff der Gesetzeskonkurrenz, ZStW 1956, 399 ff.

⁸ Z.B. THEO GUHL, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. A., Zürich, bearbeitet von ALFRED KOLLER (§§ 1–47), ANTON K. SCHNYDER (§§ 48–58) und JEAN N. DRUEY (§§ 59–89), § 31 Rn 42; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (FN 2), Rn 2938 ff.; KOLLER (FN 2), § 2 Rn 116. Von *Klagenkonkurrenz* sprechen, basierend auf den Begrifflichkeiten des römischen und gemeinen Rechts, ANDREAS VON TUHR/ARNOLD ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. 2, 3. A., Zürich 1974, 108 und EUGEN BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. A., Zürich 1988, 337.

² ERNST A. KRAMER, Juristische Methodenlehre, 3. A., Bern 2010, 107; ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. A., Bern 2009, § 2 Rn 116; PETER GAUCH/

selben Sachverhalt alternativ geltend machen kann. Auch hier besteht keine Einigkeit darüber, was dieser Begriff umfasst⁹.

Ausdrücke wie *Gesetzeskonkurrenz* und *Anspruchskonkurrenz* bezeichnen also regelmässig die Lösung der Konkurrenzfrage, nämlich das *Anwendungsverhältnis*. Der Begriff der *Konkurrenz*¹⁰ ist nach der hier vertretenen Ansicht jedoch nur für das vorgelagerte Problem, nämlich das Zusammentreffen von Rechtsnormen, zu verwenden¹¹. Deshalb wird mit (*Normen-*)*Konkurrenz* nur diese Grundkonstellation bezeichnet. Die resultierenden Anwendungsverhältnisse werden *Kumulation*, *Exklusivität* (*Derogation*), *Alternativität* und *Neutralisierung* genannt¹².

Das Anwendungsverhältnis, bei dem eine Norm die andere verdrängt, wird *Exklusivität* bzw. *Derogation* genannt. *Spezialität* beschreibt hier nur die Konstellation zweier Tatbestände, nicht aber das exklusive Anwendungsverhältnis¹³. Mit *Kumulation* ist das Eintreten zweier Rechtsfolgen ohne gegenseitige Einschränkung gemeint (*sowohl* Rechtsfolge A *als auch* Rechtsfolge B treten vollumfänglich ein), während *Alternativität* das elektive Eintreten von nur einer der beiden Rechtsfolgen bezeichnet (der Berechtigte kann sich *entweder* auf Rechtsfolge A *oder* auf Rechtsfolge B berufen¹⁴).

Neuerdings wird in GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER¹⁵ darauf hingewiesen, dass Ansprüche selbstständig bestehen, auch wenn die «Erfüllung wirtschaftlich nur einmal

geschuldet ist». Der eine Anspruch erlösche deshalb nur insoweit, als der Gläubiger aus dem anderen wirtschaftlich befriedigt worden ist. Somit sei etwa bei Art. 41 und Art. 97 OR von Kumulation und nicht Alternativität zu sprechen. Ein Abweichen von der hier verwendeten Terminologie, wonach Alternativität die elektive Anwendungsmöglichkeit zweier Rechtsnormen beschreibt, ist aber nicht zwingend. *Erstens* verlöre der Begriff der Kumulation so seine in der *deutschsprachigen*¹⁶ Lehre etablierte Bedeutung. *Zweitens* trifft es zwar zu, dass die Rechtsfolgen in einem solchen Fall – hier die Schadenersatzansprüche – formell selbstständig bestehen. Sie treten jedoch für den gemeinsam abgedeckten Bereich *alternativ* ein. Man meint somit genau genommen die Alternativität des *Eintretens* der Rechtsfolgen, soweit diese überhaupt alternativ eintreten können. Die bereits etablierte und hier verwendete Terminologie erscheint intuitiv einleuchtender.

B. Methodisches Vorgehen

Wie bereits ausgeführt, liegt eine Normenkonkurrenz vor, wenn ein Sachverhalt – isoliert betrachtet – die Tatbestände zweier (oder mehrerer) Rechtsnormen erfüllt¹⁷. Es ist dabei von bereits *ausgelegten* Gesetzesbestimmungen und nicht etwa vom blossen Wortlaut auszugehen. Mit anderen Worten findet eine Auslegung in zwei Schritten statt: *Zuerst* werden die Rechtsnormen isoliert ausgelegt. Liegt dann eine Konkurrenz der ausgelegten Rechtsgrundlagen vor, findet in einem *zweiten Schritt* die spezifisch auf das Konkurrenzproblem gerichtete Auslegung, d.h. die Bestimmung des Anwendungsverhältnisses, statt. Grundlage beider Schritte sind die gängigen Auslegungselemente, d.h. die grammatikalische, systematische, historische und teleologische Auslegungsmethode. Für den zweiten, konkurrenzbezogenen Auslegungsschritt werden in Teil III einige mögliche Ansätze¹⁸ diskutiert.

Oft konkurrieren nicht bloss Normen im eigentlichen Sinn, sondern Rechtsgrundlagen. Dabei ist zu unterscheiden zwischen Hauptnormen, welche die zentralen Rechts-

⁹ Beispielsweise wird der Begriff in der schweizerischen Lehre auch im Aussenverhältnis – namentlich bei Schuldnermehrheiten – verwendet: z.B. KOLLER (FN 2), § 75 Rn 4; HEINZ REY, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 4. A., Zürich 2008, Rn 1407. In der deutschen Doktrin sind hingegen nur verschiedene Ansprüche zwischen identischen Beteiligten erfasst: s. APOSTOLOS GEORGIADIS, Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht und Zivilprozessrecht, München 1968, 54, m.Hw.

¹⁰ Von *lat. concurrere*: zusammenlaufen, zusammentreffen, zusammenstossen.

¹¹ Ebenso GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (FN 2), Rn 2939.

¹² S. dazu hinten II.D.

¹³ Z.B. EDWARD E. OTT, Die Methode der Rechtsanwendung, Zürich 1979, 198, bezeichnet mit «Spezialität» das Anwendungsverhältnis.

¹⁴ Wobei der Richter aufgrund der Prozessmaxime *iura novit curia* nicht an die Wahl der Rechtsgrundlage durch den Kläger gebunden ist (immerhin jedoch an sein Rechtsbegehren): vgl. PIERRE ENGEL, Traité des obligations en droit suisse, 2. A., Bern 1997, 758; BUCHER (FN 8), 337.

¹⁵ GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (FN 2), Rn 2940. In der Voraufgabe wird noch die herkömmliche Terminologie verwendet: PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Bd. II, bearbeitet von HEINZ REY, 8. A., Zürich 2008, Rn 2930.

¹⁶ Vgl. die davon abweichende Verwendung von «*cumul*» in der französischsprachigen Lehre: ausführlich ROGER Secrétan, Le concours de la responsabilité délictuelle en droit suisse, ZSR 1949, 183 ff.

¹⁷ Vgl. vorne II.A, insb. FN 2, m.Hw.

¹⁸ Für eine erweiterte Abhandlung von Konkurrenzregeln s. HUBER (FN 5), 177 ff. – insbesondere mit der wohlbegründeten Widerlegung der Konsumptionstheorie von LENT, der Wertungsgleichheitstheorie von SCHMIDT sowie des Begriffs der Sonderzuständigkeit von FRÖHLICH.

folgen anordnen (z.B. Haftung für verursachten Schaden), und Nebenbestimmungen, welche Modalitäten im Zusammenhang mit der Hauptnorm regeln. Regelmässig ordnen Nebenbestimmungen eine Verwirkung oder Verjährung an. Von erheblicher Bedeutung können auch Beweisregeln sein. Gerade wenn die konkurrierenden Hauptnormen grundsätzlich dieselbe Rechtsfolge anordnen, kann die Anwendung der einen oder anderen Rechtsgrundlage einen entscheidenden Unterschied machen, weil jeweils abweichende Nebenbestimmungen anwendbar sind. Bei der Lösung von Konkurrenzproblemen sind die Rechtsgrundlagen jeweils *in toto* zu berücksichtigen¹⁹. Folglich wäre es regelmässig angebracht, von einer Normenkomplexkonkurrenz oder einer Rechtsgrundlagenkonkurrenz zu sprechen. Zugunsten der Leserlichkeit wird dies jedoch unterlassen.

Normenkonkurrenzen werden im Schuldrecht in der Regel beim Aufeinandertreffen von *Anspruchsnormen* diskutiert. Die dabei entwickelten Grundsätze gelten *mutatis mutandis* auch für Konkurrenzen von Rechtsgrundlagen anderer Natur²⁰. Beispielsweise ist die Konkurrenz von Vertragsanfechtung und Sachgewährleistung grundsätzlich nicht anders zu behandeln als die Konkurrenz zweier Anspruchsnormen.

C. Begriffliche Erscheinungsformen

1. Verhältnis der Tatbestände

Die Tatbestände mehrerer (ausgelegter) Rechtsnormen können folgendermassen zusammentreffen²¹:

- *Vollständige Unterschiedlichkeit*: Die Tatbestände berühren sich überhaupt nicht.
- *Identität*: Die Tatbestände decken sich vollständig. *Beispiel*: Art. 107 Abs. 2 OR ordnet für denselben Tatbestand zwei unterschiedliche Rechtsfolgen an (Leistungsklage oder Leistungsverzicht)²².

- *Spezialität*: Der Tatbestand der speziellen Norm beinhaltet den Tatbestand der generellen Norm und mindestens ein weiteres Merkmal²³. *Beispiel*: Im Bereich der nicht gehörigen Erfüllung ist Art. 208 Abs. 3 OR speziell zu Art. 97 Abs. 1 OR.
- *Überschneidung*: Die Tatbestände der konkurrierenden Normen beinhalten bestimmte gemeinsame Merkmale, wobei jeder Norm ein eigenständiger Anwendungsbereich verbleibt. Dies trifft auf die meisten Normenkonkurrenzen im Obligationenrecht zu. *Beispiel*: Art. 41 Abs. 1 OR und Art. 97 Abs. 1 OR.

2. Verhältnis der Rechtsfolgen

Die Rechtsfolgen können in drei grundlegenden Konstellationen zueinander stehen²⁴:

- *Rechtsfolgenidentität*: Beide Normen ordnen die gleiche Rechtsfolge mit den gleichen Modalitäten an. *Beispiel*: Erfüllt eine bestimmte Tathandlung sowohl Art. 41 Abs. 1 als auch Abs. 2 OR, sind zwei identische Ansprüche mit denselben Modalitäten begründet.
- *Rechtsfolgendivergenz*: Die Rechtsfolgen der konkurrierenden Normen sind *unterschiedlich, aber nicht von vornherein antinomisch*. Mit anderen Worten ist eine alternative Anwendung denkbar. Rechtsfolgendivergenzen können in abweichenden Rechten und Pflichten, unterschiedlichem Umfang von Ansprüchen oder unterschiedlichen Modalitäten begründet sein. *Beispiel*: Sowohl Art. 23 f. OR als auch Art. 205 Abs. 1 OR führen beim Spezieskauf zum Rückbehalt noch nicht erbrachter bzw. zur Rückabwicklung bereits erbrachter Leistungen. Insofern führen die beiden Rechtsnormen denselben Erfolg herbei und widersprechen sich nicht von vornherein. Sie finden jedoch mit unterschiedlichen Modalitäten, namentlich ungleichen Obliegenheiten und Verjährungsfristen, Anwendung. Deswegen werden die Rechtsfolgen hier divergent genannt.
- *Rechtsfolgenwiderspruch*: Rechtsfolgen sind dann widersprüchlich, wenn sie sich *von vornherein gegenseitig ausschliessen*. Die Normenkonkurrenz schlägt dann in einen Normenkonflikt um. Da es unsinnig wäre, «wollte die Rechtsordnung zugleich A und Non-A gebieten»²⁵, muss entschieden werden, welcher

¹⁹ Vgl. OFTINGER/STARK (FN 7), § 13 Rn 13 f.

²⁰ KOLLER (FN 2), § 2 Rn 118; gl.M. bereits KONRAD HELLIWIG, Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts, Bd. 1, Leipzig 1903, 123.

²¹ Vgl. RUDOLF SCHMIDT, Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht, München 1915, 24; TAHIR M. CAĞA, Konkurrenz deliktischer und vertraglicher Ersatzansprüche, Diss. Zürich 1939, 136 ff.

²² Nach der hier vertretenen Auffassung handelt es sich um eine Konkurrenz zweier Rechtsnormen mit ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung des Anwendungsverhältnisses. Bei diesem Beispiel könnte man jedoch bei einer weiter gefassten Definition des Begriffs der Rechtsnorm die Ansicht vertreten, dass Art. 107 Abs. 2 OR nur eine Norm enthält, die das Wahlrecht des Gläubigers als Rechtsfolge statuiert.

²³ Ausführlich hinten III.A.1.b.

²⁴ Vgl. KARL LARENZ/CLAUS-WILHELM CANARIS, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. A., Berlin etc. 1995, 87; SUSAN EMMENEGGER, Bankenorganisationsrecht als Koordinationsaufgabe, Bern 2004, 94 ff.

²⁵ LARENZ/CANARIS (FN 24), 87.

Rechtssatz den anderen verdrängt. *Beispiel*: Ist dem Willensvollstrecker die Prozessführung gemäss dem anwendbaren Verfahrensrecht verwehrt, obwohl sie zu seinen Pflichten gehört²⁶, muss entschieden werden, welcher Rechtssatz den anderen verdrängt²⁷.

D. Anwendungsverhältnisse

Als Folge von Normenkonkurrenzen sind vier Anwendungsverhältnisse denkbar²⁸:

- *Alternativität*: Beide Normen sind anwendbar, aber durch Verwirklichung der einen Rechtsfolge wird der Eintritt der anderen Rechtsfolge ausgeschlossen. *Beispiel*: «Wenn der Schädiger durch sein Verhalten gleichzeitig eine vertragliche Pflicht verletzt und eine unerlaubte Handlung begeht, so kann sich der Geschädigte nebeneinander auf beide Haftungsgründe berufen.»²⁹
- *Exklusivität (Derogation)*: Die derogierende Rechtsnorm gilt exklusiv und verdrängt somit die andere Norm. *Beispiel*: Wird dem Besteller ein mangelhaftes Werk geliefert, stehen ihm gemäss der Judikatur die Rechtsbehelfe des Art. 368 OR zu, jedoch kann er sich nicht auf Art. 97 Abs. 1 OR berufen³⁰.
- *Kumulation*: Beide Normen sind ohne Einschränkung anwendbar. *Beispiel*: Bei Usurpationskonstellationen bzw. Persönlichkeitsverletzungen kann Schadenersatz und überdies Gewinnherausgabe verlangt werden³¹.
- *Neutralisierung*: Bei unauflösbaren Widersprüchen können sich zwei Rechtsnormen gegenseitig neutralisieren. Anstelle der Normen tritt eine Lücke³². Dieser Fall ist im kodifizierten Privatrecht nur theoretisch denkbar³³.

Zusätzlich zu den Anwendungsverhältnissen ist die Möglichkeit des *Übergreifens einer Rechtsgrundlage auf eine andere* zu erwähnen. Dies ist bei kumulativer oder alternativer Anwendung denkbar. Namentlich können die

Modalitäten einer Rechtsgrundlage Anlass zu einer sogenannten Einwirkung geben³⁴. *Beispiel*: Das Bundesgericht³⁵ lässt die alternative Berufung auf Art. 97 OR und Art. 197 ff. OR zu. Will der Gläubiger seinen Schaden nach Art. 97 OR liquidieren, ist er jedoch an die Modalitäten von Art. 201 OR³⁶ (Prüfungs- und Rügeobliegenheiten) und Art. 210 OR (kürzere Verjährungsfrist) gebunden³⁷. In der Praxis kommt dies jedoch der Verdrängung des allgemeinen Schadenersatzrechts gleich³⁸.

III. Exklusivität oder Alternativität?

Die Diskussion um Normenkonkurrenzen beschränkt sich in der deutschsprachigen Doktrin weitgehend auf die Abgrenzung zwischen exklusiver Anwendung («Gesetzeskonkurrenz») und alternativer Anwendung («Anspruchskonkurrenz»). Darauf soll auch in diesem Teil III das Hauptaugenmerk liegen.

Vorweg ist jedoch kurz auf die *Kumulation* zweier Rechtsfolgen einzugehen. Oft wird diese bereits formallogisch ausgeschlossen sein, zum Beispiel beim Aufeinandertreffen der Wandelung und eines Aufhebungsrechts. Eine Kumulation kann auch dann nicht stattfinden, wenn ein Rechtsfolgenwiderspruch vorliegt³⁹. Die Rechtsfolgen können hingegen dann kumuliert werden, wenn der Anwendungsbereich der Normen vollständig unterschiedlich ist, denn in diesen Fällen wird der Gesetzgeber nicht beabsichtigt haben, dass sich die Normen gegenseitig ausschliessen oder durch Alternativität einschränken⁴⁰. In den anderen Fällen ist eine Wertung anhand der Teleologie des Gesetzes zu treffen: Sind die verfolgten Zwecke verschieden, so sind die Normen kumulativ anzuwenden⁴¹. Die Kumulation zweier positiver Ansprüche kann somit in der Regel nicht stattfinden, da die Zwecke meistens gleichgerichtet sind und bei der Kumulation somit eine ungerechtfertigte Doppelliquidation stattfinden würde⁴².

²⁶ Vgl. Art. 518 ZGB.

²⁷ Beispiel aus BGE 94 II 141.

²⁸ Zur Terminologie s. vorne II.A.

²⁹ BGE 113 II 246, 247.

³⁰ BGE 117 II 550 E. 4b/cc; BGE 100 II 30 E. 2.

³¹ BGE 128 III 422 E. 4 (unechte Geschäftsführung ohne Auftrag); BGE 133 III 153 E. 2.4 (Persönlichkeitsverletzung durch Medienbericht).

³² GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (FN 2), Rn 2936; KARL ENGISCH, Einführung in das juristische Denken, 11. A., Stuttgart 2010, 277.

³³ Vgl. URSULA KÖBL, Das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis im Anspruchssystem des BGB – zugleich ein Beitrag zur Konkurrenzlehre, Diss. Erlangen-Nürnberg 1971, 33.

³⁴ Vgl. HUBER (FN 5), 233. Eine solche Einwirkung sollte aber im Regelfall vermieden werden: hinten III.B.2.d.

³⁵ BGE 133 III 335.

³⁶ Dazu statt vieler HANS GIGER, Berner Kommentar, VI/2, Bern 1979, Vorbem. zu Art. 201 OR N 33 ff., m.Nw.

³⁷ Zur Begründung s. hinten III.B.4.c.

³⁸ KOLLER (FN 2), § 59 Rn 7; HONSELL (FN 7), 117.

³⁹ Vgl. OTT (FN 13), 197.

⁴⁰ HANS MERZ, Sachgewährleistung und Irrtumsanfechtung, FS für Theo Guhl, Zürich 1950, 87 ff., 90.

⁴¹ MERZ (FN 40), 90.

⁴² GUHL/KOLLER (FN 8), § 26 Rn 28; REY (FN 9), Rn 1407, m.w.Hw. Eine Ausnahme lässt Art. 96 VVG zu: ausführlich ROLAND BREHM, Berner Kommentar, VI/1/3/1, 2. A., Bern 1998, Art. 51 OR N 66.

A. Begriffliche Ansätze

Ein Teil der Lehre propagiert, die Entscheidung zwischen Exklusivität und Alternativität mittels begrifflichen Formeln herbeizuführen, die Ausfluss «juristischer Logik» sind und deshalb keiner weiteren Begründung bedürfen. Einige solche Ansätze werden nachfolgend diskutiert und bewertet.

1. Formelle Spezialität

a. Bedeutung in der Lehre

Der Lehrsatz *lex specialis derogat legi generali*⁴³ soll zur Vermeidung von Antinomien in Rechtssystemen dienen. Er ist auch in der Privatrechtmethodik von überragender Bedeutung und wird oft als rein formell-begriffliche Regel⁴⁴ ohne Hinterfragung angewandt. Viele Autoren meinen, diese Maxime sei «eigentlich eine Selbstverständlichkeit»⁴⁵. HONSELL⁴⁶ stellt einen wesentlichen Teil seiner Begründung der Exklusivität des Sachgewährleistungsrechts gegenüber der Irrtumsanfechtung auf den angeblich rechtslogischen Vorrang der speziellen Norm ab. WOLF⁴⁷ spricht von einem «methodischen Gesetz» und SCHMALZ⁴⁸ behauptet, dass es von dieser Regel «keine Ausnahme» gäbe. Auch das Bundesgericht⁴⁹ geht von der «logique» aus, welche die Exklusivität der *lex specialis* diktiert. Es könnten viele weitere Beispiele genannt werden. Deshalb lag MERZ⁵⁰ falsch, als er meinte, dass «die These von der angeblich rein logisch sich rechtfertigenden ausschliesslichen Geltung der Sondernorm aufgegeben» wurde.

b. Begriff der *lex specialis* und Beispiele

Ein formelles Spezialitätsverhältnis liegt vor, wenn der Tatbestand einer Rechtsnorm G die Voraussetzungen $a + b$ beinhaltet, während die Rechtsnorm S dieselben Voraussetzungen und mindestens ein weiteres Merkmal

enthält, also $a + b + c$. Dies bedeutet, dass bei sämtlichen Sachverhalten, die unter Norm S subsumiert werden können, auch Norm G erfüllt ist, aber nicht umgekehrt⁵¹. Bildlich gesprochen ist der Geltungsbereich der Norm G somit ein grösserer Kreis, welcher einen kleineren Kreis, den Geltungsbereich der Norm S, vollständig umfasst⁵². Gemäss der Spezialitätslehre ist die Konsequenz eines solchen Verhältnisses die *exklusive Anwendung der Norm S*, der *lex specialis*.

Ein *Beispiel* für ein Spezialitätsverhältnis ist im Bereich der nachträglichen und unverschuldeten Unmöglichkeit bei synallagmatischen Verträgen zu finden. In einem solchen Fall trägt grundsätzlich der Schuldner die Gegenleistungsgefahr bis zur Erfüllung (Art. 119 Abs. 2 OR). Bei Hinzutreten eines weiteren Tatbestandsmerkmals, dem Spezieskauf, ordnet die *lex specialis* von Art. 185 Abs. 1 OR die konträre Rechtsfolge an: Der Verkäufer trägt die Preisgefahr bei unverschuldeter Unmöglichkeit nicht. Ebenfalls ein *Beispiel* ist das Verhältnis von Art. 97 Abs. 1 OR und Art. 248 Abs. 1 OR: Während die erste Norm als *lex generalis* die allgemeine Schadenersatzpflicht bei Schlechterfüllung von Verträgen regelt, gilt die zweite Regel beim Hinzutreten des Spezialitätsmerkmals der Schenkung⁵³. Ein *weiterer Fall* von *leges speciales* sind *Wiederholungsregeln*, mit denen eine allgemeine Regel für einen bestimmten Sachverhalt konkretisiert wird⁵⁴. Ein Beispiel hierfür ist Art. 259e OR, der die Regel von Art. 97 Abs. 1 OR wiederholt.

c. Echte Spezialität oder überlappende Tatbestände?

Echte Spezialitätsverhältnisse sind recht selten anzutreffen. Selbst in Fällen, in denen die Lehre gemeinhin von Spezialität spricht, liegen oft nur sich überschneidende Tatbestände vor⁵⁵. Beispielsweise enthalten Kausalhaftungsnormen wie Art. 58 Abs. 1 OR oder Art. 679 ZGB zwar zusätzliche Tatbestandsmerkmale gegenüber Art. 41 Abs. 1 OR, jedoch fällt dafür die Voraussetzung des Verschuldens weg⁵⁶. Den vermeintlichen *leges speciales* verbleibt also ein eigener Anwendungsbereich ausserhalb desjenigen von Art. 41 OR.

Wichtig ist im Weiteren der Hinweis, dass bei der Bestimmung eines Spezialitätsverhältnisses ein «Vergleich

⁴³ Vielerorts wird auch auf den Vorrang der *lex posterior* oder der *lex superior* abgestellt. Da das Schuldrecht grösstenteils kodifiziert ist, sind diese Regeln in diesem Rechtsgebiet kaum je von Bedeutung. Deshalb wird hier auf eine Diskussion dieser Ansätze verzichtet.

⁴⁴ Im Gegensatz dazu vertreten einige Autoren eine «materielle» Spezialität, d.h. eine Kombination des formellen Spezialitätssatzes mit wertenden Elementen: s. hinten III.B.1.a.

⁴⁵ So OFTINGER/STARK (FN 7), § 13 Rn 6.

⁴⁶ HONSELL (FN 7), 123 f.; HEINRICH HONSELL, Die Konkurrenz von Sachmängelhaftung und Irrtumsanfechtung – Irrungen und Wirrungen, SJZ 2007, 137 ff., 138 f.

⁴⁷ ERNST WOLF, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 1: Allgemeiner Teil, Köln 1978, 72.

⁴⁸ SCHMALZ (FN 2), Rn 76.

⁴⁹ BGE 125 III 425, 429.

⁵⁰ MERZ (FN 40), 91.

⁵¹ Vgl. KRAMER (FN 2), 108.

⁵² S. die Illustration von HONSELL (FN 46), 138.

⁵³ Zum Anwendungsverhältnis s. hinten III.B.1.c.

⁵⁴ Zu den Wiederholungsregeln s. hinten III.A.1.e.

⁵⁵ KRAMER (FN 2), 108 f., insb. Fn. 269; vgl. auch bereits SCHMIDT (FN 21), 29 ff.

⁵⁶ Vgl. OFTINGER/STARK (FN 7), § 13 Rn 16.

der gesetzlichen, d.h. der abstrakten Tatbestände»⁵⁷ durchzuführen ist. Reduziert man die Betrachtung von vornherein auf eine bestimmte Sachverhaltsgruppe, kommt es zu einer arbiträren Anwendung des Spezialitätssatzes. Der Anwendungsbereich mindestens einer Norm wird dann durch eine willkürliche Wertung, die der methodischen Grundthese fremd ist, eingeengt⁵⁸.

d. Notwendigkeit der «Wesensgleichheit»?

Einige Autoren halten es zusätzlich zum vorne beschriebenen Spezialitätsverhältnis für erforderlich, dass sich die beiden Tatbestände «wie Art und Gattung gegenüber stehen.»⁵⁹ Mit anderen Worten soll nur dann ein Spezialitätsverhältnis vorliegen, wenn die *lex specialis* einen Unterfall der *lex generalis* regelt.

Ähnlich argumentiert das Bundesgericht gegen die Auffassung, dass die Sachmängelhaftung eine *lex specialis* zur Irrtumsanfechtung sei. Die Sachgewährleistung sei «kein Sonderfall der Willensmängel, sondern gehört systematisch in das Gebiet der Vertragserfüllung. Der Irrtum dagegen beschlägt das Zustandekommen des Vertrags.»⁶⁰ Die Lösung mit dem Spezialitätssatz verkenne deshalb den «Wesensunterschied» zwischen den beiden Rechtsbehelfen. Auch ein Teil der Lehre⁶¹ verwendet dieses Argument. Resultat dieser Argumentation ist, dass die Sachgewährleistung keine *lex specialis* sei und die alternative Berufung auf den Grundlagenirrtum deshalb zugelassen werden müsse.

Es scheint zweifelhaft, ob eine Norm allein deshalb nicht *lex specialis* sein kann, weil sie dogmatisch anders einzuordnen ist. In der sogenannten «juristischen Logik» des Spezialitätssatzes ist wohl letztlich nur relevant, dass das Gesetz für denselben Sachverhalt zwei Normen vorsieht, wobei die eine Norm mindestens ein weiteres Merkmal gegenüber der anderen beinhaltet, ohne eigen-

ständige Tatbestandselemente zu enthalten⁶². Deshalb scheint es konsequenter, auf das Erfordernis der «Wesensgleichheit» zu verzichten⁶³. Dies muss hier aber nicht endgültig entschieden werden, da die alleinige formelle Spezialität ohnehin ein unzureichendes Kriterium für die Lösung eines Konkurrenzproblems darstellt⁶⁴. Hingegen darf das Fehlen eines Art-Gattung-Verhältnisses bzw. der «Wesensgleichheit» auf keinen Fall zum Schluss führen, dass die konkurrierenden Normen alternativ angewendet werden müssen. Die Verdrängung einer Norm kann gerade auch durch eine Wertung des Gesetzes begründet sein⁶⁵. Das Bundesgericht macht es sich jedenfalls zu einfach, wenn es die Möglichkeit der alternativen Berufung auf Grundlagenirrtum und Sachmängelrechte vorwiegend damit begründet, dass aufgrund fehlender «Wesensgleichheit» kein Spezialitätsverhältnis vorliege und folglich Alternativität zu vermuten sei. Weder ist es überzeugend, dass die formelle Spezialität wegen der fehlenden «Wesensgleichheit» nicht vorliegen soll, noch ist die Vermutung der Alternativität⁶⁶ gerechtfertigt.

e. Derogation als zwingende Folge der Spezialität?

Erklärungen für die weit verbreitete Spezialitätsformel sind kaum zu finden. MAYER-MALY⁶⁷ meint, die Begründung dafür sei «wohl so schlicht, dass sie selten explizit vorgetragen wird.» Man gehe wohl davon aus, dass die speziellere Regel die fallnähere ist und dass sie dem Willen des Gesetzgebers deutlicher Ausdruck verleiht⁶⁸.

Ein weiterer Erklärungsansatz ist die *Sicherung des Anwendungsbereichs* der Rechtsnormen. Unter mehreren vertretbaren Auslegungen verdient diejenige den Vorzug, die eine andere Rechtsnorm nicht obsolet werden lässt, denn es ist davon auszugehen, dass «niemand sinnlose und unanwendbare Gesetzesnormen aufstellen will.»⁶⁹ Gestützt auf dieses Gebot wird teilweise argumentiert, dass die *lex specialis* exklusiv zur Anwendung kommen müsse, da sonst das Risiko besteht, dass ihr Anwendungsbereich wegen der Berufung auf die *lex generalis* unbe-

⁵⁷ DIETZ (FN 6), 24 f.; a.A. LENT (FN 4), 12.

⁵⁸ S. das Anwendungsbeispiel in III.A.5.

⁵⁹ DIETZ (FN 6), 24; gl.M. LENT (FN 4), 14; wohl auch WOLF (FN 47), 71.

⁶⁰ BGE 82 II 411, 421 («van Gogh»-Entscheid); fast wortgleich BGE 114 II 131, 136 («Picasso»-Entscheid).

⁶¹ GIGER (FN 36), Vorbem. zu Art. 197–210 OR N 62; SCHÖNLE/HIGI (FN 4), Art. 197 OR N 323; EUGEN BUCHER, Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. A., Zürich 1988, 109 f.; THEODOR BÜHLER, Zur sogenannten Alternative Gewährleistung – Irrtum im Kaufrecht, SJZ 1978, 1 ff., 4 f.; MAX KELLER, Kaufrecht, 3. A., Zürich 1995, bearbeitet von KURT SIEHR, 108 f.; das Argument stammt aus der älteren deutschen Lehre: s. z.B. KURT WOLZENDORFF, Zur Frage der Konkurrenz von Eigenschaftsirrthum und Mängelgewähr, JherJb. 1914, 311 ff.

⁶² Vgl. HONSELL (FN 46), 139.

⁶³ Gl.M. MERZ (FN 40), 93; GILBERT KOLLY, Der Grundlagenirrtum nach Art. 24 OR: Rechtsprechung des Bundesgerichts, Diss. Freiburg 1978, Rn 497 f.

⁶⁴ S. nachfolgend III.A.1.e.

⁶⁵ Vgl. KARL LARENZ, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. A., München 2004, bearbeitet von MANFRED WOLF, § 18 Rn 20. S. hinten III.A.3.

⁶⁶ MAYER-MALY (FN 4), 139.

⁶⁸ S. auch FRANZ BYDLINSKI, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. A., Wien 1991, 465; LARENZ/WOLF (FN 65), § 18 Rn 20.

⁶⁹ BYDLINSKI (FN 68), 444.

nutzt verbleibt⁷⁰. Richtigerweise kann man aus dieser Interpretationsregel aber nur ableiten, dass die *lex generalis* nicht exklusiv anwendbar sein darf, weil dann die *lex specialis* obsolet würde⁷¹.

Das Vorliegen eines Spezialitätsverhältnisses muss im Schuldrecht nicht automatisch bedeuten, dass der Gesetzgeber durch Schaffung der speziellen Rechtsnorm den Anwendungsbereich der *lex generalis* einschränken wollte. Bei weitem nicht in jedem Fall «wird die spezielle Norm illusorisch»⁷², wenn man die alternative Anwendung zulässt. So besteht einmal die Möglichkeit, dass eine *lex specialis* «lediglich die allgemeine Regel für einen besonderen Tatbestand konkretisiert (Wiederholungsregel).»⁷³ In diesem Fall ist die alternative Anwendung unproblematisch. Im Weiteren ist es aber auch denkbar, dass der Gesetzgeber dem Begünstigten die Berufung auf eine *lex specialis* unter bestimmten zusätzlichen Voraussetzungen ermöglichen wollte, ohne ihm die Anwendung der allgemeinen Norm zu verwehren. Der Gläubiger soll so seinem Interesse differenzierter Ausdruck verleihen können. Die Anwendung der *lex specialis* ist nicht bedroht, solange sie dem Gläubiger eine regelmässig günstigere Rechtsfolge wahlweise zur Verfügung stellt. *Zumindest im Schuldrecht ist die derogative Wirkung der lex specialis somit keineswegs zwingend.*

f. Spezialitätssatz bei Rechtsfolgewidersprüchen

Der Gedanke der Sicherung des Anwendungsbereichs kann immerhin mit dem Begriff des Rechtsfolgewiderspruchs⁷⁴ weiterentwickelt werden: Besteht zwischen zwei Rechtsnormen ein formelles Spezialitätsverhältnis und sind die Rechtsfolgen *antinomisch*, kann sich nur die *exklusive Anwendung der lex specialis* ergeben. Aufgrund des Rechtsfolgewiderspruchs muss eine Derogation stattfinden, und bei der exklusiven Anwendung der *lex generalis* würde die *lex specialis* obsolet⁷⁵. Als *Bei-*

spiel kann wiederum das Spezialitätsverhältnis zwischen Art. 119 Abs. 2 OR und Art. 185 OR dienen. Beim zufälligen Untergang der Speziessache in Obhut des Verkäufers lässt Art. 119 Abs. 2 OR den Verkäufer die Gefahr tragen, während Art. 185 OR die *periculum-emptoris*-Regel aufstellt. Die Rechtsfolgen stehen von vornherein im Widerspruch – eine elektive Anwendung scheidet deshalb aus. Die eine Norm muss die andere verdrängen. Würde man nun die Exklusivität von Art. 119 Abs. 2 OR postulieren, käme Art. 185 OR überhaupt nie zur Anwendung. Somit ist nur die Exklusivität der *lex specialis* möglich, ohne dass deren Anwendungsbereich vollständig aufgegeben wird.

g. Spezialität als Vermutungsträger?

Nach dem Gesagten stellt sich die Frage, ob ein formelles Spezialitätsverhältnis wenigstens eine Vermutung der Exklusivität begründet. Auch dies muss verneint werden. Es gibt keinen hinreichenden Anlass zur Annahme, dass eine *lex specialis* die *lex generalis* grundsätzlich verdrängen soll. Im Schuldrecht ist stets auch die Möglichkeit in Betracht zu ziehen, dass der Gesetzgeber dem Gläubiger bei Erfüllung von zusätzlichen Bedingungen eine weitere Rechtsfolge wahlweise zur Verfügung stellen wollte. Die Derogation bedarf genau wie die anderen Anwendungsverhältnisse grundsätzlich einer Begründung im Einzelfall.

2. Derogationsverbot bei identischen Tatbeständen

Es besteht die Möglichkeit, dass die Tatbestände zweier Rechtsnormen identisch sind⁷⁶. Ist die Kumulation ausgeschlossen, besteht die Gefahr einer vollständigen Verdrängung der einen Norm. Deshalb bedarf es einer Regel zur Sicherung des Anwendungsbereichs beider Normen: «Exklusivität der einen Rechtsfolge gegenüber der anderen ist nicht denkbar, da sonst die verdrängte Rechtsfolge überhaupt nie zur Anwendung gelangen könnte.»⁷⁷ Dies ist ein formell-begriffliches Kriterium, das bei gleichrangigen und gleichaltrigen Normen überzeugt. Fälle von identischen Tatbeständen, in denen nicht schon der Gesetzgeber eine ausdrückliche Weisung gegeben hat, werden jedoch recht selten sein.

⁷⁰ Z.B. HONSELL (FN 7), 124; vgl. zu dieser Argumentation KRAMER (FN 2), 105, 109 f.

⁷¹ Vgl. MERZ (FN 40), 91 f.

⁷² So aber HONSELL (FN 7), 124.

⁷³ KOLLER (FN 2), § 59 Rn 4, mit dem Beispiel von Art. 259e OR, der die Regel von Art. 97 Abs. 1 OR wiederholt.

⁷⁴ Zur Definition s. vorne II.C.2.

⁷⁵ Im selben Sinn HELWIG (FN 4), 324; WOLF (FN 47), 72; LARENZ/CANARIS (FN 24), 88 f.; allerdings wird dort nicht weiter definiert, wann «die Rechtsfolgen sich ausschliessen» (LARENZ/CANARIS) bzw. «die eine Vorschrift der anderen direkt widerspricht» (HELLWIG). HUBER (FN 5), 209, versteht diese Formulierungen wohl zu weit und kritisiert deshalb die Ansicht von LARENZ/CANARIS: Es würden auch Normenkonkurrenzen erfasst, die in einer alternativen Anwendung aufgehen könnten. Mit der hier vertretenen, engen Definition des Rechtsfolgewiderspruchs fällt diese Kritik dahin.

⁷⁶ Vgl. vorne II.C.1.

⁷⁷ MERZ (FN 40), 90.

3. Vermutung der Alternativität?

Gemäss einem Teil der Lehre sollen zwei Rechtsnormen mit sich überschneidenden Tatbeständen vermuthungsweise alternativ zur Anwendung kommen⁷⁸. Da die exklusive Anwendung der einen Norm den Anwendungsbereich der anderen ungerechtfertigt verkleinern könnte, sei der Grundsatz der Alternativität die logische Folge. Für eine exklusive Anwendung müsse daher «wie für jede andere restriktive Auslegung besondere Gründe beigebracht werden.»⁷⁹ Das Bundesgericht⁸⁰ meint – ausser bei Spezialitätsverhältnissen – ebenso, dass «die Normen vermuthungsweise alternativ anwendbar [sind], wenn ihre Auslegung nicht ergibt, dass die eine als Sonderbestimmung der anderen vorgeht.»

Ein Konzept, welches sich hinter der Vermutung der Alternativität verbergen mag, ist die «juristische Kausalität»⁸¹. Diese geht von der natürlichen Kausalität aus, also dem Umstand, dass in der Natur beim Eintritt von bestimmten Bedingungen ein bestimmtes Ereignis erfolgt. Die Vertreter der juristischen Kausalität sind der Ansicht, dass es sich beim Recht gleich verhalte: Zwischen dem erfüllten Tatbestand und dem Eintritt der Rechtsfolge bestehe «eine vom Menschen ganz nach Analogie der natürlichen geschaffne eigne juristische Causalität.»⁸²

Die Diskussion über die Theorie der juristischen Kausalität soll an dieser Stelle nicht aufgerollt werden⁸³. Es scheint aber gänzlich unzutreffend, den gewillkürten Zusammenhang zwischen Tatbestand und Rechtsfolge einer naturgegebenen Kausalität gleichzusetzen⁸⁴. Vielerorts wird deshalb gesagt, dieser Zusammenhang sei ein logischer, kein kausaler⁸⁵. Er ist aber weder logisch noch kausal, sondern ergibt sich aus der Verfolgung eines bestimmten Zwecks durch den Gesetzgeber – er ist *teleolo-*

*gisch*⁸⁶. Schon daraus folgt, dass das Verhältnis von verschiedenen Normen grundsätzlich nicht ermittelt werden kann, «ohne dass vorher die gesetzgeberischen Zwecke erkannt und gewürdigt worden wären.»⁸⁷ Deshalb ist die Vermutung der Alternativität abzulehnen. Ob Alternativität resultiert oder nicht, ist eine Frage der sachlichen Abwägung der Wertungen und der Systematik des Gesetzes. Auch wenn die alternative Anwendung den Regelfall bildet, ist eine mechanische Vermutung der Alternativität fehl am Platz⁸⁸.

4. Fazit: Begrenzte Schlagkraft im Schuldrecht

Das Hinterfragen von rein begrifflichen Lösungen ist dringend nötig. In vielen Fällen gleichen sie «einem Zauber, der nur demjenigen hilft, der an ihn glaubt.»⁸⁹

Die uneingeschränkte formell-begriffliche Anwendung des Lehrsatzes *lex specialis derogat legi generali* ist keineswegs aus der Doktrin verschwunden. Sie ist aber abzulehnen. Es ist durchaus denkbar, dass der Gesetzgeber einem Begünstigten bei Erfüllung zusätzlicher Bedingungen die Wahl zwischen zwei Rechtsfolgen ermöglichen wollte. Auch spricht nichts dagegen, dem Gläubiger bei einer Wiederholungsregel die elektive Anwendung offen zu lassen.

Es gibt jedoch begriffliche Kriterien, die kritischer Betrachtung standhalten. Aus einem formellen Spezialitätsverhältnis kann immerhin bei einem *Rechtsfolgenwiderspruch*⁹⁰ abgeleitet werden, dass nur die spezielle Norm zur Anwendung gelangen soll, denn sonst würde diese obsolet. Ferner überzeugt die Anwendungsregel, wonach bei identischen Tatbeständen nur die alternative Anwendung resultieren kann. Der Anwendungsbereich dieser Regeln ist freilich recht beschränkt.

Eine mögliche Erklärung, weshalb formell-begriffliche Anwendungsregeln – namentlich der Spezialitätsatz – trotz der vorgebrachten Gegenargumente oft ohne Hinterfragung und Einschränkung zur Lösung von Konkurrenzproblemen verwendet werden, ist der Mangel an Differenzierung nach Rechtsgebieten⁹¹. Dass etwa die for-

⁷⁸ Z.B. SCHMIDT (FN 21), 82; DIETZ (FN 6), 44; WILHELM SCHÖNENBERGER, Alternative Anwendbarkeit der Irrtumsvorschriften (Art. 24 OR) und der Bestimmungen über die Gewährleistung beim Kauf (Art. 197 f. OR), SJZ 1944, 305 ff., 307; CAĞA (FN 21), 116 ff.; SCHÖNLE/HIGI (FN 4), Art. 197 OR N 326, scheinen sogar zu meinen, dass bei sich überschneidenden Tatbeständen überhaupt nie etwas anderes als Alternativität resultieren kann.

⁷⁹ SCHMIDT (FN 21), 82.

⁸⁰ BGE 114 II 131, 136; ähnlich BGE 117 II 394, 397 und BGE 115 II 237, 242.

⁸¹ Explizit CAĞA (FN 21), 116 ff.

⁸² ERNST ZITELMANN, Irrtum und Rechtsgeschäft, Leipzig 1879, 221, Hervorhebung auch im Original.

⁸³ S. stattdessen KARL ENGISCH, Einführung in das juristische Denken, 11. A., Stuttgart 2010, 73 ff.

⁸⁴ Vgl. GEORGIADIS (FN 9), 99 f.

⁸⁵ ENGISCH (FN 83), 75, m.Nw.

⁸⁶ GEORGIADIS (FN 9), 99 f.

⁸⁷ MERZ (FN 40), 90.

⁸⁸ G.L.M. KOLLER (FN 2), § 75 Rn 5.

⁸⁹ PHILIPP HECK, Das Problem der Rechtsgewinnung, Tübingen 1912, 17.

⁹⁰ Also dann, wenn die Rechtsfolgen von vornherein antinomisch sind: s. vorne II.C.2.

⁹¹ Vgl. THOMAS FRÖHLICH, Die Anfechtung wegen Eigenschaftsirrums beim Kauf, Frankfurt a.M. etc. 1983, 67 f.; DIETZ (FN 6), 47 f.

melle Spezialitätslehre im Strafrecht praktisch unbestritten ist, liegt in der dogmatischen Aufgabenstellung des Rechtsgebiets begründet: Der staatliche Strafanspruch hat sich strikt nach dem Gesetz zu richten, und das Gesetz soll als geschlossenes, begrifflich straffes System angewendet werden⁹². Eine *elektive Anwendung* von Rechtsnormen ist im Strafrecht naturgemäss *ausgeschlossen*. Das Schuldrecht hingegen hat die Aufgabe, sich widersprechende Parteiinteressen auszugleichen. Dass sich eine Partei wahlweise auf verschiedene Rechtsnormen berufen kann, entspricht dabei regelmässig dem Gesetz. Eine strikte Anwendung des Spezialitätssatzes im Schuldrecht könnte in solchen Fällen dazu führen, dass dem Gläubiger die Wahl von Rechtsfolgen der *leges generales* verweigert wird, selbst wenn dies dem Willen des Gesetzgebers entspräche.

5. Anwendung

Jene Autoren, die von der formellen Spezialität von Art. 197 ff. OR gegenüber Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR ausgehen, beschränken sich von vornherein auf einen blossen Teil des Anwendungsbereichs der Sachgewährleistung. Das vermeintliche Spezialitätsverhältnis besteht grundsätzlich nur für den *Spezieskauf*, nicht aber für den Kauf schlechthin⁹³. In Wahrheit überschneiden sich die abstrakten Tatbestände. Eine solche Verengung der Optik – hier auf den Spezieskauf – nimmt der Anwendung des Spezialitätssatzes *ex ante* jegliche Überzeugungskraft. Wenn sich die abstrakten Tatbestände nur überschneiden, geht insbesondere das Argument fehl, dass die *lex specialis* bei alternativer Anwendung illusorisch würde⁹⁴. Die logisch-begriffliche Formel wird so an einer letztlich willkürlichen Verengung des Blickwinkels aufgehängt. Dies widerspricht der methodischen Grundthese des Spezialitätssatzes.

Selbst wenn man Optik auf den Spezieskauf beschränkt, gibt es Fälle der Mängelhaftung, in denen die Voraussetzungen des Grundlagenirrtums nicht gegeben sind. So bedeutet etwa das Fehlen einer zugesicherten Ei-

genschaft nicht immer, dass eine nach den Prinzipien des loyalen Geschäftsverkehrs notwendige Vertragsgrundlage fehlt⁹⁵. Auch gibt es Konstellationen, in denen der Verkäufer für Sachmängel eintreten muss, die *nach* dem Vertragsabschluss entstanden sind, etwa solche, die er selbst verschuldet hat⁹⁶. Diese keineswegs pathologischen Fälle zeigen, dass sich die Tatbestände ohnehin nur überschneiden.

Selbst wenn man mit HONSELL⁹⁷ die formelle Spezialität des Sachgewährleistungsrechts gegenüber der Irrtumsanfechtung annähme, kann sich die Begründung des Anwendungsverhältnisses nicht bereits im Verhältnis der Tatbestände erschöpfen. Es könnte sein, dass der Gesetzgeber dem Käufer bei Erfüllung von zusätzlichen Bedingungen – namentlich der Beachtung der Obliegenheiten und der Geltendmachung innerhalb kürzerer Verjährungsfrist – eine vorteilhaftere Rechtsposition zugestehen wollte, ohne dass dem Käufer die Berufung auf die generelle Norm verwehrt sein soll⁹⁸. Die Konkurrenzfrage kann deshalb nicht mit der Spezialitätsformel als Ausfluss «juristischer Logik» gelöst werden.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass zwischen Irrtumsanfechtung und Sachgewährleistung kein formelles Spezialitätsverhältnis besteht. Auch sonst lassen sich an diesen sich überlappenden Tatbeständen keine formell-begrifflichen Kriterien anknüpfen. Zur Lösung dieser Normenkonkurrenz bedarf es folglich an weiteren Elementen.

B. Kombination von begrifflichen und wertenden Elementen

Einige Autoren wollen Konkurrenzprobleme mittels einer Kombination von formellen und wertungsorientierten Kriterien lösen. Als begriffliche Ausgangsfigur werden einerseits Spezialitätsverhältnisse und andererseits Überschneidungsverhältnisse verwendet. Die vorgebrachten Ansätze können ihren Begründungen nach in zwei grundlegende Kategorien eingeteilt werden: Solche zur *Sicherung des Anwendungsbereichs einer Norm* und solche zur *Verhinderung einer Zweckvereitelung*.

⁹² Diese Rechtsmethodik wird vom Grundsatz *nullum crimen, nulla poena sine lege* verlangt: vgl. GÜNTER STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 4. A., Bern 2011, § 4 Rn 3 ff.

⁹³ Bei einer Schlechtlieferung von Genusware ist ein Grundlagenirrtum nicht gegeben, ausser die ganze Gattung sei mangelhaft: HONSELL (FN 7), 121, m.w.Hw.; a.A. ARNOLD F. RUSCH, Grundlagenirrtum bei mangelhaften Gattungssachen und Werken, SJZ 2010, 553 ff.; s. dazu auch hinten III.C.2.c.

⁹⁴ S. vorne III.A.1.c.

⁹⁵ Vgl. HANS-PETER KATZ, Sachmängel beim Kauf von Kunstgegenständen und Antiquitäten, Diss. Zürich 1973, 105.

⁹⁶ Vgl. KRAMER (FN 2), 108 f., Fn. 269.

⁹⁷ HONSELL (FN 7), 123 f.; HONSELL (FN 46), 138 f.

⁹⁸ S. vorne III.A.1.e.

1. Sicherung des Anwendungsbereichs

Anwendungsregeln zur Sicherung des Anwendungsbereichs gehen vom Gedanken aus, dass der Gesetzgeber keine sinnlosen Rechtsnormen erlassen wollte. Deshalb sind Normenkonkurrenzen so zu lösen, dass keine der konkurrierenden Normen in Gefahr gerät, nicht mehr angewendet zu werden⁹⁹.

a. Bei formeller Spezialität

Einige Autoren¹⁰⁰ schlagen die Ergänzung der formellen Spezialitätslehre durch wertende Elemente vor. Dies kann als *materielle Spezialität* bezeichnet werden. Folge eines solchen Verhältnisses ist die exklusive Anwendung der materiell speziellen Norm.

Insbesondere DIETZ¹⁰¹ und SCHMIDT¹⁰² stellen bei Spezialitätsverhältnissen Überlegungen zur *Sicherung des Anwendungsbereichs* an. Sie gehen vom Gedanken aus, dass sich ein Gläubiger immer auf die für ihn günstigere Rechtsnorm berufen wird. Ist nun die *lex generalis* (fast) immer günstiger, wird die *lex specialis* (fast) nie zur Anwendung kommen. Damit die *lex specialis* nicht obsolet wird, muss sie exklusiv angewendet werden. Daraus resultiert folgende Formel: Die formell spezielle Norm S derogiert die Norm G, wenn die Rechtsfolge der Norm S für den Gläubiger nie oder nur ausnahmsweise günstiger ist als diejenige der Norm G.

b. Bei sich überschneidenden Tatbeständen

DIETZ¹⁰³ und SCHMIDT¹⁰⁴ verwenden auch bei sich überschneidenden Tatbeständen den Gedanken der Sicherung des Anwendungsbereichs. Hier verbleibt den Normen zwar je ein eigener Anwendungsbereich. Wenn dieser aber praktisch unbedeutend ist, sei diese Konkurrenz so zu behandeln, als läge Spezialität vor. Die Formel aus dem vorangehenden Unterabschnitt wird also erweitert: Norm B derogiert Norm A, wenn die Rechtsfolge der Norm B für den Gläubiger nie oder nur ausnahmsweise günstiger ist als diejenige der Norm A und der Tatbestand der Norm B nur unwesentlich weiter geht als derjenige der Norm A. Ausserdem erfordert DIETZ¹⁰⁵, dass die Norm

A «einen nicht unbedeutenden selbstständigen Geltungsbereich hat.»

c. Bewertung

In Fällen formeller Spezialität, in denen die Rechtsfolge der speziellen Norm nur ausnahmsweise günstiger ist, verbleibt dieser ein praktischer Anwendungsbereich, da sie in diesen Ausnahmefällen vom Gläubiger verwendet wird. Dann wird die methodische Grundthese, die Anwendung einer Norm überhaupt zu sichern, modifiziert, denn die seltene Anwendung wird der Nichtanwendung gleichgestellt¹⁰⁶. Somit wird ein Bedarf an Wertungen, die ausserhalb der ursprünglichen Grundthese stehen, geschaffen¹⁰⁷. Ausserdem besteht auch in Fällen, in denen die spezielle Norm nur ausnahmsweise günstiger ist, die Möglichkeit, dass der Gesetzgeber die spezielle Norm nur für diese seltenen Ausnahmen schaffen wollte. Die Widerlegung dieser Möglichkeit bedarf wiederum einer Wertung, die der Grundthese fremd ist. Deshalb vermag die Formel nicht in vollem Umfang zu überzeugen. Methodisch konsistent ist der Ansatz jedoch, wenn die Rechtsfolge der *lex specialis* für den Gläubiger *nie* günstiger ist – dann darf ausschliesslich die spezielle Norm zur Anwendung gelangen. Der praktische Nutzen dieser Regel dürfte aber begrenzt sein. Ein möglicher Anwendungsfall ist die Schadenersatzpflicht bei der Schlechterfüllung von Schenkungen¹⁰⁸: Durch die Privilegierung des Schenkers in Art. 248 Abs. 1 OR ist diese *lex specialis* für den Gläubiger nie günstiger als die *lex generalis* von Art. 97 Abs. 1 OR.

Ebenso lässt sich in Fällen *überlappender Tatbestände* anführen, dass es nicht mehr um die Sicherung der Anwendung einer Norm *an sich*, sondern *in einem bestimmten Ausmass* geht. Diese Konkurrenzregel basiert dann nicht mehr auf einer methodisch trennscharfen Grundlage, sondern bedarf der Beantwortung der Wertungsfrage, wann ein Tatbestand nur «unwesentlich» weiter geht als ein anderer. Sie überzeugt deshalb nicht. Statt das Konkurrenzproblem mit einem steifen Abwägen von begrifflichen Voraussetzungen und «Günstigkeiten» zu lösen, sollte mehr Raum für die Wertungen des Gesetzes gelassen werden.

⁹⁹ Vgl. vorne III.A.1.e.

¹⁰⁰ Z.B. MERZ (FN 40), 94 ff.; KRAMER (FN 2), 110 f.; SCHMIDT (FN 21), 36 ff.; HELLWIG (FN 4), 324; SCHÖNENBERGER (FN 78), 307.

¹⁰¹ DIETZ (FN 6), 50 ff.

¹⁰² SCHMIDT (FN 21), 45 und 83.

¹⁰³ DIETZ (FN 6), 55 ff.

¹⁰⁴ SCHMIDT (FN 21), 83.

¹⁰⁵ DIETZ (FN 6), 56.

¹⁰⁶ Eine ähnliche Kritik ist bei HUBER (FN 5), 223, zu finden, allerdings nur zur Ausgangsfigur von sich überschneidenden Tatbeständen.

¹⁰⁷ DIETZ (FN 6), 54, scheint sich der Problematik bewusst zu sein: Es sei zusätzlich vorausgesetzt, dass die spezielle Norm «absolut, nicht nur relativ, in einer verschwindend geringen Anzahl die günstigere Rechtsfolge» habe.

¹⁰⁸ Vgl. vorne III.A.1.b.

2. Theorie der Zweckvereitelung

Ein weiterer Kombinationsansatz stützt sich auf das Element der *Umgehungsgefahr* bzw. der *Zweckvereitelung*: Eine Norm ist dann exklusiv anwendbar, wenn der Zweck einer Beschränkungswirkung dieser Norm bei der alternativen Anwendung vereitelt würde.

a. Bei formeller Spezialität

Für einige Autoren¹⁰⁹ begründet ein formelles Spezialitätsverhältnis nur dann eine Derogationswirkung, wenn diese nötig ist, um einen vom Gesetzgeber beabsichtigten Zweck zu schützen. Regelmässig wird dies der Fall sein, wenn bei alternativer Anwendung eine Beschränkung der speziellen Norm – beispielsweise eine kürzere Verjährungsfrist – umgangen werden könnte.

b. Bei sich überschneidenden Tatbeständen

Dieselben Autoren sprechen sich grundsätzlich auch bei sich schneidenden Tatbeständen für die Anwendung des «Zweckvereitelungsarguments» aus. Überdies verwenden einige Vertreter der formellen Spezialitätslehre, wie etwa ZIPPELIUS¹¹⁰, diesen Ansatz bei überlappenden Tatbeständen.

c. Bewertung

Der Ansatz der *Sicherung des Anwendungsbereichs* aus dem vorangehenden Abschnitt versagt in Fällen, in denen der «Günstigkeitsvergleich» der Rechtsgrundlagen zu keinem eindeutigen Resultat führt¹¹¹. Sind die Rechtsfolgen der einen Norm für den Gläubiger in gewissen Fällen günstiger und in anderen Fällen ungünstiger als jene der anderen Norm, ist die Anwendung beider Normen gesichert und die Konkurrenzregel führt nicht weiter. Dies ist der Regelfall. Als *Beispiel* dafür kann das Zusammenlaufen der allgemeinen Vertragshaftung (Art. 97 Abs. 1 OR) und der Sach- bzw. Werkgewährleistungsregeln (Art. 197 ff. und 367 ff. OR) angeführt werden. Grundsätzlich sind die Gewährleistungsregimes für den Käufer bzw. Werkbesteller aufgrund der Kausalhaftungsnormen, Kostentragungsregeln und Wahlrechte¹¹² vorteilhafter,

weshalb er sich regelmässig darauf berufen wird. Diese Ansprüche sind jedoch nur innerhalb kürzerer Fristen und unter Beachtung von strengen Obliegenheiten durchsetzbar. In Fällen, in denen die Ansprüche präkludiert oder verjährt sind, wird der Gläubiger auf die allgemeine Vertragshaftung zurückgreifen wollen. Die Anwendung sowohl des allgemeinen als auch des besonderen Regimes ist damit geschützt und das Argument der Sicherung des Anwendungsbereichs versagt. Wohl aber führt das *Zweckvereitelungsargument* zu einem Schluss: Liesse man die Berufung auf die allgemeine Vertragshaftung ohne die Beschränkungen der Mängelrechte zu, könnte der Gläubiger die Prüfungs- und Rügeobliegenheiten sowie die kürzeren Verjährungsfristen umgehen und so deren Zweck, die zeitige Schaffung von Verkehrssicherheit¹¹³, vereiteln. Diese Umgehungsgefahr liefert somit ein starkes Argument für die exklusive Anwendung der Gewährleistungsregeln oder zumindest für die Übertragung der Beschränkungswirkungen auf die allgemeine Vertragshaftung¹¹⁴. Das Argument ist also nicht von einem eindeutigen «Günstigkeitsvergleich» zwischen den Normen abhängig. Das Zweckvereitelungskriterium überzeugt überdies auch in Fällen, in denen die eine Rechtsfolge nie günstiger ist als die andere. Ein *Beispiel* ist die Konkurrenz von Art. 248 Abs. 1 und Art. 97 Abs. 1 OR¹¹⁵: Die Privilegierung des Schenkers ist eine Beschränkung der Rechtsposition des Gläubigers, die bei Alternativität umgangen werden könne. Das Argument der Zweckvereitelung vermag somit eine weitaus grössere Anzahl von Konkurrenzproblemen zu lösen als das Gebot der Sicherung des Anwendungsbereichs. Ferner ist diese Konkurrenzregel auch bei sich schneidenden Tatbeständen methodisch konsistent, ohne dass die Grundthese modifiziert werden müsste¹¹⁶.

¹¹³ S. dazu hinten III.B.4.b.

¹¹⁴ Das Bundesgericht wendet die Gewährleistungsregeln von Art. 368 OR exklusiv an (BGE 117 II 553). Es lässt hingegen die alternative Berufung auf Art. 97 Abs. 1 und Art. 197 ff. OR in konstanter Rechtsprechung zu: s. HONSELL (FN 7), 116 ff., m.Hw. Jedoch wird die Alternativität insoweit eingeschränkt, «als der Käufer in beiden Fällen die Untersuchungs- und Anzeigebliedenheiten ... erfüllen und die Verjährungsfrist gemäss Art. 210 ... OR wahren muss» (BGE 133 III 335, 339). Im Ergebnis kommt diese Einwirkung der Verdrängung von Art. 97 Abs. 1 OR gleich: vgl. vorne II.D a.E.

¹¹⁵ Vgl. vorne III.B.1.c.

¹¹⁶ Generell lässt sich festhalten, dass die begrifflichen Voraussetzungen für das Umgehungsargument nicht zwingend sind und für dessen Anwendung kaum einen Mehrwert bringen. Da dieser Ansatz in der Lehre aber regelmässig im Zusammenhang mit formellen Voraussetzungen diskutiert wird und er mit dem Gebot der Sicherung des Anwendungsbereichs verwandt ist, wurde er hier bei den Kombinationslösungen (Abschnitt III.B) eingeordnet.

¹⁰⁹ MERZ (FN 40), 94; KRAMER (FN 2), 110; SCHÖNENBERGER (FN 78), 307; SCHMIDT (FN 21), 47; HELLWIG (FN 4), 324; KOLLY (FN 63), Rn 498; ALFRED SCHUBIGER, Verhältnis der Sachgewährleistung zu den Folgen der Nichterfüllung oder nicht gehörigen Erfüllung, Diss. Bern 1957, 48 f.

¹¹⁰ REINHOLD ZIPPELIUS, Juristische Methodenlehre, 10. A., München 2006, 38.

¹¹¹ Vgl. HUBER (FN 5), 220 f.

¹¹² Vgl. hinten III.B.4.a.

d. Blosser Einwirkung statt Derogation?

HUBER¹¹⁷ ist der Ansicht, dass bei einer Umgehungsgefahr anstelle der Derogation die gefährdeten Beschränkungswirkungen einfach auf den anderen Normenkomplex übertragen werden sollen. Tatsächlich macht es oft keinen praktischen Unterschied, ob eine Rechtsgrundlage derogiert wird oder ob die Beschränkungswirkungen übertragen werden¹¹⁸.

Eine solche Vorgehensweise widerspricht aber dem Prinzip der Selbstständigkeit der Rechtsgrundlagen und kann zu komplexen Vermischungen führen. Durch die Verflechtung von Rechtsgrundlagen können sich vom Gesetz nicht gewollte Rechtsfolgen ergeben. Die Rechtsfolgen der konkurrierenden Normenkomplexe sind grundsätzlich nur mit ihren jeweils eigenen Tatbestandsmerkmalen und Modalitäten verknüpft. Eine Einwirkung auf den anderen Normenkomplex, beispielsweise durch Übertragung der Verjährungsfristen, kann sich nur in besonders begründeten Ausnahmefällen rechtfertigen¹¹⁹.

3. Fazit: Zweckvereitelungsargument als überzeugende Konkurrenzregel

Es wurden zwei Grundthesen für Kombinationslösungen diskutiert: Die *Sicherung des Anwendungsbereichs* und die *Verhinderung einer Zweckvereitelung*. Während sich die auf der ersten Grundthese basierenden Regeln stark an formell-begrifflichen Voraussetzungen orientieren, stehen beim zweiten Ansatz die Wertungen des Gesetzes im Vordergrund.

In bestimmten Fällen muss, wie in diesem Abschnitt gezeigt wurde, eine Kombinationslösung der ersten Kategorie zum Zug kommen: Wenn die Rechtsfolge einer *lex generalis* für den Gläubiger immer günstiger als jene der *lex specialis* ist, verlöre die *lex specialis* bei alternativer Anwendung ihren praktischen Sinn, weshalb ihr Derogationskraft zukommen muss. Dasselbe Resultat wird jedoch auch mit dem Argument der Umgehungsgefahr bzw. der Zweckvereitelung erreicht, denn es ist eine *Beschrän-*

kungswirkung der speziellen Norm, die bei der alternativen Anwendung umgangen würde. Die letztere Lösung ist vorzuzugewürdigt, da sie mehr Raum für den Einbezug der Wertungen des Gesetzes lässt.

Das *Argument der Zweckvereitelung* überzeugt durch seine grosse Flexibilität und den starken Einbezug der Teleologie des Gesetzes. Diese Lösung bietet ohne strikte begriffliche Voraussetzungen die Möglichkeit, Fälle der Derogation und Alternativität anhand eines methodisch trennscharfen Kriteriums, der *Umgehungsgefahr*, abzugrenzen. Ausserdem dient das Umgehungsargument zugleich der Sicherung des Anwendungsbereichs: Einer für den Gläubiger regelmässig oder ausschliesslich ungünstigeren Rechtsnorm kommt *aufgrund der Umgehungsgefahr Derogationskraft* zu, wodurch ihre Anwendung gesichert wird.

4. Anwendung

a. «Günstigkeitsvergleich»

Im Vergleich von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR und Art. 197 ff. OR ist der Gläubiger einerseits in *sachlicher Hinsicht* bei Wahl des Gewährleistungsrechts grundsätzlich besser gestellt: Während er bei der Vertragsanfechtung nur Kaufpreis und Verwendungen zurückerhält und sogar für allfällige Fahrlässigkeit haftet, kann er bei der Sachgewährleistung zusätzlich zum Kaufpreis allfällige Prozesskosten, Zinsen sowie Schadenersatz nach Art. 208 Abs. 2 und 3 OR liquidieren. Im Weiteren steht ihm eine Wahl von Rechtsfolgen zu, womit er seinem Interesse differenzierter Ausdruck verleihen kann¹²⁰.

Andererseits sind die *Ausübungsmöglichkeiten* im Sachgewährleistungsrecht *stark beschränkt*. Um in Genuss der Rechtsfolgen zu kommen, muss der Käufer die Mängel sofort rügen (Art. 201 OR). Ebenso verjähren die Sachmängelrechte beim Fahrniskauf grundsätzlich bereits *ein Jahr nach Ablieferung* (Art. 210 Abs. 1 OR), während der Rückforderungsanspruch aus der Vertragsanfechtung erst *ein Jahr nach Entdeckung des Irrtums* (Art. 31 OR) bzw. *zehn Jahre nach Leistungserbringung*¹²¹ verjährt.

Bei der *Beweislast* sind keine eindeutigen Vorteile bei der einen oder anderen Rechtsgrundlage auszumachen – das Beweisthema ist grundsätzlich dasselbe¹²². Das Sach-

¹¹⁷ HUBER (FN 5), 233.

¹¹⁸ Vgl. das Beispiel aus der Rechtsprechung des Bundesgerichts in FN 114. Gleich geht SCHUBIGER (FN 109), 133, vor, der die alternative Berufung auf Grundlagenirrtum und Sachgewährleistung zwar zulassen will, aber nur mit Übertragung der Beschränkungen der Sachgewährleistung (namentlich diejenigen in Art. 198, 201, 202, 210 und 219 OR) auf die Vertragsanfechtung.

¹¹⁹ Der Streit zwischen Verfechtern der «Anspruchskonkurrenz» und Anhängern der «Anspruchsnormenkonkurrenz» dreht sich um die gleiche Problematik. Aus den hier genannten Gründen ist auch die Lehre der Anspruchsnormenkonkurrenz abzulehnen: ausführlich zum Ganzen SCHLECHTRIEM (FN 7), 57 ff.

¹²⁰ Zulasten des Käufers fällt jedoch, dass das Gericht nach Art. 205 Abs. 2 OR auch nur auf Minderung erkennen kann.

¹²¹ Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts: illustrativ BGE 114 II 131 E. 3. Die absolute Verjährung des Rückforderungsanspruchs ist jedoch umstritten: ausführlich BRUNO SCHMIDLIN, Berner Kommentar, VI/1/2/1b, Bern 1995, Art. 31 OR N 14 ff., m.Nw.

¹²² Ausführlich LOUIS MAGNIN, Concurrence de l'action en garantie (Art. 197 C. O.) avec l'action en nullité pour cause d'erreur (Art. 24, ch. 4, C. O.), Diss. Freiburg 1932, 61 ff.

gewährleistungsrecht ist aber insofern günstiger für den Käufer, als dass seine Unkenntnis des Mangels vermutet wird, während er diese bei der Irrtumsanfechtung beweisen muss¹²³.

Es kann also nicht davon gesprochen werden, dass im Konkurrenzverhältnis von Irrtumsanfechtung und Sachgewährleistung die eine Rechtsgrundlage für den Käufer immer oder fast immer günstiger wäre und die andere bei Zulassung alternativer Anwendung obsolet würde. Der Käufer wird von Fall zu Fall entscheiden, auf welche Rechtsgrundlage er sich beruft. Die Grundthese der Sicherung des Anwendungsbereichs hilft also nicht weiter.

b. Umgehungsgefahr? – Teleologische Auslegung der Beschränkungen

Eine Betrachtung des Gesetzestextes und der Gesetzes-systematik führt zu keinem starken Argument für oder wider die alternative Anwendbarkeit von Irrtumsanfechtung und Sachgewährleistung. Die Rechtsbehelfe des Kaufrechts sind generell relativ käuferfreundlich ausgestaltet, etwa mit den Kausalhaftungen von Art. 195 Abs. 2 und Art. 208 Abs. 3 OR¹²⁴. Hingegen unterliegen sie strengen Ausübungsbeschränkungen, die zugunsten des Verkäufers wirken. Aus dem Gesetz alleine wird nicht klar, ob diese Ausübungsbeschränkungen die Berufung auf Grundlagenerirrung ausschliessen wollen oder ob sie nur die formelle Limitierung der materiellen Vorteile des Sachgewährleistungsrechts darstellen. Deshalb hält SCHMIDLIN¹²⁵ treffend fest: «La loi ne donne pas de préférence particulière à l'une ou l'autre solution.»

Eine ausführliche *subjektiv-teleologische Analyse* der Ausübungsbeschränkungen trägt MERZ¹²⁶ vor. Insbesondere wird MUNZIGERS Entwurf eines Obligationenrechts von 1871 und die Botschaft zum aOR¹²⁷ beigezogen. Daraus geht hervor, dass die Verjährungsfristen der Gewährleistung beim Kauf- und Werkvertrag deshalb so kurz gesetzt wurden, weil der (Wieder-)Verkäufer oft für fremdes Verschulden einstehen muss. Je mehr Zeit vergeht, desto grösser werde die Gefahr, dass der Verkäufer einen allfälligen Regresspflichtigen nicht mehr belangen

kann¹²⁸. Ziel des Gesetzgebers war demnach die *Verkehrssicherheit*, also die zeitliche Beschränkung des Rückforderungsrechts des Käufers. Dieser Standpunkt wurde entsprechend auch in der damaligen Lehre¹²⁹ vertreten. Auch in der modernen Dogmatik wird regelmässig die Verkehrssicherheit als Zweck der Ausübungsbeschränkungen genannt¹³⁰.

Die strengen Obliegenheiten und kurzen Fristen sollen also der *Verkehrssicherheit* dienen. Diese wird durch die alternative Zulassung der Vertragsanfechtung *unterlaufen*. Entgegen dem Willen des Gesetzgebers bleibt die Dispositionsunsicherheit des Verkäufers lange erhalten: Er kann sich bis zur Verjährung der Rückforderungsansprüche aus der Vertragsanfechtung – d.h. bis zum Ablauf von zehn Jahren ab Zahlung des Kaufpreises – nicht sicher sein, dass der Käufer nicht erfolgreich auf Rückgabe des Kaufpreises klagt. Es sind keine Indizien dafür ersichtlich, dass die formellen Erfordernisse des Gewährleistungsrechts nur Korrelat zur materiellen Besserstellung des Käufers sind und dass diesem die Irrtumsanfechtung alternativ offen stehen soll. Obwohl der Käufer schlecht bedient ist, wenn seine Sachmängelansprüche präkludiert oder verjährt sind, darf der Zweck der Beschränkungen des Sachgewährleistungsrechts nicht durch (uneingeschränkte) Berufung auf Grundlagenerirrung unterlaufen werden.

c. Bemerkung zur Rechtsprechung des Bundesgerichts

Auch das Bundesgericht sieht den Zweck der Ausübungsbeschränkungen des Sachmängelrechts in der Verkehrssicherheit: In BGE 133 III 335, 341 hält es fest, dass die kurze Verjährungsfrist von Art. 210 OR bezwecke, «im Interesse der Verkehrs- und Rechtssicherheit bald nach der Ablieferung eine klare Rechtslage zu schaffen.» Das Bundesgericht kommt zum Schluss, dass dieser Zweck unterlaufen würde, wenn der Käufer allgemeine vertragliche Schadenersatzansprüche (Art. 97 Abs. 1 OR) nach Ablauf der Frist von Art. 210 OR oder unter Nichtbeachtung der Obliegenheiten von Art. 201 OR geltend machen

¹²³ MERZ (FN 40), 97 f., weist ausserdem darauf hin, dass der Käufer im Streitfall «regelmässig gar nicht in der Lage sein wird, seinerseits darzutun, dass er die Mängelfreiheit zur Recht vorausgesetzt habe» und dass beim Tatbestand des Art. 200 Abs. 2 OR die Vertragsanfechtung günstiger sein kann.

¹²⁴ Vgl. BSK OR I-HONSELL, Vorbem. zu Art. 192–196 N 1.

¹²⁵ CR CO I-SCHMIDLIN, Art. 23–24 N 70.

¹²⁶ MERZ (FN 40), 101 ff.

¹²⁷ Botschaft des Bundesrates an die hohe Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf, enthaltend Schweizerisches Obligationen- und Handelsrecht vom 27.11.1879, BBl 1880, 149 ff.

¹²⁸ Botschaft zum aOR (FN 127), 197.

¹²⁹ Z.B. JOHANNES HABERSTICH, Handbuch des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II, Zürich 1885, 42; EMIL VOGT, Leichtfassliche Anleitung zur Anwendung des Schweizerischen Obligationenrechts im alten Theile des Kantons Bern, 1. Heft, Bern 1882, 179 f. Art. 210 N 1; MARKUS MÜLLER-CHEN, Die Folgen der Vertragsverletzung, Zürich 1999, 312; PETRA GINTER, Verhältnis der Sachgewährleistung nach Art. 197 ff. OR zu den Rechtsbehelfen in Art. 97 ff. OR, Diss. St. Gallen 2005, 96.

könnte. Es verwendet also die *Theorie der Zweckvereitelung*, um die Konkurrenz zwischen Art. 97 Abs. 1 OR und Art. 197 ff. OR zu lösen. Am gleichen Ort hält es aber fest, dass die Ausübungsbeschränkungen des Gewährleistungsrechts bezüglich der Konkurrenz mit Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR nur das Gegenstück zur materiellen Besserstellung des Käufers seien. Deshalb könne sich der Verkäufer trotz dem Gesagten alternativ auf den Grundlagenirrtum berufen.

Diese Differenzierung ist nicht gerechtfertigt. Wenn die Ausübungsbeschränkungen des Gewährleistungsrechts auf Art. 97 Abs. 1 OR übertragen werden¹³¹, dann ist es inkonsequent, dem Käufer zugleich mit der Möglichkeit der unbeschränkten Berufung auf Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR ein Surrogat für die Wandlungsklage zur Verfügung zu stellen und somit die Vereitelung der Verkehrssicherheit anderswo doch in Kauf zu nehmen.

d. Keine Verdrängung des Willensmängelrechts schlechthin

Die alternative Zulassung der Vertragsanfechtung wegen absichtlicher Täuschung (Art. 28 OR) neben den ädilitischen Rechtsbehelfen von Art. 197 ff. OR wird in der Lehre einhellig befürwortet, und zwar auch von Autoren, die sich gegen die Alternativität von Irrtumsanfechtung und Sachgewährleistung stellen¹³². SCHÖNLE/HIGI¹³³ bezeichnen die Ansicht dieser letzteren Autoren «als ganz unangemessen, inkonsequent, der Zweckauslegung und dem System- und Sinnzusammenhang des Gesetzes widersprechend und deshalb mit dem objektivierten Willen des Gesetzgebers unvereinbar».

Dies trifft keineswegs zu. Die exklusive Anwendung des Sachgewährleistungsrechts gegenüber der Irrtumsanfechtung stellt sicher, dass die zugunsten des Verkäufers wirkenden Obliegenheiten und Fristen nicht umgangen werden. Verhält sich der Verkäufer aber arglistig, verliert er diesen Schutzanspruch. Dies bringen Art. 203 und

Art. 210 Abs. 3 OR zum Ausdruck: Die Nichterfüllung der Obliegenheiten von Art. 201 OR schadet dem getäuschten Käufer nicht und die Einjahresfrist von Art. 210 Abs. 1 OR steht ihm bei der Durchsetzung ebenso nicht im Weg. Im Fall der absichtlichen Täuschung besteht somit – im Gegensatz zum blossen Irrtum – keine Gefahr, dass der Zweck der Ausübungsbeschränkungen durch die Berufung auf die allgemeine Norm vereitelt wird. Deshalb ist die von SCHÖNLE/HIGI so scharf kritisierte Konkurrenzlösung nicht nur mit dem objektivierten Willen des Gesetzgebers vereinbar, sondern genau von diesem gefordert.

e. Spezialstellung des Viehkaufs?

In der Rechtsprechung des Bundesgerichts nimmt der Viehkauf eine Spezialstellung ein. Bei Mängeln sei ausschliesslich das Viehwährschaftsrecht anwendbar, das die Berufung auf Grundlagenirrtum verdränge. Das Bundesgericht¹³⁴ will damit die gegenüber dem allgemeinen Sachmängelrecht strengeren Erfordernisse von Art. 198 und 202 OR schützen: «Elles avantagent le vendeur. Mais le législateur l'a voulu ainsi. Son intention a été d'empêcher les procès.»

Das Bundesgericht schützt also die Beschränkungsnormen vor Umgehung. Es ist richtig, dass der Zweck der Ausübungsbeschränkungen durch die Irrtumsanfechtung unterlaufen würde. Bei den allgemeinen Mängelrechten verhält es sich jedoch, wie vorne ausgeführt, nicht anders. Auch dort wären die Ausübungsbeschränkungen zu schützen. Es ist ausserdem widersprüchlich, die alternative Berufung auf Grundlagenirrtum im Namen des Käuferschutzes grundsätzlich zu erlauben, aber nicht dort, wo sich die Beschränkungen des Sachmängelrechts drakonisch auswirken¹³⁵ – angesichts der einseitigen Regelung beim Viehkauf müsste das Bundesgericht nach seiner Sichtweise *a fortiori* die Vertragsanfechtung erlauben.

C. Wertungsbasierte Ansätze

Ein Lösungsvorschlag, der ohne begriffliche Elemente auskommen will, wird als Ausschlusswirkung der «ab-

¹³¹ Möglicherweise rührt die Rechtsprechung zur Beschränkung des allgemeinen Schadenersatzanspruchs aus der Übernahme der deutschen Judikatur zu § 377 HGB her: vgl. CARL BAUDENBACHER/NICO SPIEGEL, Die Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts zum Verhältnis von Sachmängelgewährleistung und allgemeinen Rechtsbehelfen des Käufers – Ein Musterbeispiel angewandter Rechtsvergleichung?, FS für Mario M. Pedrazzini, Bern 1990, 229 ff., 259 f.

¹³² Z.B. KOLLER (FN 2), § 14 Rn 187; HONSELL (FN 7), 125; PETER GAUCH, Sachgewährleistung und Willensmängel beim Kauf einer mangelhaften Sache – Alternativität der Rechtsbehelfe und Genehmigung des Vertrages, Anm. zu BGE 127 III 83, recht 2001, 184 ff., 185.

¹³³ SCHÖNLE/HIGI (FN 4), Art. 197 OR N 325.

¹³⁴ BGE 70 II 48, 51. Die Differenzierung hinsichtlich des Viehkaufs wird in der Lehre fast einhellig kritisiert: z.B. GUHL/KOLLER (FN 8), § 42 Rn 63; PIERRE CAVIN, Kauf, Tausch und Schenkung, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII/1, Basel etc. 1977, 120; HONSELL (FN 7), 125; GIGER (FN 36), Vorbem. zu Art. 197–210 OR N 67; SCHÖNLE/HIGI (FN 4), Art. 198 OR N 32. Der Ansicht des Bundesgerichts sind hingegen SCHMIDLIN (FN 120), Art. 23/24 OR N 261 und BÜHLER (FN 61), 8. Das Bundesgericht meinte in BGE 111 II 67, 70 f., seine Argumentation habe «ihre Gültigkeit und Überzeugungskraft bis heute behalten.»

¹³⁵ CAVIN (FN 134), 120.

schliessenden» Regelung bezeichnet. Dieser wird im Folgenden diskutiert. Anschliessend wird ein weiteres Konkurrenzkriterium vorgeschlagen, welches sich am «inneren» System des Gesetzes ausrichtet. Zuletzt wird in diesem Abschnitt auf die Möglichkeit einer geltungszeitlichen Lösung von Konkurrenzproblemen eingegangen.

1. Ausschlusswirkung der «abschliessenden» Regelung

Als Alternative zum Argument der Zweckvereitelung soll nach einigen Autoren darauf abgestellt werden, dass ein Normenkomplex *abschliessend* ist, d.h. «dass in bezug auf seinen Regelungsgegenstand generell keine anderen Ansprüche geltend gemacht werden dürfen.»¹³⁶ Der Vorteil dieser Betrachtung sei, dass die Reichweite der Ausschlusswirkung mit grösserer Flexibilität bestimmt werden kann.

Diese Regel führt nicht weiter. Eine Rechtsnorm kann von vorherein nur dann überhaupt zur exklusiven Anwendung gelangen, wenn sie abschliessend sein will – ansonsten würde eine Differenzierung des Gesetzes missachtet und dem Gläubiger die Berufung auf die derogierte Norm ungerechtfertigt verweigert. Die hier zu beantwortende Frage wäre, *wann* eine Regelung als abschliessend zu betrachten ist. Der Ansatz von HUBER liefert dafür keine brauchbaren Kriterien. Im Gegensatz dazu kann das Argument der Zweckvereitelung¹³⁷ einen nützlichen Anhaltspunkt hervorbringen: Eine Regelung will dann abschliessend sein, wenn sie der anderen Regelung unbekannte Beschränkungen auferlegt, deren Zweck durch die alternative Anwendung vereitelt würde.

2. Kriterium der «Wertungskonsistenz»

a. Argument aus der «inneren» Systematik des Rechts

Die Rechtsordnung ist idealiter als Einheit zu verstehen¹³⁸. Bei der Auslegung von Rechtssätzen muss deshalb immer deren normativer Kontext berücksichtigt werden. Sie sind so zu interpretieren, dass sie sich möglichst nahtlos in das

System von Wertungsentscheidungen des Gesetzes und der ganzen Rechtsordnung einfügen.

Daraus geht hervor, dass das Gesetz so auszulegen ist, dass ein möglichst konsistentes Wertungssystem entsteht. Zwar ist offensichtlich, dass aufgrund der generell-abstrakten Ausgestaltung von Rechtssätzen nicht in jedem Einzelfall alle zugrunde liegenden Wertungen des Gesetzes vollständig erfüllt werden können. Dennoch lassen sich aus einer Betrachtung des «inneren Systems» des Rechts¹³⁹ Anhaltspunkte zur Lösung von Normenkonkurrenzen gewinnen. Das hier vorgeschlagene Konkurrenzkriterium besagt demnach, dass *Konkurrenzprobleme im Zweifel so gelöst werden sollen, dass das resultierende Anwendungsverhältnis die grundlegenden Wertungsentscheide des Gesetzgebers möglichst konsequent verwirklicht*. Hat etwa eine alternative Anwendung zweier Rechtsgrundlagen zur Folge, dass in zwei wertungsmässig ähnlich gelagerten Sachverhalten stark unterschiedliche Rechtsfolgen eintreten, spricht dies für ein exklusives Anwendungsverhältnis und vice versa.

b. Methodische Kategorisierung und Einschränkung

Das Kriterium der «Wertungskonsistenz» basiert auf der *systematischen Auslegung* des Gesetzes. Es soll die Wertungen des Gesetzes und der Rechtsordnung konkretisieren. Einschränkend ist deshalb beizufügen, dass der Ansatz insbesondere in der *Teleologie von Beschränkungsnormen* seine Grenze findet. Es darf nicht hingenommen werden, dass der Zweck einer Norm durch die alternative Anwendung vereitelt wird, bloss weil dies grössere «Wertungskonsistenz» schaffen würde. Dadurch würde der Rechtsanwender die Wertung des Gesetzgebers durch eine eigene ersetzen.

c. Anwendung

Der Tatbestand von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR ist nach herrschender Lehre¹⁴⁰ und Rechtsprechung¹⁴¹ beim Spezieskauf, nicht aber beim Gattungskauf erfüllt, ausser die gesamte Gattung sei mangelhaft¹⁴². Dem Gattungskäufer

¹³⁶ HUBER (FN 5), 232, der sich an der Argumentation von FRANZ HAYMANN, *Anfechtung, Sachmängelgewähr und Vertragserfüllung beim Kauf*, Vortrag, gehalten am 24. Februar 1913 in der Juristischen Gesellschaft in Frankfurt a.M., Berlin 1913, 9 ff., inspiriert. S. auch DIETZ (FN 6), 60 ff., und HELLWIG (FN 4), 323.

¹³⁷ S. vorne III.B.2.

¹³⁸ Grundlegend KARL ENGISCH, *Die Einheit der Rechtsordnung*, Heidelberg 1935 (Nachdruck Darmstadt 1987); s. auch KRAMER (FN 2), 85 ff.

¹³⁹ Zum Begriff des «äusseren» und «inneren» Systems des Rechts: LARENZ/CANARIS (FN 24), 263 ff. und 302 ff.

¹⁴⁰ Vgl. HONSELL (FN 7), 121; RUSCH (FN 93), m.w.Hw. in Fn. 3.

¹⁴¹ BGer 4C.300/2006 vom 19. Februar 2007 E. 5.1 und 5.3; vgl. auch BGE 114 II 131 E. 1d a.E.; BGE 94 II 26 E. 1.

¹⁴² Dies liegt in der gemeinhin akzeptierten Konzeption begründet, wonach die Sache *im Zeitpunkt des Vertragsschlusses existent und individualisiert* sein muss, damit der Käufer den Grundlagenirrtum hinsichtlich eines Sachmangels geltend machen kann (abweichend – wohl versehentlich – BGer 4C.321/2006 vom 1. Mai 2007 E. 4.3.1). Anderer Auffassung ist RUSCH (FN 93), 556 ff.,

stehen somit nur die Mängelrechte zur Verfügung, während sich der Speziesskäufer auch auf den Grundlagenirrtum berufen kann. Es spielt hinsichtlich der zeitlichen Beschränkung des Rückabwicklungsrechts des Käufers also eine entscheidende Rolle, ob es sich beim Vertragsgegenstand zum Beispiel um «einen PKW des Modells A mit der Ausstattung Z» (Gattungskauf) oder «das beim Garagisten ausgestellte Auto» (Speziesskauf) handelt: Im ersten Fall hat der Käufer die strengen Prüfungs- und Rügeobligationen zu beachten und den Anspruch bei versteckten Mängeln innerhalb eines Jahres nach Ablieferung geltend zu machen, während er sich im zweiten Fall auf Grundlagenirrtum berufen kann und diese Ausübungsbeschränkungen nicht zu beachten hat. Bei alternativer Anwendung dieser Rechtsbehelfe führt eine leicht abweichende Vertragsgestaltung folglich zu einem fundamentalen und wertungsmässig nicht gerechtfertigten Unterschied in der Rechtsposition des Käufers. Dies würde für eine exklusive Anwendung des Sachgewährleistungsrechts sprechen.

Es könnte im Gegenzug argumentiert werden, dass eine Verdrängung der Vertragsanfechtung aufgrund mangelnder Reziprozität inkonsistent wäre: Irrt der Käufer bezüglich einer grundlegenden Qualität des Kaufgegenstands, sind seine Ansprüche nach kurzer Zeit präkludiert bzw. verjährt (*Beispiel*: Die gekaufte «Basler Taube» ist eine Fälschung). Befindet sich aber der Verkäufer im Irrtum, kann er den Kauf durch Berufung auf Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR während einer weitaus längeren Frist rückgängig machen (*Beispiel*: In der für 100 Franken verkauften Briefmarkensammlung war eine «Basler Taube» enthalten).

Es zeigt sich also, dass beide möglichen Anwendungsverhältnisse wertungsmässige Inkonsistenzen mit sich bringen. Nach der hier vertretenen Auffassung spricht aber auch die soeben dargelegte Betrachtung der inneren Gesetzssystematik für die Exklusivität der Sachmängelrechte. Bei der alternativen Anwendungsmöglichkeit entsteht eine signifikante Bevorteilung des Speziesskäufers gegenüber dem Gattungskäufer, die der Interessenlage nicht gerecht wird und vom Gesetzgeber kaum so beabsichtigt wurde. Hingegen wird die im Falle der Derogation der Irrtumsanfechtung entstehende zeitliche Besserstellung des irrenden Verkäufers gegenüber dem irrenden Käufer immerhin durch die materiellen Vorteile des Sachgewährleistungsrechts, namentlich die Wahlrechte und die Kausalhaftung¹⁴³, ausgeglichen.

der verschiedene dogmatische Konzeptionen vorstellt, wonach die Irrtumsanfechtung auch im Falle von Mängeln bei Gattungskäufen und bei Werkmängeln greifen soll.

¹⁴³ Vgl. vorne III.B.4.b.

3. Geltungszeitlich-realistische Konkurrenzlösung

a. Einbezug geltungszeitlicher Realien

«Le législateur légifère un jour, mais la loi est faite pour durer. Elle sera peut-être encore en vigueur quand les hommes qui l'ont conçue auront disparu.»¹⁴⁴ Deshalb ist es dem Gericht «geboten, das durch entstehungszeitliche Interpretation gewonnene Resultat zu verlassen und durch [...] Rechtsfortbildung einen neuen Sinn zu ermitteln», wenn «die historische Deutung einer Norm sich für die veränderten Lebensverhältnisse als unbefriedigend oder gar untragbar erweist»¹⁴⁵. Insbesondere ältere Gesetze wie das OR sind demnach nicht nur entstehungszeitlich, sondern *unter Berücksichtigung der heutigen wirtschaftlichen und sozialen Realien* auszulegen. Auch bei Konkurrenzproblemen sind die geltungszeitlichen Umstände zu berücksichtigen.

b. Methodische Kategorisierung und Einschränkung

Die geltungszeitlich-realistische Konkurrenzlösung ist Ausfluss der zeitgemässen Gesetzesauslegung. Diese «objektivistische» Position steht im Gegensatz zur subjektiven (historischen) Gesetzesinterpretation. Es existieren schlagkräftige Argumente für und wider beide Standpunkte. Deshalb sind sowohl geltungszeitliche als auch historische Argumente in die Gesetzesauslegung einzubeziehen und gegebenenfalls abzuwägen¹⁴⁶.

Den Zweckbestrebungen, die aus den Materialien hervorgehen, kommt zwar aufgrund der methodischen Legitimität geltungszeitlicher Auslegung lediglich *persuasive authority* zu. Der Wille des historischen Gesetzgebers darf jedoch nicht ohne weiteres übergangen werden. Das geltungszeitliche Element darf insbesondere nicht dazu missbraucht werden, die *ratio iudicis* als *ratio legis* darzustellen¹⁴⁷ und dadurch den auch geltungszeitlich vertretbaren Willen des Gesetzgebers bloss aufgrund eines abweichenden Rechtsgefühls des Anwenders ausser Kraft zu setzen. Ein Abweichen von früheren legislatorischen Wertungen ist deshalb nur dann möglich, wenn sich der Wille des historischen Gesetzgebers als nach geltungszeitlichen Gesichtspunkten generell unbefriedigend oder

¹⁴⁴ WALTER YUNG, La volonté du législateur, in: Walter Yung, *Études et articles*, Genf 1971, 64 ff., 68.

¹⁴⁵ ARTHUR MEIER-HAYOZ, *Berner Kommentar*, Einleitungsband, Bern 1962, Art. 1 ZGB N 158.

¹⁴⁶ Statt vieler die Stellungnahme von KRAMER (FN 2), 133 ff.

¹⁴⁷ KRAMER (FN 2), 128.

untragbar erweist oder wenn «klar erkennbare Zweckbestrebungen des heutigen Gesetzgebers» dazu Anlass geben¹⁴⁸. Dies gilt gerade auch für die Lösung von Konkurrenzproblemen.

Ergänzend ist anzufügen, dass den geltungszeitlichen Umständen dann eine besonders bedeutende Rolle zukäme, wenn eine Normenkonkurrenz durch die konkurrenzbezogene Gesetzesauslegung überhaupt nicht gelöst werden könnte. In diesem Fall läge eine Lücke vor, welche der Rechtsanwender durch Regelbildung *modo legislatoris* zu schliessen hätte (Art. 1 Abs. 2 ZGB). Die Konkurrenzlösung müsste dann in Würdigung der generell-abstrakten Interessenslage, insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Realien und der Gerechtigkeit, stattfinden¹⁴⁹.

c. Anwendung

Die wirtschaftlichen Abläufe haben sich seit dem Erlass des OR von 1911 stark verändert. Heute finden, im Gegensatz zum entstehungszeitlichen Modell der Barkäufe im Handelsverkehr, vorwiegend Massengeschäfte mit Konsumenten statt¹⁵⁰. Das Machtgefälle zwischen Anbietern und Konsumenten ist grösser geworden¹⁵¹. Deshalb betont das Bundesgericht¹⁵², dass der Käufer «mehr denn je als der schutzwürdigere Teil erscheint, wenn er schlecht bedient worden ist.» HOTZ¹⁵³ weist in diesem Zusammenhang auf das Potential der Irrtumsanfechtung für «verbraucherschützende Gerechtigkeit» hin¹⁵⁴. Ein weiteres Phänomen der modernen Wirtschaft sind zunehmend komplexere Rechtsgeschäfte. Zu denken ist etwa an den Unternehmenskauf. Bei diesem kann das Sachgewährleistungsrecht des OR aufgrund der Komplexität der Transaktion und der daraus folgenden Informationsasymmetrie – die durch Massnahmen wie einer *Due-Diligence*-Prüfung nur begrenzt behoben werden kann – keinen angemessenen Interessensausgleich schaffen. Diese geltungszeitlich-realistischen Argumente stellt etwa HEHLI¹⁵⁵

bei seiner Begründung der Alternativität von Irrtumsanfechtung und Sachgewährleistung in den Vordergrund.

Zweifellos können die strengen Obliegenheiten und kurzen Verjährungsfristen insbesondere bei Konsumentengeschäften zu unbefriedigenden Resultaten führen. Dies rechtfertigt jedoch nicht, zur Korrektur dieser Härtefälle auf die Vertragsanfechtung zurückzugreifen und damit die «Desavouierung der Grenzen des Gewährleistungsrechts»¹⁵⁶ hinzunehmen. Die Ausübungsbeschränkungen erweisen sich auch unter heutigen Umständen nicht als generell unbefriedigend und schon gar nicht als untragbar. Die zeitliche Limitierung der Sachgewährleistung zugunsten der Verkehrssicherheit ist im Grundsatz nach wie vor angebracht¹⁵⁷.

Vorweg ist zu bemerken, dass die erwähnten Massengeschäfte in aller Regel Gattungsgüter zum Gegenstand haben. Der Käufer kann sich jedoch nach herrschender Meinung nur bei Spezieskäufen auf den Grundlagenirrtum berufen¹⁵⁸. Schon deshalb ist das propagierte Verbraucherschützende Potential von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR gering¹⁵⁹. Würde man die Anwendbarkeit dieser Rechtsgrundlage aber – wie von RUSCH¹⁶⁰ vertreten – auch für Genusware bejahen und zugleich die alternative Anwendung mit dem Sachgewährleistungsrecht weiterhin zulassen, so hätte dies kaum erstrebenswerte Konsequenzen. Das Fehlen einer angemessenen Garantiefrist würde signifikant auf den Kaufpreis von Konsumwaren durchschlagen, wenn auch der Gattungskäufer während zehn Jahren nach Bezahlung des Kaufpreises erfolgreich auf Rückabwicklung klagen könnte – zum einen, weil die erhöhten Garantiekosten die Anbieter massiv belasten würden; zum anderen, weil der Konsumwarenhändler seine Regressansprüche gegenüber Lieferanten mangelhafter Ware nach längerer Zeit kaum mehr durchsetzen kann und der Händler somit ein deutlich höheres Risiko zu tragen hätte.

¹⁴⁸ MEIER-HAYOZ (FN 145), Art. 1 ZGB N 160.

¹⁴⁹ Vgl. die Ausführungen zur Rechtsfortbildung *modo legislatoris* bei MEIER-HAYOZ (FN 145), Art. 1 ZGB N 316 ff.

¹⁵⁰ Vgl. BAUDENBACHER/SPIEGEL (FN 131), 234 und 252 ff.

¹⁵¹ Etwa durch die Verwendung von AGB: vgl. BÜHLER (FN 61), 1 ff.; EUGEN BUCHER, Der benachteiligte Käufer, SJZ 1971, 1 ff.

¹⁵² BGE 114 II 131, 138.

¹⁵³ SANDRA HOTZ, Japanische, deutsche und schweizerische Irrtumsregelungen – ein rechtsvergleichender Beitrag zum Verhältnis von Verbraucherschützenden Vertragslösungsrechten und allgemeinem Vertragsrecht, Diss. Zürich 2006, 136.

¹⁵⁴ Ähnlich FELIX SCHÖBI, Grundlagenirrtum neben Gewährleistung?, Anm. zu BGE 109 II 319, recht 1984, 134 ff., 136.

¹⁵⁵ CHRISTOPH HEHLI, Die alternativen Rechtsbehelfe des Käufers, Diss. Luzern 2008, Rn 18 ff. und 39 ff.

¹⁵⁶ ERNST A. KRAMER, AGB- und Konsumentenkaufvertragsrecht: Das neue europäische Recht als Vorbild für die Schweiz?, ZSR 1999, 295 ff., 302.

¹⁵⁷ Dieser Auffassung scheint auch das Bundesgericht zu sein: s. vorne III.B.4.c.

¹⁵⁸ Vgl. vorne III.A.5 und III.C.2.c, insb. FN 93 und 142.

¹⁵⁹ Immerhin etwa bei mangelhaften PKW wird sich der Käufer regelmässig auf den Grundlagenirrtum berufen können: vgl. BGER 4C.197/2004 vom 27.9.2004 (gebrauchter Mercedes mit zu hohem tatsächlichem Kilometerstand); BGER 4C.456/1999 vom 16.3.2000 (Ferrari mit fehlerhaftem Abgassystem). Diese Möglichkeit steht ihm aber nur zu, wenn er «dieses bestimmte» Auto statt «einen» PKW des Modells A mit der Ausstattung B gekauft hat: s. vorne III.C.2.c.

¹⁶⁰ RUSCH (FN 93), 556 ff.; s. auch FN 142.

Immerhin wäre es wohl rechtspolitisch angezeigt, die strengen Prüfungs- und Rügeobliegenheiten von Art. 201 OR zumindest bei Konsumentenverträgen zu lockern. Man könnte sogar darüber diskutieren, ob das Weiterbestehen der ädilischen Marktgerichtsbarkeitsregeln in modernen Zivilrechtskodifikationen als «irrationale[s] Überleben einer altertümlich verwurzelten Doktrin»¹⁶¹ zu bewerten ist und ob man deshalb das Sachgewährleistungsrecht *de lege ferenda* grundlegend neu gestalten müsste. Das alles ändert aber nichts daran, dass der Zweck der Ausübungsbeschränkungen des Sachgewährleistungsrechts *de lege lata* nicht umgangen werden darf. Der rechtspolitische Entscheid, diese Beschränkungen zu lockern, obliegt alleine dem Gesetzgeber und nicht dem Rechtsanwender. Die nach wie vor nicht generell untragbaren Obliegenheiten und Verjährungsfristen des Sachmängelrechts dürfen nicht durch die Zulassung einer uneingeschränkten alternativen Berufung auf Grundlagenirrtum torpediert werden.

Im Weiteren hat der Gesetzgeber bislang keine Anstrengungen getroffen, die Ausübungsbeschränkungen des Sachgewährleistungsrechts grundlegend zu revidieren¹⁶². Deshalb können auch keine Zweckbestrebungen des heutigen Gesetzgebers zum Anlass genommen werden, von der subjektiv-teleologisch gebotenen Exklusivität der Mängelrechte abzuweichen.

Nicht überzeugend ist ferner das Argument, dass die Regeln der Art. 197 ff. OR nicht auf komplexe Rechtsgeschäfte zugeschnitten seien. Die dispositive Natur des Sachgewährleistungsrechts trägt diesem Problem genügend Rechnung. Bei Unternehmenskäufen und ähnlich komplexen Transaktionen werden die Parteien die Risikoverteilung durch umfassende Vertragswerke selbst festlegen.

4. Fazit: Wertende Elemente als Hilfskriterien

Der Ansatz der «abschliessenden Regelung» ist eine *petitio principii*. Die Aussage, dass eine abschliessende Regelung exklusiv anwendbar sein soll, führt nicht weiter.

¹⁶¹ ERNST RABEL, Das Recht des Warenkaufs – eine rechtsvergleichende Darstellung, Bd. II, Berlin etc. 1958 (Sonderveröffentlichung der RabelZ), 101.

¹⁶² Mit Schlussabstimmung vom 16. März 2012 hat der Gesetzgeber die Verjährungsfristen für Gewährleistungsansprüche im Kauf- und Werkvertragsrecht verlängert und synchronisiert. Die Prüfungs- und Rückobliegenheiten bleiben unverändert. Es kann nicht davon gesprochen werden, dass diese kleineren Anpassungen der Verjährungsfristen eine grundlegende Neugestaltung der Beschränkungsnormen bedeuten und deren Zielsetzungen verändern würden.

Die zu beantwortende Frage wäre, *wann* eine Regelung abschliessend sein will.

Das Kriterium der «Wertungskonsistenz» leitet sich aus der systematischen Gesetzesinterpretation ab. Es besagt, dass Konkurrenzprobleme im Zweifel so gelöst werden sollen, dass das resultierende Anwendungsverhältnis die grundlegenden Wertungsentscheide des Gesetzgebers möglichst konsequent verwirklicht. Es spräche etwa gegen ein bestimmtes Anwendungsverhältnis, wenn zwei sich wertungsmässig nahe stehende Sachverhalte zu signifikant unterschiedlichen Rechtsfolgen führten. Einschränkend ist anzufügen, dass die Teleologie von Beschränkungsnormen dieser Regel eine Grenze setzt. Übergeht der Rechtsanwender die Teleologie des Gesetzes, ersetzt er eine Wertung des Gesetzgebers ohne Befugnis durch eine eigene, auch wenn sie ihm konsistenter erscheinen mag.

Auch ein geltungszeitlich-realistisches Argument kann in die Abwägung zwischen Alternativität und Exklusivität einbezogen werden. Dabei darf der Wille des historischen Gesetzgebers aber nicht übergangen werden, bloss weil ein anderes Anwendungsverhältnis dem Rechtsgefühl des Anwenders besser entspricht. Ein Abweichen von der subjektiv-teleologisch gebotenen Konkurrenzlösung ist allenfalls dann angebracht, wenn diese unter dem Gesichtspunkt der geltungszeitlichen Realien generell unbefriedigend oder gar untragbar erscheint.

IV. Zusammenfassung und Ausblick

In diesem Aufsatz wurden verschiedene Konkurrenzregeln diskutiert. Die nach Ansicht des Autors strengsten Regeln werden nachfolgend schematisch zusammengefasst. Diese Ansätze beanspruchen keine Endgültigkeit oder Ausschliesslichkeit. Jedoch besteht ein dringender Bedarf, gewisse in der Lehre weit verbreitete Konzepte zu hinterfragen.

Eine Kumulation der Rechtsfolgen wird teilweise bereits formallogisch ausgeschlossen sein. Falls die Kumulation aber denkbar ist, bietet sich die folgende Regel an:

1. Sind die Tatbestände völlig unterschiedlich, treten die Rechtsfolgen kumulativ ein. In den anderen Fällen ist Kumulation zu bejahen, wenn die Normen einen unterschiedlichen Zweck verfolgen.

Wird die Kumulation verneint, muss zwischen Exklusivität und Alternativität abgegrenzt werden. Dies ist das Hauptthema der schuldrechtlichen Konkurrenzlehre. Die Lösungsansätze können in drei Kategorien eingeteilt werden: (i) *formell-begriffliche Regeln*, (ii) *Kombinationen*

von begrifflichen und wertenden Elementen und (iii) reine Wertungskriterien. Die rein formellen Ansätze müssen dringend hinterfragt werden. Insbesondere ist die weit verbreitete Parömie *lex specialis derogat legi generali* im Schuldrecht nicht ohne weitergehende Überlegungen anzuwenden. Auch Vermutungen der Alternativität oder Exklusivität sind abzulehnen. Stringent sind hingegen die folgenden *begrifflichen Formeln*, die auf dem *Gebot der Sicherung des Anwendungsbereichs* beruhen:

2. Sind die Tatbestände gleichrangiger und gleichaltriger Normen identisch, darf keine Derogation resultieren.
3. Bei einem Spezialitätsverhältnis muss die *lex specialis* exklusiv angewendet werden, wenn ein *Rechtsfolgenwiderspruch* – verstanden als von vornherein bestehende Antinomie zwischen den Rechtsfolgen – vorliegt.

Regeln aus der zweiten Kategorie, also den *Kombinationslösungen*, basieren *einerseits* auf der *Sicherung des Anwendungsbereichs*, wie die folgende Regel:

4. Ist die Rechtsfolge einer *lex specialis* für den Gläubiger nie günstiger, muss diese Norm exklusiv zur Anwendung kommen.

Andererseits dient die *Verhinderung einer Umgehung* als Grundthese. Der Rechtsanwender darf nicht zulassen, dass der Zweck einer Beschränkung durch die alternative Anwendung umgangen werden kann. Diese Regel ist schlagkräftig, denn sie lässt den Einbezug der Wertungen des Gesetzes zu und vermag deshalb eine Vielzahl von Konkurrenzproblemen überzeugend zu lösen. Besteht eine Umgehungsfahr, spielt es ferner keine Rolle, ob die konkurrierenden Normen etwa «wesensungleich» sind – die Teleologie der Beschränkungsnormen ist durch Derogation der konkurrierenden Norm zu schützen. Somit gilt der folgende Satz:

5. Eine Rechtsgrundlage ist zur exklusiven Anwendung zu bringen, wenn sie *Beschränkungen* vorsieht, deren *Zwecke* durch die alternative Anwendung *vereitelt* würden.

Die dritte Kategorie von Konkurrenzregeln besteht aus *wertenden Kriterien*:

6. Konkurrenzprobleme sollen im Zweifelsfall so gelöst werden, dass das resultierende Anwendungsverhältnis die Wertungsentscheide des Gesetzgebers möglichst konsequent verwirklicht.
7. Auch geltungszeitliche Realien können in die Abwägung einbezogen werden.

Diese wertenden Konkurrenzregeln haben aber hinter einem klaren Willen des Gesetzgebers zurückzutreten. Insbesondere darf eine geltungszeitliche Konkurrenzlösung

nicht dazu missbraucht werden, das Rechtsgefühl des Anwenders als *ratio legis* auszugeben. Ein Abweichen von der Zielsetzung des historischen Gesetzgebers wäre allenfalls dann dankbar, wenn diese generell unbefriedigend oder gar untragbar wäre.

Insbesondere die Diskussion über Irrtumsanfechtung und Sachmängelhaftung zeigt eindrücklich, dass verschiedene Autoren von gänzlich unterschiedlichen methodischen Grundannahmen ausgehen, um Normenkonkurrenzen zu lösen. Ohne ein gemeinsames methodisches Grundverständnis fehlt jedoch die intersubjektive Begründbarkeit der Lehrmeinungen. Angesichts dieser Tatsache besteht ein dringender Bedarf an einer Auseinandersetzung damit, wie Konkurrenzprobleme im Schuldrecht methodisch behandelt werden sollen. Umfassende Beiträge dazu sind in der modernen Lehre rar. Ausnahmen sind etwa der scharfsinnige¹⁶³ Aufsatz von MERZ¹⁶⁴ und die umfassende Abhandlung HUBERS¹⁶⁵. Durch eine grundlegende Metadebatte wird der Zwist um das Verhältnis von Irrtumsanfechtung und Sachmängelhaftung vielleicht eines Tages in geordnete Bahnen gelenkt werden. Ohne eine solche Auseinandersetzung wird die Lehre jedoch weiterhin durch einen tiefen methodischen Graben geteilt bleiben.

¹⁶³ So zu Recht KRAMER (FN 2), 210.

¹⁶⁴ MERZ (FN 40).

¹⁶⁵ HUBER (FN 5), 177 ff.