

Sonderdruck aus:

Gauchs Welt

Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag

Herausgegeben von:

Pierre Tercier / Marc Amstutz / Alfred Koller / Jörg Schmid / Hubert Stöckli

WOLFGANG WIEGAND

Zur Rückabwicklung gescheiterter Verträge

Schulthess § 2004

Zur Rückabwicklung gescheiterter Verträge

Dr. iur. WOLFGANG WIEGAND, Professor an der Universität Bern*

Inhaltsübersicht

- I. Kein Geburtstagsbrief
- II. GAUCHS fundamentaler Ansatz
- III. Rücktritt und Rückabwicklungs-Schuldverhältnis
- IV. Konsequenzen für die Anwendung von Art. 119 Abs. 2 OR und die Folgen der Anfechtung
- V. Die Position des Bundesgerichts
- VI. Postulat der Gleichbehandlung von Rücktritt und Anfechtung

I. Kein Geburtstagsbrief

Zu meinem sechzigsten Geburtstag hat PETER GAUCH einen Geburtstagsbrief¹ verfasst, der allenthalben als ein literarisches und juristisches Kabinettstück empfunden und sogar zum Gegenstand einer Seminarveranstaltung an einer Schweizer Universität gemacht worden ist, deren Namen aus Gründen des Datenschutzes verschwiegen werden muss. Dies habe ich vorausgeschickt, um zu erläutern, dass und warum ich nicht den Versuch unternehme, PETER GAUCH zu antworten. Sein Brief ist nämlich im wahrsten Sinne des Wortes unnachahmlich und jeder Versuch, es dennoch zu tun, könnte nur mit einer Blamage des Verfassers enden. Ich will mich stattdessen im Folgenden mit einem Thema befassen, das den Jubilar seit Beginn seiner akademischen Laufbahn beschäftigt und das bis heute nichts an Aktualität eingebüsst hat: Die Frage nach den Wirkungen der Auflösung von Schuldverhältnissen. Durch eine Reihe von neueren bundesgerichtlichen Entscheidungen, vor allem aber durch den «Klärschlamm-Fall»² ist es wieder in den Mittelpunkt der privatrechtlichen Diskussion ge-

* Unter Mitarbeit von lic. iur. Claudia Geiger, Assistentin am Zivilistischen Seminar der Universität Bern.

1 PETER GAUCH, Argumente. Ein Geburtstagsbrief, in: recht 2000, 87.

2 BGE 129 III 320. Das Bundesgericht hat zweimal über den sogenannten «Klärschlamm-Fall» entschieden. Im ersten Entscheid (BGE 128 III 366; dazu WOLFGANG WIEGAND/CORINNE GUTKNECHT, Rechtsprechungschronik des Bundesgerichts, in: Peter Nobel (Hrsg.), Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz, Bern 2004) ging es um eine eher marginale Frage des Pfand- und Zessionsrechts. Im hier gemeinten zweiten Klärschlamm-Entscheid hat das Bundesgericht gleich eine ganze Serie von fundamentalen Rechtsfragen behandelt, wie etwa die Konsequenzen einer mit dem Vertrag in Zusammenhang stehenden Korruption, aber auch dogmatische Aspekte des Grundlagenirrtums und der absichtlichen Täuschung. Schon deshalb hat das Urteil vielfach Beachtung gefunden. Vgl. etwa STEPHAN HARTMANN, Die «Kündigungstheorie» bei einseitig unverbindlichen Dauerverträgen, in: AJP 12/2003, 1475 und EVELYNE WYSS/HANS CASPAR VON DER CRONE, Bestechung bei Vertragsschluss, in:

rückt worden, die eine Zeit lang in ganz übertriebener Weise von der unnötig aufgeregten Debatte über die Vertrauenshaftung³ dominiert wurde. Darüber hinaus – und dies ist das eigentliche Anliegen des Beitrages – zeigt der Umgang mit dem Thema einerseits in exemplarischer Weise die Eigenschaften und Eigenheiten von PETER GAUCH auf, andererseits verdeutlicht er seinen Einfluss auf die Entwicklung der zivilrechtlichen Doktrin in nicht minder exemplarischer Weise.

II. GAUCHS fundamentaler Ansatz

In seiner bis heute grundlegenden Dissertation über das «System der Beendigung von Dauerverträgen» behandelt PETER GAUCH im Schlusskapitel die Abwicklungspflichten nach Beendigung⁴ des Schuldverhältnisses. Dort heisst es in Bezug auf die herrschende Meinung: «Danach wird infolge Rücktritts die causa des Vertrages und mit ihr das ganze Schuldverhältnis mit rückwirkender Kraft aufgehoben, als hätte es nie bestanden. Dem halten wir entgegen: *Weder die Tatsache des Vertragsschlusses noch jene des Vertragsverhältnisses lassen sich nachträglich aus der Welt schaffen. Sie haben bestanden, waren Wirklichkeit, woran keine Gestaltungserklärung etwas ändern kann.* Die angebliche Rückwirkung des Rücktritts mit Bezug auf den Vertragsbestand ist deshalb eine Fiktion, als solche bedenklich, und zudem überflüssig...» Und weiter: «Knüpft sich die Rückleistungspflicht zwar direkt an die Rücktrittserklärung, so ist sie doch indirekte Folge des Vertragsschlusses. Sie ist eine Vertragspflicht. So lange sie besteht, dauert das Vertragsverhältnis fort, nur mit verändertem Inhalt: als Abwicklungsverhältnis.» Diese Sätze haben programmatischen Charakter. Sie beziehen sich zwar unmittelbar nur auf den Vertragsrücktritt. Die Aussagen und die daraus zu ziehenden Konsequenzen reichen indessen weit darüber hinaus. Die von mir kursiv hervorgehobene Passage enthält eine axiomatische Feststellung: GAUCH wendet sich entschieden und generell gegen die Ignorierung eines stattgefundenen Vertragsschlusses und gegen die Nichtbeachtung gelebter Vertragsverhältnisse. Es liegt auf der Hand, dass diese Feststellung eine erhebliche Tragweite hat. So lässt sie sich ohne weiteres zur Begründung oder doch zumindest zur Erläuterung der Figur der faktischen Vertragsverhältnisse heranziehen, und in der gleichen Weise wäre sie geeignet, die Position, die das Bundesgericht im Klärschlamm-Fall eingenommen hat, zu stützen. Es soll im Folgenden jedoch nicht sofort diese Konsequenz des Kernsatzes der zitierten Passage behandelt werden, vielmehr muss sie im Gesamtzusammenhang, in dem sie entwickelt wurde, gesehen werden. Deshalb sind zunächst die von GAUCH

SZW 2003, 35. Hier geht es ausschliesslich um die letzte Erwägung des Bundesgerichts, in der es eine grundsätzliche Neuorientierung der Vertragsabwicklung bei Irrtumsfällen entwickelt, deren Bedeutung und Tragweite noch nicht vollkommen abzusehen sind.

3. BUCHER hat – wie so oft bei anderen Problemen – aufgezeigt, dass es eigentlich nicht um die Frage der «Existenz» der Vertrauenshaftung geht, sondern nur um die sinnvolle Umschreibung und Begrenzung der Haftungsvoraussetzungen; EUGEN BUCHER, Was man aus einem Fall von «Putativ-Vertrauenshaftung» lernen kann, in: recht 2001, 65, insb. 73 ff.

4. PETER GAUCH, System der Beendigung von Dauerverträgen, Diss. Freiburg 1968, 207 ff. (Hervorhebung hinzugefügt).

aufgestellten Thesen im Hinblick auf den Rücktritt zu erörtern. Dies geschieht – wie im gesamten weiteren Beitrag – nicht in einer umfassenden Diskussion der literarischen Äusserungen, sondern dadurch, dass anhand einzelner exemplarischer Bundesgerichtsentscheide die Entwicklung der GAUCH'schen Gedankengänge und deren teilweise ausdrückliche, teilweise indirekte Rezeption durch die Rechtsprechung, insbesondere durch das Bundesgericht, aufgezeigt werden.

III. Rücktritt und Rückabwicklungs-Schuldverhältnis

Unter dem Titel «Anerkennung der Umwandlungstheorie»⁵ hat PETER GAUCH einen Entscheid⁶ besprochen, in dem das Bundesgericht sein oben wiedergegebenes Postulat nahezu eins zu eins umgesetzt hat, wenngleich das in der Begründung erst beim zweiten Zusehen offenkundig wird. Nachdem das Bundesgericht den Standpunkt der seinerzeit noch ganz herrschenden Meinung beschrieben hat, wonach der Vertrag durch den Rücktritt ex tunc dahinfalle und die Rückforderung allfälliger Leistungen deshalb als Bereicherungs- und Vindikationsanspruch zu verstehen sei, fährt es fort: «Eine neuere Lehrmeinung, die sich auch in Deutschland durchsetzt, geht dagegen davon aus, dass der Rücktritt bloss zu einer inhaltlichen Umgestaltung des Vertrages führt, der zunächst samt den Pflichten, das Erhaltene entweder in Natura oder wertmässig zurückzuerstatten, als Abwicklungs- oder Liquidationsverhältnis fortbesteht; nach ihr handelt es sich dabei weder um Pflichten aus ungerechtfertigter Bereicherung noch um sachenrechtliche Herausgabepflichten, sondern um solche vertraglicher Natur, mit deren Erfüllung der vorvertragliche Zustand wieder hergestellt werde.»⁷ Das Bundesgericht hält sodann fest, dass das Ergebnis im Wesentlichen mit der bisherigen Rechtsprechung übereinstimme, sich aber in der Begründung davon unterscheide. Dies gelte insbesondere für die Qualifizierung des Rückerstattungsanspruchs als vertraglicher Anspruch. In Anbetracht dieser besseren und sachgerechteren Begründung verdiene die neuere Lehre den Vorzug. Darüber hinaus sei dies auch sachlich gerechtfertigt, «weil sie ohne Fiktion einer Rückwirkung auskommt und die Auseinandersetzung zwischen den Vertragsschliessenden erleichtert, ihnen insbesondere die Möglichkeit verschafft, den Schadensersatz- und den Rückerstattungsan-

5 PETER GAUCH, Wirkung des Rücktritts und Verjährung des Rückforderungsanspruchs bei Schuldnerverzug (Anerkennung der Umwandlungstheorie), in: recht 1989, 122.

6 BGE 114 II 152.

7 BGE 114 II 152, E. 2c/aa, 157, mit Hinweisen auf PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Zürich 1987, N 1187 ff., unter Erwähnung der dort genannten Autoren EUGEN BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 1. Aufl., Zürich 1979, 337 f. und ERNST WOLF, Lehrbuch des Schuldrechts, Köln 1978, 315 ff., der als Begründer der in Deutschland zum Durchbruch gelangten Lehre gilt. Eine Übersicht dazu findet sich bei KARL LARENZ, Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band, Allgemeiner Teil, 14. Aufl., München 1987, 403 ff.; im Rahmen der so genannten Schuldrechtsmodernisierung ist diese Auffassung bestätigt worden; vgl. die Regierungsbegründung zum Entwurf zu § 346 BGB: «Einverständnis besteht auch darüber, dass der Rücktritt den Vertrag nicht im Ganzen aufhebt, sondern ihn in ein Abwicklungsverhältnis mit vertraglicher Grundlage umwandelt.»

spruch nach den gleichen Grundsätzen zu behandeln⁸. Die Tatsache, dass ein Vertrag geschlossen und vom Schuldner nicht erfüllt worden ist, kann so oder anders nicht als ungeschehen bezeichnet werden.⁹ Gerade diese letzte Wendung macht den Einfluss der GAUCH'schen Gedankengänge deutlich, wenn man sie mit dem oben wiedergegebenen Zitat vergleicht. Dies gilt in derselben Weise für die Bemerkungen zur vertraglichen Natur des Anspruchs. Das alles wird noch deutlicher, wenn man in die Betrachtung den Entscheid der Vorinstanz, des Obergerichts Luzern, einbezieht, das in einer lehrbuchartigen Darstellung die gesamte Problematik behandelt und ebenfalls in starker Anlehnung an GAUCH die Lösung vorgezeichnet hatte¹⁰.

Dass GAUCH in seiner erwähnten Besprechung den Entscheid begrüsst, bedarf keiner weiteren Erläuterung und Begründung. Er tut dies mit der ihm eigenen Zurückhaltung und Bescheidenheit und fasst das Ergebnis folgendermassen zusammen: «Deshalb ist es nur zu begrüßen, dass das Bundesgericht jetzt den Schritt getan hat und sich auf den Boden der «Umwandlungstheorie» gestellt hat. Diese Lösung erlaubt es, alle durch den Rücktritt begründeten Rückleistungsansprüche nach den gleichen (vertragsrechtlichen) Regeln zu beurteilen, insbesondere aber zwanglos zu erklären, weshalb sie nach der allgemeinen Vorschrift des Art. 127 OR verjähren. Zudem wird klargestellt, dass die volle Leistung (unbeeinflusst von Art. 64 OR) zurückgefordert werden kann, was im Falle eines Rücktritts angemessen und von der Sache gefordert ist.»¹¹ Diese Auffassung ist heute weitgehend unbestritten, so dass ich darauf verzichten kann, die von GAUCH in seiner Besprechung in «recht» und auch im «Lehrbuch»¹² erörterten Einwände und Bedenken gegen die Umwandlungstheorie erneut zu diskutieren. Dies vor allem deshalb, weil es darum im Folgenden eigentlich gar nicht geht¹³. Vielmehr geht es hier um diejenigen Aspekte, die GAUCH im Hinblick auf die zukünftige Entwicklung in seiner Rezension des Urteils angesprochen hat.

IV. Konsequenzen für die Anwendung von Art. 119 Abs. 2 OR und die Folgen der Anfechtung

a) In seiner Besprechung des Urteils stellt GAUCH die Frage, «wie es sich mit dem Rückforderungsanspruch nach Art. 119 Abs. 2 OR verhält. Dieser Anspruch wird

8 Unter Hinweis auf WOLFGANG WIEGAND, Die Leistungsstörungen, in: recht 1984, 13.

9 BGE 114 II 152, E. 2c/aa, 157.

10 LGVE 1987 I Nr. 14; dazu auch GAUCH (Fn. 5), 122 ff. und ausführlich unten unter IV.

11 GAUCH (Fn. 5), 126.

12 Das einst als Script begonnene Werk PETER JÄGGI/PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, hat sich inzwischen zu einem monumentalen Lehrbuch entwickelt. Das Bundesgericht stützt sich in seinem Entscheid auf die 4. Aufl., N 1187 ff. In den weiteren Bearbeitungen hat GAUCH die wesentlichen Gesichtspunkte, die er in seinem Besprechungsaufsatz aufgezeigt hatte, eingearbeitet. Vgl. dazu jetzt PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl., Zürich 2003, N 1567 ff.

13 Die Umwandlungstheorie ist nahezu einhellig akzeptiert und sie wird zu Recht darüber hinaus auch auf die gesetzlichen Rücktrittsrechte des Besonderen Teils angewandt sowie auf vertragliche Rücktrittsrechte, soweit die Parteien keine besonderen Bestimmungen getroffen haben.

gemeinhin dem Bereicherungsrecht unterstellt [...]. Von der Sache her gäbe es aber auch hier gute Gründe, die für eine vertragliche Natur des Rückerstattungsanspruchs sprechen würden.»¹⁴ Während das Obergericht Luzern in dem erwähnten Entscheid¹⁵ sich für die Anwendung der zehnjährigen Verjährungsfrist auf diesen Anspruch ausgesprochen hatte, hat das Bundesgericht die Frage offen gelassen, sie aber jedenfalls nur als ein Verjährungsproblem betrachtet. GAUCH geht weiter, indem er auch hier die Frage nach der Rechtsnatur dieses Anspruchs stellt. Ausgehend von der Konzeption des Art. 119 OR, der nach heutigem Verständnis¹⁶ nur die Folgen der Unmöglichkeit für die Forderungen, bzw. die Schuld der jeweiligen Vertragsparteien regelt, hält GAUCH fest, dass der Vertrag als solcher davon nicht berührt wird. Das Erlöschen der Obligation, deren Erfüllung unmöglich geworden ist, sowie die Konsequenzen, die Abs. 2 daraus zieht, bezeichnet GAUCH als eine Folge der in diesem Artikel geregelten Leistungs- und Gegenleistungsgefahr¹⁷. Darauf gestützt kommt er zum Schluss, dass es konsequent wäre, «wenn Vertragsrecht zur Anwendung käme.»¹⁸ Für GAUCH ergibt sich daraus die Frage, ob diese dogmatisch richtige Erfassung ausreicht, um den Gesetzeswortlaut praktisch ausser Kraft zu setzen. Er gibt keine abschliessende und eindeutige Antwort: Zwar hält er fest, dass es sich nicht um einen Tatbestand der ungerechtfertigten Bereicherung handle, kann sich aber nicht dazu durchringen, den Anspruch gänzlich als vertraglichen zu behandeln¹⁹.

b) Des Weiteren stellt GAUCH sich die Frage, «ob fortan nicht auch die Rückgewähr bei nichtigen (Art. 20 OR) und einseitig unverbindlichen Verträgen (z.B. Art. 23 OR) nach Vertragsrecht abzuwickeln wäre.»²⁰ Anders als bei der Frage der Interpretation des Art. 119 Abs. 2 ist seine Antwort hier klar. Sie basiert auf seinem Verständnis der Willensmängel und den daraus resultierenden Folgen. Er qualifiziert den Wunsch nach einer einheitlichen Lösung (unter Bezugnahme auf mein diesbezügliches Postulat²¹) «als eine Vision, die sich mit Rücksicht auf die Ungültigkeit der betreffenden Verträge nicht leicht verwirklichen lässt.»²² Auf Grund dieses Statements verfolgt GAUCH den Gedanken der vertragsrechtlichen Abwicklung bei diesen Konstellationen nicht weiter, da er sie für unvereinbar mit seiner Konzeption der Ungültigkeit hält²³.

14 GAUCH (Fn. 5), 127.

15 LGVE 1987 I Nr. 14.

16 Zum historischen Verständnis und den daraus zu ziehenden Folgerungen unten unter VI.

17 Zur Erläuterung dieser Konzeption vgl. WOLFGANG WIEGAND, Basler Kommentar, Obligationenrecht I (Art. 1–529), 3. Aufl., Basel/Genf/München 2003, Art. 119 N 1 ff. sowie N 18.

18 GAUCH (Fn. 5), 127; GAUCH verweist zu Recht darauf, dass verschiedene Autoren, die Anregungen in diese Richtung gemacht haben, sich vorwiegend gegen die kurze Verjährungsfrist wenden und die Verjährung von Art. 127 OR angewendet wissen wollen. Dies gilt auch für den Entscheid des OG Luzern, der aber immerhin auch dahingehend verstanden werden kann, dass die zehnjährige Verjährungsfrist als Konsequenz der vertragsrechtlichen Konzeption zu betrachten sei.

19 Ganz ähnlich ist die Situation in Deutschland, wo ebenfalls von einem uneigentlichen Bereicherungsanspruch die Rede ist; dazu unten unter VI.

20 GAUCH (Fn. 5), 126. Er verweist auf das Urteil des OG Luzern, das diese Forderung ausdrücklich aufgestellt hatte, und auf WOLFGANG WIEGAND, Bemerkungen zum Picasso-Entscheid, in: recht 1989, 101, 110; dazu unten unter VI.

21 WIEGAND (Fn. 20), 110.

22 GAUCH (Fn. 5), 126 f.

23 Vgl. insb. GAUCH (Fn. 5), 127 Fn. 43 f.

Auf Grund der Prämissen der Ungültigkeitstheorie, der sich das Bundesgericht unglücklicherweise angeschlossen hat²⁴, kommt für GAUCH eine Abwicklung nach Vertragsrecht nicht in Betracht. Er glaubt, dass eine solche Lösung mit dem bisherigen Verständnis ungültiger Verträge nicht vereinbar sei. Damit setzt er sich in Widerspruch zu seinen oben wiedergegebenen fundamental-axiomatisch formulierten Grundsätzen²⁵, jedenfalls entzieht er ihnen aber einen zentralen Anwendungsbereich. Es ist deshalb zu prüfen, ob sich diese Perspektive durch die neuere Entwicklung der Bundesgerichtsrechtsprechung, insbesondere durch den Klärschlamm-Entscheid, geändert hat.

V. Die Position des Bundesgerichts

a) In einem an sich eher banalen Fall der Rückabwicklung einer Akontozahlung, die zutreffenderweise aus der Rückzahlungspflicht der zuvor getroffenen Vereinbarung abgeleitet und deshalb als vertragliche qualifiziert wird²⁶, stellt das Bundesgericht am Ende allgemeinere Überlegungen an, die wohl als eine Art Hinweis an das juristische Publikum zu verstehen sind: «In der neueren Lehre und Rechtsprechung ist eine generelle Tendenz ersichtlich, Ansprüche vermehrt auf vertragliche denn auf bereicherungsrechtliche Grundlagen zu stützen.» Es referiert dann den oben besprochenen Entscheid zu Art. 109 OR und verweist auf die Zustimmung der juristischen Literatur, insbesondere auf die mehrfach zitierte Besprechung von GAUCH. Dann fährt es fort: «Ein Teil der Autoren geht sogar noch weiter und möchte im Gegensatz zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung auch irrtumsbehaftete Verträge nach vertraglichen Grundsätzen rückabwickeln.»²⁷ Dass das Bundesgericht diese Auffassungen ohne Not erwähnt, obwohl sie im Gegensatz zu seiner bisherigen Rechtsprechung stehen, muss wohl dahingehend verstanden werden, dass es seine Bereitschaft signalisieren will, diese Frage zu überprüfen und zu überdenken. Das geschieht jedenfalls für einen Teilbereich im Klärschlamm-Fall.

b) In der hier massgebenden Erwägung²⁸ beginnt das Urteil zunächst konventionell. Es wird festgehalten, dass der wegen eines Irrtums angefochtene Vertrag für den Irrenden unverbindlich sei, und dass es dabei keine Rolle spiele, ob man der Anfechtungs- oder Ungültigkeitstheorie folge, denn in jedem Falle sei «Rechtsfolge der begründeten Geltendmachung des Willensmangels grundsätzlich das Dahinfallen des

24 Die fatalen Folgen dieser bundesgerichtlichen Festlegung sind vielfach beklagt worden. Ich verweise in diesem Zusammenhang nur auf meine Besprechung des Picasso-Entscheids (WIEGAND, Fn. 20) sowie auf diejenige von BGE 127 III 83 in WOLFGANG WIEGAND, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2001 und 2002, in: ZBJV 139 (2003), 814.

25 Oben unter II.

26 BGE 126 III 119; zum Entscheid WOLFGANG WIEGAND, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1999 und 2000, in: ZBJV 138 (2002), 316, 317 ff.

27 Unter Hinweis auf BRUNO SCHMIDLIN, Berner Kommentar, Band IV: Das Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilband, Unterteilband 1b: Mängel des Vertragsschlusses, Kommentar zu Art. 23–31 OR, Bern 1995, Art. 31 N 14 ff. und WIEGAND (Fn. 20), 111.

28 BGE 129 III 320, E. 7.

Vertrages ex tunc»²⁹ und erbrachte Leistungen seien zurückzuerstatten³⁰. Anschliessend wird festgehalten, dass nach traditioneller Auffassung die Rückabwicklung nach den Regeln der Vindikation und der ungerechtfertigten Bereicherung erfolge, dann aber nimmt das Urteil eine eher überraschende Wendung. Es verweist darauf, dass in der Lehre «mit guten Gründen die Auffassung vertreten [wird], nicht nur im Falle des verzugsbedingten Rücktritts vom Verträge, sondern auch bei dessen Unverbindlichkeit wegen Willensmängeln, sei von einem vertraglichen Rückabwicklungsverhältnis auszugehen, welches auf dem ursprünglichen formalen Konsens gründe.»³¹

Während sich die bisher zitierten Passagen mit den Wirkungen der Anfechtung im Allgemeinen befassen und die Verweise auf die juristische Literatur eben diese Grundsatzfrage betreffen³², wendet sich das Bundesgericht nun der «Anfechtung ganz oder teilweise abgewickelter Dauerschuldverhältnisse» zu. Nach einem Verweis auf Art. 320 Abs. 3 OR legt es dar, dass die juristische Literatur nahezu einhellig die Auffassung vertrete, «die Anfechtung eines ganz oder teilweise abgewickelten Dauerschuldverhältnisses wegen eines Willensmangels wirke als Kündigung ex nunc.»³³ Nach einem Hinweis auf gleich gelagerte Entwicklungen in benachbarten Rechtsordnungen und ein nicht publiziertes Urteil, das diesen Ansatz bereits in Erwägung gezogen hat³⁴, wendet sich das Gericht den Konsequenzen dieser Konzeption zu: «Die Behandlung der Anfechtung eines ganz oder teilweise bereits abgewickelten Dauerschuldverhältnisses als ausserordentliche Kündigung ex nunc bedeutet im Grundsatz, dass sie nicht zurückwirkt und der abgewickelte Teil des Vertrages als voll gültig erachtet wird, was für die abgelaufene Vertragsdauer im Synallagma die parteiautonom begründeten Ansprüche unberührt lässt. Damit erübrigt sich die Annahme eines sogenannt faktischen Vertragsverhältnisses, wie sie Rechtsprechung und Lehre verschiedentlich in Betracht gezogen haben³⁵ [...]. Dies gilt jedenfalls dort, wo – wie bei der Irrtumsanfechtung – die Invalidierung des Vertrages nicht von Amts wegen festgestellt, sondern durch Ausübung eines Gestaltungsrechts herbeigeführt wird. Prakti-

29 BGE 129 III 320, E. 7.1.1, 128.

30 Nur der guten Ordnung halber ist es festzustellen, dass die Gleichsetzung der Rechtsfolgen, der Ungültigkeits- und der Anfechtungstheorie wesentliche Unterschiede in der Konzeption dieser verschiedenen Arten der Unwirksamkeit verdeckt, die gerade die Ursache dafür sind, dass die Anwendung der Ungültigkeitstheorie zu nicht sachgerechten Ergebnissen führt. Dieser Punkt soll hier nicht weiter diskutiert werden, es sei nochmals auf die oben in Fn. 24 erwähnte Kritik verwiesen sowie auf die grundsätzliche Darstellung von BK-SCHMIDLIN (Fn. 27), Art. 31 N 56 ff.

31 BGE 129 III 320, E. 7.1.1, 328; BK-SCHMIDLIN (Fn. 27), Art. 31 OR N 16 ff. und 56 ff.; INGBORG SCHWENZER, Basler Kommentar, Obligationenrecht I (Art. 1–529), 3. Aufl., Basel/Genf/München 2003, Art. 31 N 15.

32 Zentral BK-SCHMIDLIN (Fn. 27), Art. 31 N 16 ff. und 56 ff.

33 BGE 129 III 320, E. 7.1.2, 328.

34 Urteil 4C.444/1994 vom 20. Juli 1995; ein Überblick über die Entwicklung in ausländischen Rechtsordnungen findet sich bei ERNST A. KRAMER, Der Irrtum beim Vertragsschluss: eine weltweit vergleichende Bestandesaufnahme, 129 f.

35 Vgl. BGE 119 II 437, E. 3b/bb, dazu WOLFGANG WIEGAND, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1993, in: ZBJV 131 (1995), 354; 110 II 244, E. 2d, dazu MARTIN HEDINGER, Leasingvertrag und Abzahlungsgeschäft, in: recht 1986, 26; EUGEN BUCHER, Basler Kommentar, Obligationenrecht I (Art. 1–529), 3. Aufl., Basel/Genf/München 2003, Art. 1 N 70 ff.; PIERRE TERCIER, La corruption et le droit des contrats, in: SJ 121 (1999), 225, 267 ff.

kabilitätsgründe wegen der Schwierigkeiten der Rückabwicklung rechtfertigen hier, dieser Willenserklärung die Bedeutung einer Kündigung beizumessen. Allerdings sind die dogmatischen Unterschiede auch nicht überzubetonen. Im Ergebnis führt die Annahme eines faktischen Vertragsverhältnisses bis zum Zeitpunkt der Irrtumsanfechtung kaum zu anderen Lösungen als die Annahme einer Vertragsbeendigung durch Kündigung.³⁶ Das vom Bundesgericht so erzielte Resultat hat bereits Zustimmung gefunden³⁷ und wird als solches kaum auf Widerstand stossen. Die bewusst ausführlich wiedergegebene Begründung gibt jedoch Anlass, Voraussetzungen und Konsequenzen dieses Ansatzes zu diskutieren.

Zunächst ist festzuhalten, dass das Bundesgericht davon ausgeht, dass der Leistungsaustausch als voll gültig und das Synallagma als wirksam begründet betrachtet werden muss. Dies ist mit der vom Bundesgericht vertretenen Ungültigkeitstheorie nur dann vereinbar, wenn man sich entschliesst, im Wege der Auslegung, «dieser Willenserklärung die Bedeutung einer Kündigung beizumessen.»³⁸ Diese Floskel wird vom Bundesgericht wohl verwendet, aber nicht als Ergebnis der Auslegung. Vielmehr kommt es zu diesem Schluss, weil die Schwierigkeiten der Rückabwicklung ex tunc einer anderen Lösung entgegenstehen. Genau diese Begründung aber ist von den Befürwortern der faktischen Vertragsverhältnisse immer als das zentrale Argument vertreten und bis heute zu Recht aufrechterhalten worden³⁹. Infolgedessen ist es nur konsequent, wenn das Bundesgericht schliesslich doch wieder zu dem Schluss kommt, dass die Situation derjenigen gleiche, die entsteht, wenn man der Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen folgt. In dieser Begründung gehen also im Ergebnis verschiedene Ansätze ineinander über, was an sich für das einzelne Urteil nicht zu beanstanden ist. Fraglich ist indessen, was für die Weiterentwicklung daraus für Konsequenzen zu ziehen sind. Ich beschränke mich dabei auf die Frage der Auflösung als solcher und werde nicht auf die weiteren, im Urteil angesprochenen und zum Teil kritisierten Punkte⁴⁰, eingehen. Im Kern geht es in dem Urteil um das eingangs hervorgehobene axiomatische Postulat von PETER GAUCH: «Weder die Tatsache des Vertragsschlusses noch jene des Vertragsverhältnisses lassen sich nachträglich aus der Welt schaffen. Sie haben bestanden, waren Wirklichkeit, woran keine Gestaltungserklärung etwas ändern kann.»⁴¹ Dieser Satz – bezogen auf den Rücktritt und die rechtsgestaltende Rücktrittserklärung – lässt sich ohne weiteres auf die Anfechtung als Gestaltungserklärung übertragen. Die Situation ist vollkommen vergleichbar, jedenfalls dann, wenn und soweit Leistungen ausgetauscht wurden. Sind die Leistungen noch nicht erbracht worden, bereiten weder der Rücktritt noch die Anfechtung Probleme. Die Frage bleibt deshalb allein, wie diesem Postulat Rechnung getragen werden soll. Das Bundesgericht hat in seiner Begründung zunächst die allgemeinen

36 BGE 129 III 320, E. 7.1.3, 329.

37 HARTMANN (Fn. 2), 1478 f.

38 BGE 129 III 320, E. 7.1.3, 329.

39 EUGEN BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl., Zürich 1988, 275 f.; WIEGAND (Fn. 35), 355, wo ebenfalls dargelegt wird, dass die faktischen Vertragsverhältnisse eine sinnvolle Lösung darstellen können.

40 HARTMANN (Fn. 2), 1478 ff. hält insb. die Zusprechung des entgangenen Gewinns für verfehlt.

41 Oben unter II (Fn. 4).

Überlegungen der Literatur zu diesem Punkt referiert, ohne sich dazu zu äussern. Dazu bestand natürlich deshalb kein Anlass, weil über ein Dauerschuldverhältnis zu entscheiden war. In der Sache aber ist das, was zum Dauerschuldverhältnis gesagt wurde, eigentlich nur vertretbar, wenn man es generalisiert und für alle Anfechtungserklärungen gelten lässt. Was das bedeutet und welche Konsequenzen sich daraus ergeben, ist abschliessend darzustellen.

VI. Postulat der Gleichbehandlung von Rücktritt und Anfechtung

Geht man von dem soeben nochmals erwähnten GAUCH'schen Postulat aus, so können auch im Falle der Anfechtung Vertragsschluss und Entstehung eines Vertragsverhältnisses nicht ausser Betracht gelassen werden. Das Bundesgericht hat in der oben wiedergegebenen Passage, vor allem unter Bezugnahme auf SCHMIDLIN, der auf Grund einer eingehenden Analyse eine Gleichbehandlung von Rücktritt und Anfechtung gefordert hat, festgehalten, dass ein solches Konzept in der Literatur vertreten werde⁴². Wesentlich und ganz im Sinne der GAUCH'schen Postulate ist die Feststellung, die das Bundesgericht daran knüpft: «Insoweit bleibt der Vertragsschluss trotz berechtigter Anfechtung nicht bedeutungslos.» Zu Recht verweist das Urteil dann darauf, dass das Bundesgericht in früheren Entscheiden «trotz Ungültigkeit des Vertrages in Beachtung dessen Synallagmas»⁴³ eine Zug-um-Zug-Rückabwicklung vorgehen hat.

Betrachtet man dies etwas distanzierter, so ergibt sich ein klares Bild. Eine Zug-um-Zug-Rückabwicklung eines ungültigen Vertrags infolge eines trotz der Ungültigkeit anerkannten Synallagmas bedeutet im Ergebnis nichts anderes als eine Rückabwicklung nach vertragsrechtlichen Grundsätzen. Infolgedessen geht es hier, ähnlich wie bei der Umwandlungstheorie, im Grunde nicht um eine völlige Neupositionierung der Rechtsprechung, sondern nur darum, dasjenige, was man schon seit langem getan hat, auf eine neue, konsistente und systemkonforme Basis zu stellen. Sie lässt sich in etwa wie folgt umschreiben: Die Geltendmachung eines Willensmangels ist die Ausübung einer rechtsgestaltenden Erklärung, die in gleicher Weise wie der Rücktritt bewirkt, dass der geschlossene Vertrag aufgehoben wird. Sind keine Leistungen erbracht worden, spielt es im Grunde keine Rolle, ob man von einer Rückwirkung ausgeht oder nicht. In beiden Fällen besteht zwischen den Parteien nach heute nicht mehr ernsthaft bezweifelter Auffassung ein auf der durch Vertragsverhandlungen und Vertragsschluss entstandenen rechtlichen Sonderverbindung beruhendes gesetzliches Schuldverhältnis, durch das die wechselseitigen Recht- und Pflichtbeziehungen geregelt werden⁴⁴. Dieses Basisrechtsverhältnis, auf das später noch einmal zurückzukommen sein wird, betrifft jedoch nicht die eigentliche Leistungspflicht. Infolgedes-

42 Eine umfassende Analyse, verbunden mit dem Postulat der Gleichbehandlung findet sich bei BK-SCHMIDLIN (Fn. 27), N 44 ff. und 97 ff.

43 BGE 129 III 320, E. 7.1.1, 328.

44 Statt aller WOLFGANG WIEGAND, Von der Obligation zum Schuldverhältnis, in: recht 1997, 85.

sen verändert die Situation sich dann und dadurch, dass Leistungen ausgetauscht werden. Dieser Leistungsaustausch basiert im Falle des Rücktritts wie der Anfechtung auf einem letztlich gescheiterten Vertragsverhältnis. Fraglich kann deshalb allein sein, ob angesichts dieses Umstandes eine unterschiedliche Behandlung auf Grund dogmatischer Ansätze gerechtfertigt ist. Ehe dazu abschliessend Stellung zu nehmen ist, sind diese Unterschiede kurz zu rekapitulieren.

Beim Rücktritt hat das Bundesgericht die traditionelle Position, nach der der Rücktritt die einmal begründete Verbindlichkeit rückwirkend beseitigt, aufgegeben und der Gestaltungserklärung nur die Wirkung beigemessen, das Rechtsverhältnis in ein Rückabwicklungsverhältnis umzugestalten. Insofern ist die Situation bei Willensmängeln keine andere. Auch hier geht es darum, dass durch eine rechtsgestaltende Erklärung ein geschlossener Vertrag und die dadurch begründeten Verpflichtungen rückwirkend beseitigt werden. Alles, was vom Bundesgericht und von GAUCH für die Ersetzung der *ex tunc*-Wirkung des Rücktritts durch die Umwandlungstheorie zu Recht und überzeugend angeführt wurde, gilt in gleicher Weise hier. Das Gegenteil lässt sich mit sachlichen Erwägungen nicht begründen, sondern allein dadurch, dass man von einem anderen dogmatischen Konzept ausgeht. Dieses Konzept ist die Ungültigkeitstheorie, die auf der Annahme basiert, dass die Verpflichtungen – zumindest einer Partei – nie entstanden sind und deshalb der erfolgte Vertragsschluss und dessen Vollzug unbeachtlich bleiben müssen. Um es auf den Punkt zu bringen: Hier stehen sich zwei von PETER GAUCH entwickelte Postulate und theoretische Positionen im Weg. Nun ist es gewiss nicht der Sinn eines Festschrift-Beitrages, den Jubilar zur Aufgabe einer seiner Positionen zu bewegen. Deshalb will ich im Folgenden versuchen, zunächst darzulegen, dass das hier postulierte Modell selbst dann Anwendung finden muss, wenn man an der Ungültigkeitstheorie festhält. Dafür sprechen eine Reihe von Erwägungen:

Die Parteien haben im Falle des anfechtbaren Vertrages ihre Leistungen im Hinblick auf ein vermeintlich bestehendes Synallagma erbracht. Die Rechtsprechung hat dieser Vorstellung dadurch Rechnung getragen, dass sie auch die Rückabwicklung als ein Zug-um-Zug-Verhältnis betrachtet hat. Dabei ist zu beachten, dass diese Konzeptionen zu einer Zeit entstanden sind, als die Vorstellung von der Struktur der Rechtsverhältnisse bei gescheiterten Verträgen noch eine andere war. Heute nimmt man – wie bereits erwähnt – allgemein an, dass auch bei gescheiterten Vertragsverhältnissen der zwischen den Parteien bestehende rechtsgeschäftliche Kontakt nicht ohne Folgen bleibt. Vielmehr entsteht daraus zwischen diesen Parteien, ungeachtet eventueller Willensmängel und Fehlvorstellungen, ein Schuldverhältnis, über dessen angemessene Bezeichnung allerdings Zweifel bestehen. Ich selbst habe es ein gesetzliches Schuldverhältnis genannt, wohl wissend, dass dieses gesetzliche Schuldverhältnis auf dem rechtsgeschäftlichen Kontakt der Parteien beruht. Andere sprechen lieber von einem gesetzlichen Schutzverhältnis. Einig ist man sich aber darin, dass trotz fehlgeschlagener vertraglicher Einigung eine rechtlich relevante Beziehung begründet wor-

den ist. Das neue deutsche Schuldrecht bezeichnet diesen seit langem anerkannten Tatbestand als ein Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht⁴⁵.

Geht man davon aus, so ist die Abwicklung eines mit einem Willensmangel behafteten und deshalb unverbindlichen Vertrages selbst dann, wenn man der Ungültigkeitstheorie folgt, nicht mehr zu verstehen als die unabhängige Geltendmachung zweier praktisch unverbundener Ansprüche. Es handelt sich vielmehr um die Rückabwicklung in einem bestehenden Schuldverhältnis. In diesem bestehenden Schuldverhältnis kommen trotz der Willensmängel nach allgemeiner Auffassung die Vorschriften des Vertragsrechts weitgehend zur Anwendung. Dies gilt für die Erfüllungsgehilfenhaftung ebenso wie für die vertraglichen Verhaltenspflichten⁴⁶. In dieses Konzept lässt sich die Vorstellung einer nach Vertragsgrundsätzen erfolgenden Rückabwicklung auch bei der Anfechtung von Verträgen nahtlos und problemlos einfügen. Sie bedeutet ja im Grunde nichts anderes, als dass was eben über die bereits bestehenden Verpflichtungen gesagt wurde, nun auch für die Rückabwicklung schon erbrachter Hauptleistungen entsprechend zur Anwendung kommt. Konkret bedeutet dies, dass die Zerstörung der zurückzuleistenden Sache durch einen Erfüllungsgehilfen nach den Regeln des Art. 101 OR zu beurteilen wäre.

Diesen dogmatischen Überlegungen können weitere zur Seite gestellt werden, etwa die folgende: Für die hier vorgeschlagene Konzeption spricht vor allem das Argument der einheitlichen Behandlung gleichgelagerter Situationen. Dass und warum dies notwendig ist, lässt sich leicht belegen: Während die herrschende Auffassung davon ausgeht, dass ein Grundlagenirrtum auch dann möglich ist, wenn sich die Vorstellung der Parteien auf zukünftige Entwicklungen und Ereignisse bezieht, vertritt GAUCH – wie andere – die Ansicht, dass es einen Irrtum über zukünftige Eigenschaften nicht geben könne⁴⁷. Folgt man nun der Auffassung von GAUCH, so erweisen sich all diejenigen Fälle, in denen die herrschende Auffassung einen Irrtum über zukünftige Eigenschaften bejaht, als Fallgruppen der *clausula rebus sic stantibus* oder der Kündigung aus wichtigem Grund. Dies hat GAUCH verschiedentlich auch zu Recht betont. Es geht also bei dem bekannten Streit, ob der Irrtum über zukünftige Sachverhalte möglich ist, nicht eigentlich darum, ob der Vertrag so gehalten werden muss, wie er geschlossen ist, sondern nur darum, welchen Weg man wählt. Folgt man der herrschenden Auffassung, so ist der Vertrag mit einem Willensmangel behaftet, was nach der bisher herrschenden Konzeption dazu führt, dass bereits Geleistetes im Wege der Kondiktion und Vindikation ausgetauscht werden muss. Folgt man dagegen der von GAUCH vertretenen Position, so liegt ein Fall der Vertragsanpassung vor, die bei vollkommen vergleichbarer Situation dazu führt, dass demjenigen, der die Anpassung begehrt, ein Recht auf Auflösung des Vertrages zugestanden wird, was allen-

45 Vgl. den neuen § 241 BGB.

46 WIEGAND (Fn. 44), 89 ff.

47 Zu dieser Problematik hat sich das Bundesgericht eingehend geäußert im Entscheid vom 21. April 2001 = 4C.34/2000; die hier massgeblichen Erwägungen sind in der Amtlichen Sammlung (BGE 127 III 300) leider nicht abgedruckt, vgl. im Einzelnen WIEGAND (Fn. 24), 803 ff.; GAUCHs Auffassung ist zusammengefasst in GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (Fn. 12) N 795 ff.

falls auch der Richter selbst aussprechen kann⁴⁸. Es bedarf nun keiner weiteren Begründung, dass es völlig inakzeptabel ist, dass die Rechtsfolgen desselben Umstandes anders beurteilt werden, abhängig davon, ob man ihn als Grundlagenirrtum oder von einer anderen dogmatischen Position aus als Rücktritt auf Grund der *clausula rebus sic stantibus* beurteilt. Dieses Beispiel – das für viele steht – verdeutlicht vielmehr, dass im Sinne einer konsistenten und sachgerechten Lösung die Rückabwicklung gescheiterter Verträge nach gleichen Grundprinzipien erfolgen muss.

Diese Prinzipien lassen sich wie folgt zusammenfassen: Ist ein Leistungsaustausch erfolgt, so haben die Parteien bei Ausübung einer Rücktritts- oder Anfechtungserklärung einander das Geleistete zurückzugewähren. Der Rückgewähranspruch, der beiden Parteien wechselseitig zusteht, beruht auf einem durch Gestaltungserklärung ausgelösten Rückabwicklungsverhältnis.

Davon zu trennen ist die Frage, ob und in welchem Umfang eine Rückabwicklung stattfindet. Im Klärschlamm-Entscheid hat das Bundesgericht festgehalten, dass eine Rückabwicklung in Bezug auf die wechselseitig ausgetauschten Leistungen, die über einen bestimmten Zeitraum angedauert hatten, nicht mehr stattfinden soll. Dieser Entscheid ist – betrachtet im Lichte der vorstehenden Ausführungen – nicht eigentlich ein Entscheid, der die Anfechtung betrifft. Er betrifft vielmehr die Frage, die eingangs aufgeworfen und immer wieder angesprochen worden ist, nämlich ob und inwieweit gelebte Verträge überhaupt rückabgewickelt werden sollen. Da nach seit langem anerkannter Auffassung bei Dauerschuldverhältnissen der Rücktritt keine Rückabwicklung bereits erbrachter Leistungen nach sich zieht, war der Klärschlamm-Entscheid, der dieselbe Auffassung für die Situation bei der Anfechtung vertritt, eine konsequente Fortentwicklung dieser Position. Sie war freilich nur möglich, wenn man anerkennt, dass die zuvor dargelegten Argumente grundsätzlich für eine Gleichbehandlung von Rücktritt und Anfechtung sprechen.

Zu diskutieren bleibt die Frage, ob das dargelegte Konzept nicht auch auf Art. 119 Abs. 2 OR auszudehnen ist. Hierzu ist kurz auf die historischen Vorbedingungen zu verweisen. Sowohl nach deutschem⁴⁹ wie nach schweizerischem Recht beruht die Anordnung des Gesetzgebers, dass bereits Geleistetes nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen zurückzugewähren ist, auf zeitbedingten historischen Konzeptionen, insbesondere auf der dem OR weitgehend zugrunde liegenden Vorstellung, dass dieses von singulären Obligationen handle. In Deutschland war deshalb, wie in der Schweiz, die Auffassung vorherrschend, dass es sich um einen besonders ausgestalteten Anspruch handle, der aber kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung als bereicherungsrechtlicher zu qualifizieren sei. Man hat sich darauf verständigt, dass das Bereicherungsrecht auf diesen Anspruch zwar prinzipiell, aber nur mit Modifika-

⁴⁸ Ausführlich BSK-OR I-WIEGAND, (Fn. 17), Art. 18 N 95 ff.

⁴⁹ So hielt § 323 Abs. 3 aBGB noch ausdrücklich fest: «Soweit die nach diesen Vorschriften nicht geschuldete Gegenleistung bewirkt ist, kann das Geleistete nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zurückgefordert werden.»; dazu HANSJÖRG OTTO, J. v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 255–327, 12. Aufl., Berlin 1979, § 323 N 50 ff. m.w.Nw.

tionen Anwendung finden könne⁵⁰. Allgemein anerkannt war der Umstand, dass bei der nachträglichen Unmöglichkeit, von der Art. 119 OR handelt, der Vertrag als solcher weder aufgelöst noch beendet ist. Vielmehr bleiben die Parteien wechselseitig verpflichtet, sofern Verpflichtungen noch einen Sinn machen. Dies ist etwa dann der Fall, wenn der Schuldner anstelle der untergegangenen Leistung ein stellvertretendes Commodum erlangt hat. Mit anderen Worten: Die synallagmatische Bindung zwischen den Parteien bleibt bestehen. Infolgedessen ist eine bereicherungsrechtliche Rückabwicklung erbrachter Leistungen mit dieser Situation schwer vereinbar. Die Anpassungen, die im Rahmen der sogenannten Schuldrechtsmodernisierung in Deutschland vorgenommen wurden, haben in diesem Punkt – unbestrittenermassen zu Recht – die bisherige unbefriedigende Situation beseitigt und die frühere Vorschrift ersetzt durch eine neue Bestimmung in § 326 BGB, welche festhält: «Braucht der Schuldner nach § 275 Abs. 1 bis 3 [Ausschluss der Leistungspflicht] nicht zu leisten, kann der Gläubiger zurücktreten.»⁵¹

Für das schweizerische Recht bleibt das von GAUCH in seiner oben mehrfach zitierten Besprechung des Bundesgerichtsurteils über die Umwandlungstheorie aufgezeigte Problem bestehen: Man wird sich rasch darauf verständigen können, dass auch im Falle des Art. 119 Abs. 2 eine Rückabwicklung nach Vertragsgrundsätzen die einzig angemessene Lösung ist⁵². Dies kann indessen nicht darüber hinwegtäuschen, dass eine solche Lösung dem klaren Gesetzeswortlaut entgegenstehen würde. Deshalb hat die deutsche Doktrin bei gleicher Ausgangslage bis zur Änderung durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz sich trotz allgemeiner Akzeptanz der Rückabwicklungstheorie in anderen Fällen nicht zu einer Entscheidung gegen den Gesetzeswortlaut durchringen können. Angesichts dieser Sachlage lässt sich wohl auch für das schweizerische Recht bei der momentanen klaren gesetzlichen Lage eine Ausdehnung des vertraglichen Rückabwicklungskonzepts auf diesen Tatbestand nicht begründen. Es wird in diesem Punkt bei der Stellungnahme bleiben, die GAUCH in seiner Besprechung des Grundsatzentscheids des Bundesgerichts bereits eingenommen hatte⁵³. Das Obergericht Luzern hat in dem mehrfach erwähnten Entscheid beklagt, dass GAUCH in «unverständlicher Weise» bei Art. 119 Abs. 2 an der einjährigen Verjährung festhalte⁵⁴. GAUCH hat darauf erwidert, dass das Obergericht Luzern wohl die Schwierigkeiten nicht berücksichtigt habe, «die sich aus dem Wortlaut von Art. 119 Abs. 2 OR ergeben.»⁵⁵ Dieser Position von GAUCH wird man bei der derzeitigen Lage uneingeschränkt zustimmen können.

Anders steht es im Hinblick auf die Anfechtung und deren Wirkungen. Hier bleibt zu hoffen, dass sich die vor allem von SCHMIDLIN überzeugend begründete und auch von mir schon früher postulierte Auffassung durchsetzen wird, dass die Anfechtung

50 GAUCH (Fn. 5), 127 f.; STAUDINGER-OTTO (Fn. 49), § 323 N 50 ff.

51 Zur vertraglichen Natur der Rückabwicklung nach erfolgtem Rücktritt vgl. oben Fn. 7.

52 Dies hatte insbesondere das OG Luzern in dem oben mehrfach zitierten Entscheid LGVE 1987 I Nr. 14 zu Recht postuliert.

53 GAUCH (Fn. 5), 127 ff.

54 LGVE 1987 I Nr. 14, 40.

55 GAUCH (Fn. 5), 127, Fn. 45.

dem Rücktritt gleichzustellen sei und dass bei Ausübung beider Gestaltungsrechte eine Rückabwicklung nach Vertragsrecht stattfindet⁵⁶. Dass dabei auch die Konsequenzen der Ungültigkeitstheorie überdacht werden sollten, ist ein Wunsch, der sich an das Bundesgericht, vor allem aber an den Jubilar richtet, der trotz seines jetzt zum Jubilieren Anlass gebenden Alters gewiss noch die Flexibilität besitzt, früher eingenommene Positionen zu überdenken.

⁵⁶ BK-SCHMIDLIN (Fn. 27), Art. 31 N 56 ff. und 97 ff.; BSK-OR I-WIEGAND (Fn. 17), Art. 119 N 18.