

klar sein, was bei einem Anschlusswechsel für die Rentenbezüger gilt. Fehlt es an einer solchen Regelung, ist davon auszugehen, dass die betreffenden Rentenbezüger vom Anschlusswechsel nicht berührt werden und Anspruch darauf haben, dass die bisherige Vorsorgeeinrichtung weiterhin die gesetzlichen und reglementarischen Leistungen erbringt. Ob diese Frage auch alleine in einem Anschlussvertrag geregelt werden kann, lässt das EVG bewusst offen.

Im vorliegenden Streitfall stellt das EVG fest, dass der Kassenvorstand am 6. Dezember 1995 ein solches Reglement über den Austritt angeschlossener Arbeitgeber erlassen hat. Nach diesem Reglement erstrecken sich die Wirkungen des Austritts auf das aktive Personal und die Rentenbezüger. Doch ist das Reglement für vorliegenden Fall nicht anzuwenden. Denn in der 1994 mit Wirkung auf den 1. Januar 1995 abgeschlossenen Anschlussvereinbarung wird als versicherter Personenkreis das gesamte Personal bezeichnet. Darunter sind nach allgemeinem Sprachgebrauch die in einem Dienst- oder Arbeitsverhältnis mit einem betreffenden Arbeitgeber stehenden Dienst- oder Arbeitnehmer zu verstehen, nicht jedoch auch Rentenbezüger. Auch der Vorbehalt im Anschlussvertrag, wonach die übrigen Modalitäten bei einem Kollektivaustritt des Arbeitgebers durch den Vorstand der Kasse festgelegt werden, kann nicht herangezogen werden. Denn die Konkretisierung des Begriffs des versicherten Personals kann nicht als blosser Modalität aufgefasst werden.

Demgemäss kommt das EVG zum Schluss, dass die den drei Gemeinden zuzuordnenden Rentner vom Anschlusswechsel nicht betroffen sind und demzufolge die Beamtenpensionskasse verpflichtet ist, ihnen weiterhin die nach Gesetz, Statuten und Versicherungsbedingungen geschuldeten Leistungen auszurichten. Die drei austretenden Gemeinden haben der Kasse den dem Anteil der ihnen zuzuordnenden Rentenbezüger entsprechenden versicherungstechnischen Fehlbetrag nicht zu bezahlen.

Dem Prozessausgang entsprechend hat die unterliegende Beschwerdeführerin die Gerichtskosten zu tragen und den drei Gemeinden eine nach dem Streitwert bemessene Parteientschädigung zu entrichten.

Bemerkungen:

Mit dem vorliegenden Urteil wird erstmals höchstrichterlich die Frage behandelt, welche Konsequenzen ein Kassenwechsel des Arbeitgebers im Bezug auf Rentner und damit bestehende Rentenleistungsverpflichtungen hat. Dies ist natürlich insbesondere dann von grosser Bedeutung, wenn ein versicherungstechnischer Fehlbetrag vorliegt, wie dies – leider – bei öffentlich-rechtlichen Kassen häufig der Fall ist. Ein versicherungstechnischer Fehlbetrag liegt dann vor, wenn die zur Deckung der Versicherungsleistungen notwendigen finanziellen Mittel nicht durch Aktiven gedeckt sind, also der Deckungsgrad der Vorsorgeeinrichtung weniger als 100 Prozent beträgt. Dass ein versicherungstechnischer Fehlbetrag bei einem Kassenwechsel eines Betriebes den aktiven Versicherten (Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer) angerechnet werden darf, hat das EVG bereits zu einem früheren Zeitpunkt unter Herrschaft des alten Rechts klar festgehalten (SZS 1995, 378, E. 2b). Wie es sich mit

Rentnerinnen und Rentnern verhält, wurde bis anhin jedoch nie entschieden.

Der vorliegende Entscheid des EVG schafft nun Klarheit in dieser Frage. Interessanterweise herrschte bei grossen Sammelstiftungen die Tendenz vor, einen Kassenwechsel von der Mitnahme der Rentnerinnen und Rentner abhängig zu machen. Stillschweigend wird davon ausgegangen, dass bei einem Kassenwechsel der gesamte Versichertenbestand zu übertragen sei. Dies ist weiter nicht zu beanstanden, doch zeigte sich rasch einmal, dass das notwendige Deckungskapital für Rentnerbezügerinnen und Rentenbezüger unter Umständen auf alten versicherungstechnischen Grundlagen berechnet war (EVK 90 oder älter). Das hatte zur Folge, dass das für diese Personen berechnete Deckungskapital zu tief berechnet war und insbesondere der gestiegenen Lebenserwartung nicht Rechnung trug. So wurde die Vornahme der entsprechenden Verstärkung des Deckungskapitals der neuen Vorsorgeeinrichtung überbunden, die dafür nicht auf die vom versicherten Bestand gebildeten Reserven oder Beiträge zurückgreifen konnte. Immerhin ist nun klar, dass für eine Übertragung von Rentnerinnen und Rentnern auf die neue Vorsorgeeinrichtung eine entsprechende reglementarische Grundlage vorhanden sein muss.

Leider hatte sich das EVG jedoch nicht mit der Frage zu befassen, wie zu verfahren ist, wenn zwar eine Übertragung erfolgt, jedoch die Berechnung des notwendigen Deckungskapitals auf veralteten Grundlagen beruht. Diese Frage wird wohl auch in Zukunft bei manchen Kassenwechseln eine Rolle spielen und es bleibt zu hoffen, dass früher oder später auch diese Frage abschliessend entschieden wird.

2. Privatrecht / Droit privé

2.5. Schuldrecht / Droit des obligations

2.5.1. Allgemeiner Teil / Partie générale

(2) Kaufvertrag: Wegbedingung der Sachgewährleistung des Verkäufers (Art. 197 und 199 OR). Unterscheidung zwischen direkter und indirekter Stellvertretung. Bestätigung der alternativen Anwendbarkeit der Rechtsbehelfe aus Irrtumsanfechtung und aus Sachgewährleistung. Die Wegbedingung der Gewährleistung verbietet es dem Käufer, als notwendige Grundlage des Vertrages das Vorhandensein von Sacheigenschaften anzusehen, für die keine Haftung übernommen wurde. Das Verhältnis zwischen Art. 199 OR und Art. 100 Abs. 1 OR wird weiter offen gelassen. Eine die Gewährleistung des Verkäufers einschränkende Vertragsbestimmung ist nach dem Vertrauensprinzip auszulegen.

Bundesgericht, I. Zivilabteilung, Urteil vom 7.12.1999, BGE 126 III 59 ff., Berufung.

Bemerkungen von Dr. iur. RUTH ARNET,
Fürsprecherin und Notarin, Wettingen/Zurzach



1. Zusammenfassung des Sachverhalts:

Die Klägerin betreibt eine Galerie für Kunstobjekte des "art nouveau" und "art déco" und ist Spezialistin für die Werke des berühmten Glaskünstlers Emile Gallé. Ende 1990 wurde ihr von einem Kunsthändler zugetragen, dass die Galerie Z. mit dem Verkauf einer Gallé-Vase für eine Kommission von Fr. 10000.– beauftragt sei. Es handelte sich dabei um eine 1903 geschaffene Vase in der Höhe von ca. 42 cm aus der Serie "vases de tristesse". Die bisherige Eigentümerin hatte die Vase ihrer Schwester, der späteren Beklagten, einige Tage vor ihrem Tod übergeben, damit die Vase verkauft und der Erlös für die Deckung der Ausbildungskosten ihrer minderjährigen Söhne eingesetzt werden könne. Die Klägerin suchte die Galerie Z. auf und prüfte die Vase mit Hilfe einer Quartzlampe. Da keine Dokumentation über die Herkunft und die Echtheit der Vase vorlag, schlug ein Mitarbeiter der Galerie Z. der Klägerin vor, das Objekt von einem Experten prüfen zu lassen; die Klägerin wies diesen Vorschlag wegen ihrer eigenen Spezialkenntnisse zurück. Die spätere Beklagte erteilte der Galerie Z. in der Folge den Auftrag zum Verkauf der Vase zum Preis von Fr. 400000.–. Einige Tage später, am 4. Dezember 1990, prüfte die Klägerin die Vase in der Galerie Z. erneut mit Hilfe einer Quartzlampe und besprach mit einem Mitarbeiter der Galerie Z. die Vertragsbestimmungen, insbesondere den Wortlaut der vertraglichen Gewährleistung für Sachmängel. Anschliessend wurde der von einer Mitarbeiterin der Galerie Z. zu Papier gebrachte Kaufvertrag durch die Klägerin und einen Mitarbeiter der Galerie Z. unterzeichnet.

Im Kaufvertrag wurde in der Präambel festgehalten, dass die Galerie Z. im Auftrag und auf Rechnung ("d'ordre et pour le compte") einer der Galerie bekannten Kundin handle. Der Kaufpreis war mit Fr. 400000.– beziffert. Die Gewährleistungsbestimmung beruhte auf den Angaben, welche die Beklagte der Galerie Z. gegenüber gemacht hatte. Wie sich dem Urteil entnehmen lässt, wurde im Vertrag erklärt, beim Kaufobjekt handle es sich um eine "vase de tristesse" von Gallé, das Kaufobjekt befinde sich im Zustand der Mängelfreiheit, es werde "tel qu'examiné" verkauft und es sei während der Besitzdauer des Veräusserers weder beschädigt noch repariert worden. Jede vorherige Garantie sei ausgeschlossen ("Toute garantie antérieure est exclue"). In der Folge wurde die Vase der Klägerin übergeben und der Kaufpreis an die Galerie Z. bezahlt.

Im Rahmen der anschliessenden Bemühungen zum Weiterverkauf machte ein Interessent die Klägerin aufgrund einer Fotografie der Vase darauf aufmerksam, dass die Höhe der Vase verändert worden sei. Die Klägerin teilte der Galerie Z. mit, die Vase sei wahrscheinlich mit einem Mangel behaftet; sie werde die Details der Mängel aufgrund einer Expertise genauer bezeichnen. Die Expertise ergab, dass die Höhe der Vase in der Zeit nach 1984, aber noch vor der Übergabe der Vase an die Beklagte, zur Beseitigung eines Risses um 2.6 cm reduziert worden war. Mit Schreiben vom 4. September 1991 an die Galerie erklärte die Klägerin den Vertrag als ungültig und verlangte dessen Rückabwicklung. Am 30. Januar 1992 machte die Klägerin auch gegenüber der Beklagten Vertragsungültigkeit wegen Willensmängeln geltend.

Am 3. Dezember 1993 erhob die Klägerin unter Berufung auf Art. 18, 24 Abs. 1 Ziff. 2 und 4, 197 und 199 OR Klage auf Zahlung von Fr. 400000.– zuzüglich Zinsen, Zug um Zug gegen Rückgabe der Vase. Die Beklagte beantragte Klageabweisung und erhob die Einrede der Verjährung. Die gerichtlich angeordnete Expertise ergab, dass der Wert der abgeänderten Vase bestenfalls noch Fr. 20000.– betrage und dass die Änderung an der Vase so gekonnt ausgeführt worden sei, dass sie nur sehr schwer und bei Prüfung mit einer Quartzlampe überhaupt nicht habe erkannt werden können. Das Kantonsgericht des Kantons Waadt wies die Klage ab, worauf die Klägerin Berufung einlegte und insbesondere geltend machte, die Vorinstanz habe die Vertragsklausel betreffend Haftungsausschluss falsch ausgelegt und übermässige Anforderungen an die von der Käuferin gemäss Art. 200 OR zu erwartende Aufmerksamkeit gestellt. Das Bundesgericht wies die Berufung ab.

2. Zusammenfassung der Erwägungen:

2.1. Das Bundesgericht prüfte zunächst die Frage, ob die Galerie Z. als direkte Stellvertreterin der Beklagten gehandelt habe (*Erwägung Ziff. 1*). Es verwies auf seine in BGE 100 II 200 formulierte *Umschreibung der direkten und der indirekten Stellvertretung*. Direkte Stellvertretung liege vor, wenn dem Vertragspartner zur Kenntnis gebracht worden sei, dass der Vertreter nicht auf eigene Rechnung, sondern für einen Dritten und in dessen Namen handle. Demgegenüber sei auf indirekte Stellvertretung zu schliessen, wenn der Stellvertreter auf Rechnung eines Dritten, aber in eigenem Namen gehandelt habe. Der Ausdruck "für Rechnung eines Dritten" ("pour le compte d'un tiers") sei in Anwendung des Vertrauensprinzips auszulegen. Das Bundesgericht prüfte in der Folge sowohl den Wortlaut des Kaufvertrages als auch die Art und den Umfang der Mitwirkung der Galerie Z. bei der Vertragsgestaltung und -abwicklung und kam zum Schluss, dass die Mitwirkung der Galerie Z. als direkte Stellvertretung zu qualifizieren sei. Die für dieses Ergebnis massgeblichen Kriterien sah das Bundesgericht im Wortlaut der Präambel des Kaufvertrages sowie darin, dass sich die Mitwirkung der Galerie Z. darauf beschränkt hatte, im Auftrag der Beklagten den Kaufvertrag auszuhandeln, die Zahlungen der Klägerin entgegenzunehmen und der Klägerin das Kaufobjekt auszuhändigen, wobei die Galerie Z. über keinerlei Autonomie verfügt habe. Entsprechend bejahte das Bundesgericht die Passivlegitimation der Beklagten.

2.2. Bei der Prüfung des geltend gemachten *Grundlagenirrtums* gemäss Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR (*Erwägung Ziff. 3*) stellte das Bundesgericht die Frage nach der Tragweite des vertraglichen Haftungsausschlusses ins Zentrum. Es verwies auf BGE 91 II 275, wonach der Käufer, welcher einer vertraglichen Haftungsbeschränkung für bestimmte Eigenschaften des Kaufobjektes zustimmt, das Risiko für das Fehlen dieser Eigenschaften auf sich nimmt, so dass im Interesse von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr die Geltendmachung eines Grundlagenirrtums ausgeschlossen sei. Auf der Basis dieser Rechtsprechung war der Klägerin die Anfechtung des Kaufvertrages wegen Grundlagenirrtums im Umfang, in welchem die Parteien die Gewährleistungs-

pflicht der Verkäuferin wegbedungen hatten, verwehrt. Ein Willensmangel gemäss Art. 24 Abs. 1 Ziff. 2 OR (*error in obiecto*) fiel ohne weiteres ausser Betracht, weil der von der Klägerin behauptete Irrtum sich lediglich auf bestimmte Eigenschaften der Gallé-Vase bezogen hatte.

2.3. Die Klärung der Frage, ob der vertragliche Gewährleistungsausschluss die Vorgaben des Art. 100 Abs. 1 OR einhalten müsse, betrachtete das Bundesgericht als entbehrlich (*Erwägung Ziff. 4*). Stattdessen prüfte es den Haftungsausschluss zum einen im Lichte von Art. 199 OR: Da nach der verbindlichen Feststellung der Vorinstanz die Beklagte von der Abänderung der Vase keine Kenntnis gehabt und da nach Ansicht des Bundesgerichtes für die Beklagte kein Verdachtsmoment bezüglich der Abänderung der Vase bestanden hatte, war keine Arglist der Verkäuferin nachgewiesen. Zum anderen verwies das Bundesgericht auf seine frühere Rechtsprechung zu Art. 200 OR, welche einen vertraglichen Haftungsausschluss dann ausser Kraft setzt, wenn der aufgetretene Mangel vollständig ausserhalb der Möglichkeiten liegt, welche ein vernünftiger Käufer in Betracht ziehen muss (BGE 107 II 161); diese Voraussetzung sah das Bundesgericht angesichts der Ungewissheit über die früheren Besitzer und die frühere Aufbewahrung der Vase als nicht erfüllt an. Bei der *Auslegung des vertraglichen Haftungsausschlusses* (*Erwägung Ziff. 5*) rief das Bundesgericht seine Praxis in Erinnerung, wonach vertragliche Bestimmungen betreffend Beschränkung der Sachgewährleistung mangels Nachweises des realen Vertragswillens der Parteien nach dem Vertrauensprinzip und restriktiv auszulegen seien (BGE 109 II 24, 91 II 344). Die Auslegung der konkreten Freizeichnungsbestimmung ergab den gültigen Haftungsausschluss für den aufgetretenen Sachmangel: Mit der Formulierung "*Toute garantie antérieure est exclue*" hatte die Beklagte nach Auffassung des Bundesgerichtes jegliche Gewährleistung für Beschädigungen und Reparaturen, welche vor ihrer "tatsächlichen Herrschaftsgewalt" über die Vase erfolgt waren, ausgeschlossen. Da nach der Feststellung der Vorinstanz die Änderung an der Vase nicht während der Besitzdauer der Beklagten oder der Galerie Z. vorgenommen worden war und das Bundesgericht diese Abänderung unter den Begriff der "Beschädigungen" bzw. "Reparaturen" im Sinne der vertraglichen Gewährleistungsbestimmung subsumierte, stand der Klägerin kein Gewährleistungsanspruch gegen die Beklagte zu. Die im Kaufvertrag enthaltene Erklärung über die Mängelfreiheit der Kaufsache ("*état exempt de défauts*") betrachtete das Bundesgericht unter Hinweis auf CAVIN (*Traité de droit privé suisse*, Band VII, S. 86) als blosser Äusserung einer Vorstellung, welche die Beklagte sich in gutem Glauben über den Zustand der Vase gemacht habe, welche den Haftungsausschluss nicht beeinträchtigt.

3. Bemerkungen:

3.1. Stellvertretungsrecht

3.1.1. Das Bundesgericht prüft die Frage nach der Passivlegitimation der Beklagten und damit nach der Natur und den Wirkungen der Vertretungstätigkeit der Galerie Z. als

materielle Sachurteilsvoraussetzung von Amtes wegen (BGE 108 II 217, 107 II 85):

Direkte Stellvertretung setzt zweierlei voraus, Vertretungsmacht und "Handeln in fremdem Namen" (statt vieler: Berner Kommentar ZÄCH N 1, N 2 ff. und N 28 ff. zu Art. 32 OR; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Schweizerisches Obligationenrecht, 7. A., Zürich 1998, N 1318 ff.). Die Vertretungsmacht der Galerie Z. war aufgrund des Schreibens, mit welchem die Beklagte der Galerie Z. den Verkaufsauftrag erteilt hatte, ohne weiteres gegeben. Das Handeln in fremdem Namen wurde mit der Präambel, wonach die Galerie "*d'ordre et pour le compte*" der Beklagten handle, ebenfalls mit ausreichender Deutlichkeit zum Ausdruck gebracht, auch wenn im Kunsthandel Kommissionsverträge nach Art. 425 OR, welche in indirekter Stellvertretung erfüllt werden, durchaus verbreitet sind. Obwohl die Galerie Z. die Identität der Verkäuferin nicht bekanntgab, der Name der Beklagten demnach auf der Vertragsurkunde gar nicht erschien, liegt ausdrückliches Handeln in fremdem Namen vor (vgl. Berner Kommentar ZÄCH, N 44 zu Art. 32 OR; von TUHR/PETER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Zürich 1979, Bd. I, 187). Die vertretene Person war über ihre Eigentümerstellung an der Gallé-Vase bestimmt. In Fällen wie diesem wird in der Lehre von einer Pflicht des Vertreters ausgegangen, den Vertretenen bei Bedarf des Dritten namentlich, d.h. mit Name und Adresse zu bezeichnen, damit der Dritte, hier die Klägerin, seine Rechte gegenüber dem Vertretenen durchsetzen kann (Berner Kommentar ZÄCH N 58 ff. zu Art. 32 mit Verweisen; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, a.a.O., N 1332).

3.1.2. Insgesamt bestätigt das Urteil die in Lehre und bundesgerichtlicher Rechtsprechung (insbesondere BGE 100 II 211 ff.) weitgehend *gesicherte Unterscheidung zwischen direkter (echter, unmittelbarer) und indirekter (unechter, mittelbarer) Stellvertretung*. In systematisch/methodischer Hinsicht sind drei Beobachtungen zu machen: Zum einen irritiert der Hinweis auf die beschränkte Mitwirkung der Galerie Z. bzw. die fehlende Autonomie der Galerie Z. bei der Vertragsgestaltung und -abwicklung, welche das Bundesgericht als wesentliches Kriterium für die rechtliche Position der Galerie betrachtete; selbst umfassende Autonomie des Vertreters würde direkte Stellvertretung in keiner Weise ausschliessen. Soweit dieser Hinweis die Auslegung der Präambel nach dem Vertrauensprinzip im Auge hatte, hätte auch geprüft werden müssen, inwieweit die fehlende Autonomie der Beklagten überhaupt bekannt bzw. für sie erkennbar war. Zum zweiten verursacht der Wortlaut einer Erwägung eine erneute Unsicherheit bezüglich der Bedeutung des subjektiven Willens des Vertreters, für den Vertretenen zu handeln: Nachdem das Bundesgericht letztmals in BGE 109 III 120 das Vorhandensein des subjektiven Vertreterwillens als Voraussetzung der direkten Stellvertretung bezeichnet hatte, präziserte es seine Rechtsprechung in BGE 120 II 200 – zur Erleichterung einiger Autoren (vgl. Berner Kommentar ZÄCH N 40 zu Art. 32 ff; Basler Kommentar, Basel 1992, OR-WATTER, N 18 zu Art. 32) – dahin, dass es nicht auf den "inneren tatsächlichen, sondern auf den nach aussen kundgegebenen und vertrauenstheoretisch

sowie tatsächlich als solchen verstandenen Vertretungswillen" ankomme. Diese Einbettung des Vertretungswillens in das Vertrauensprinzip ist in jeder Hinsicht überzeugend. Nun taucht trotzdem in den Erwägungen des vorliegenden Entscheides wieder die Formulierung auf, direkte Stellvertretung setze voraus, dass "le représentant a la volonté d'agir comme tel"; nur der Verweis auf den Bundesgerichtsentscheid in SJ 1996, 554 E. 5c, in welchem das Bundesgericht nicht auf den tatsächlichen inneren Willen des Vertreters, sondern auf den nach aussen zum Ausdruck gebrachten Vertretungswillen abstellte, macht inhaltlich klar, dass die in BGE 120 II 200 präzierte Auffassung doch Bestand hat. Und drittens fehlt es an einer konsequenten Prüfung der Auswirkungen der direkten Stellvertretung auf die Gewährleistungsansprüche der Klägerin (vgl. hinten Ziff. 3.3.1).

3.2. Vertragsanfechtung wegen Irrtums und Sachgewährleistung

3.2.1. Konzept der Alternativität von Irrtumsanfechtung und Sachgewährleistung:

Die hier eingereichte Klage, mit welcher die Klägerin wegen eines schwerwiegenden Mangels des Kaufobjektes Grundlagenirrtum geltend machte, stützte sich auf eine bundesgerichtlichen Praxis, welche in der Lehre hohe Wellen geworfen hat: Während insbesondere das deutsche, französische und wohl auch das UN-Kaufrecht im Grundsatz dem *Konzept der Exklusivität* der Rechtsbehelfe aus Sachgewährleistung folgen (ERNST A. KRAMER, *Der Irrtum bei Vertragsschluss*, Zürich 1998, 148 ff. mit Verweisen; HEINRICH HONSELL (Hrsg.), *Kommentar zum UN-Kaufrecht*, Berlin/Heidelberg/New York 1997, Art. 4 N 6 und Vorbem. zu Art. 35–44 N 5; PETER SCHLECHTRIEM, *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, 3. A., München 2000, Art. 4 N 22 ff.), versteht das Schweizerische Bundesgericht das Verhältnis der Rechtsbehelfe aus Irrtum und Sachgewährleistung beim Kaufvertrag betreffend eine Speziessache in langjähriger Praxis als alternativ. In diesem *Konzept der Alternativität* der Gewährleistungs- und der Irrtumsregeln steht dem Käufer das Recht zu, bei Vorliegen der jeweiligen Voraussetzungen zwischen den Rechtsbehelfen der Vertragsanfechtung gemäss Art. 23 ff. OR, insbesondere Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR, und der Sachgewährleistung zu wählen. Die Irrtumsanfechtung setzt nach der Bundesgerichtspraxis nur die rechtzeitige Erklärung gemäss Art. 31 Abs. 1 und 2 OR voraus; neben dieser relativen Frist gilt für die Möglichkeit des Irrenden, den Vertrag anzufechten, keine zehnjährige absolute Verjährungs- oder Verwirkungsfrist (im Gegensatz zum Anspruch auf Rückforderung des Kaufpreises: BGE 114 II 131 "Picasso"-Entscheid). Bei Berufung auf Irrtum besteht auch keine weitere Prüfungs- und Rügeobliegenheit (BGE 108 II 104, 88 II 410, 82 II 411). Diese Praxis des Bundesgerichts ist seit langem umstritten (vgl. die zahlreichen Nachweise bei GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, a.a.O., N 807, z.B. PIERRE CAVIN, *Kauf – Tausch – Schenkung*, Schweizerisches Privatrecht SPR VII/1, 1977, 121; HEINRICH HONSELL, *Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil*, Bern 1999, § 12.IV; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, *Das Schweizerische Obligationenrecht*,

Zürich 2000, GUHL/KOLLER § 42 N 63; KARIN FLESCHE, *Mängelhaftung und Beschaffenheitsirrtum beim Kauf*, Baden-Baden 1994, 53 ff. mit weiteren Verweisen). Sie ist zum einen in der Auffassung verankert, Irrtumsanfechtung und Sachgewährleistung hätten verschiedene Grundlagen und Anwendungsbereiche, so dass auch je separate Rechtsbehelfe zur Verfügung stehen müssten (BGE 114 II 136, 82 II 421), zum andern ergibt sie sich aus der Vorstellung einer besonderen Schutzbedürftigkeit des Käufers. Die Kritiker der Bundesgerichtspraxis kommen demgegenüber mit guten Gründen zum Schluss, dass bei Fehlen von wesentlichen Eigenschaften eines Kaufobjektes die Art. 197 ff. OR als *lex specialis* den Bestimmungen über den Irrtum vorgehen, die Rechtsfolgen von Sachmängeln abschliessend ordnen und dass eine Befreiung des Käufers von seinen kaufvertraglichen Obliegenheiten und die Beseitigung der kurzen Rüge- und Verjährungsfristen nur über eine Gesetzesänderung zulässig sei. Nachdem sich das Bundesgericht zuletzt in BGE 114 II 131 ausführlich mit den kritischen Lehrmeinungen auseinandergesetzt hat und obwohl – oder vielleicht gerade weil – auch der Picasso-Entscheid auf Kritik stiess (HANS MERZ, ZBJV 126, 1990, 256; WOLFGANG WIEGAND, *recht* 1989, 101 ff.; PETER GAUCH, SAG 61, 1989, 153 ff.; HEINRICH HONSELL, *Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil*, Bern 1999, 110 ff.), verzichtet es im hier zu besprechenden Entscheid auf Überlegungen grundsätzlicher Natur zu dieser Streitfrage. Ob diese angesichts anhaltender Kritik und der allgemeinen Tendenzen zur internationalen Vereinheitlichung handelsrechtlicher Bestimmungen endgültig entschieden ist, erscheint allerdings als fraglich.

3.2.2. Auswirkung des vertraglichen Gewährleistungsausschlusses auf die Möglichkeit der Irrtumsanfechtung:

Statt der Grundsatzfrage rückt das Urteil einen spezifischen Teilaspekt des Verhältnisses zwischen Irrtumsanfechtung und Gewährleistung ins Zentrum: Wegen der Alternativität der Rechtsbehelfe betreffend Irrtumsanfechtung und Gewährleistung stellt sich die Frage nach den Auswirkungen der vertraglichen Wegbedingung der Sachgewährleistung auf die Möglichkeiten der Irrtumsanfechtung. Das Bundesgericht beantwortet diese Frage unter Hinweis auf BGE 53 II 153, 79 II 161 und 91 II 275 und auf die Lehrmeinungen von GIGER (Berner Kommentar, N 25 zu Art. 199 OR) und HONSELL (Basler Kommentar, a.a.O., OR-HONSELL, N 5 zu Art. 199 OR), wonach der Käufer, welcher den Vertrag trotz Wegbedingung der Sachgewährleistung für bestimmte Eigenschaften abschliesse, das Risiko des Fehlens der nicht garantierten Eigenschaften übernehme, so dass der Grundsatz von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr ihm verbiete, diese Qualitäten als notwendige Vertragsgrundlage zu betrachten. Einem Irrtum des Käufers über den Mangel des Kaufobjektes, für welchen die Gewährleistung vertraglich ausgeschlossen wurde, fehlt es demnach an objektiver Wesentlichkeit (vgl. zur objektiven Wesentlichkeit: BGE 118 II 62, 113 II 29; statt vieler: GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, a.a.O., N 783).

Die bundesgerichtliche Praxis zu den Folgen der vertraglichen Wegbedingung der Sachgewährleistung für die Irr-

tumsanfechtung hat im Grundsatz, soweit ersichtlich, in der Lehre keine Kritik erfahren (PIERRE CAVIN, a.a.O., 121; MAX KELLER, Kaufrecht, 3. A. Zürich 1995, 113; THOMAS LÖRTSCHER, Vertragliche Haftungsbeschränkungen im schweizerischen Kaufrecht, Zürich 1977, 125 f.; Basler Kommentar, a.a.O., OR-HONSELL, N 5 zu Art. 199). Sie hat insofern eine *Einschränkung des Konzepts der Alternativität von Irrtumsanfechtung und Sachgewährleistung* zur Folge, als im Bereich der Freizeichnung die umstrittene Selbständigkeit der jeweiligen Rechtsbehelfe aufgelöst wird. Unklarheit besteht aber dort, wo nur eine Beschränkung der Sachgewährleistung vereinbart wurde: Gemäss BGE 91 II 279 ist aufgrund von "Vertragsbestimmungen, welche die Gewährspflicht weder allgemein noch hinsichtlich bestimmter Eigenschaften der Kaufsache aufheben, sondern sie nur zeitlich oder inhaltlich (mit Bezug auf die Ansprüche des Käufers) beschränken", die Irrtumsanfechtung weiterhin zulässig. Unterstützung findet dieses Ergebnis bei LÖRTSCHER, welcher es aus der Auslegung der haftungsbeschränkenden Vertragsklausel nach dem Vertrauensprinzip ableitet (LÖRTSCHER, a.a.O., 125). Bedenken äussert u.a. HONSELL. Nach seiner Auffassung kann nicht etwa im Falle, dass im Sinne einer inhaltlichen Beschränkung die Wandelung vertraglich ausdrücklich ausgeschlossen ist, die gleiche faktische Wirkung mittels einer Irrtumsanfechtung möglich sein (HEINRICH HONSELL, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, Bern 1999, 85). Abgesehen von diesem berechtigten Einwand ist zu bemerken, dass die Konturen der vom Bundesgericht formulierten Voraussetzungen dieser "Ausnahme von der Ausnahme" höchst diffus geblieben sind. Immerhin kann nach dem vorliegenden Entscheid als geklärt gelten, dass nach Auffassung des Bundesgerichts eine Beschränkung des Zeitraums, während welchem ein von der Freizeichnung betroffener Mangel entstanden ist (hier: bis zum Besitzeserwerb der Verkäuferin), nicht eine "zeitliche" oder "inhaltliche" Beschränkung im Sinne von BGE 91 II 279 darstellt; entscheidend wird in jedem Falle die Frage bleiben, wie die Parteien nach dem Vertrauensprinzip die vertragliche Regelung über die Gewährleistung und deren Beschränkungen verstehen durften und mussten.

3.3. Die Bedeutung von Art. 199 OR und Art. 100 Abs. 1 OR

3.3.1. Gemäss Art. 199 OR ist eine Vereinbarung über die Aufhebung oder Beschränkung der Gewährspflicht ungültig, wenn der Verkäufer dem Käufer die Gewährsmängel arglistig verschwiegen hat. Die bundesgerichtlichen Erwägungen zur fehlenden Arglist der Beklagten zwingen zum Nachdenken über die Bedeutung der "Wissensvertretung" bei Art. 199 OR:

In der Lehre wird davon ausgegangen, dass bei direkter Stellvertretung auch eine "Wissensvertretung" erfolge (vgl. Basler Kommentar, a.a.O., OR-WATTER, N 5 und N 25 zu Art. 32; Zürcher Kommentar BAUMANN, N 37 zu Art. 3 ZGB; VON TUHR/PETER, a.a.O., Bd. 1, 392; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, a.a.O., N 1444 ff. mit zahlreichen weiteren Verweisen). Noch nicht endgültig geklärt ist die Frage, inwiefern auch die eigene Bewusstseinslage des Vertretenen

eine Rolle spielt, ob also das jeweilige Wissen des Vertreters und des Vertretenen zu addieren sei (vgl. ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bern 1996, § 21 N 1502; VON TUHR/PETER, a.a.O., 393; vgl. auch die Hinweise im Basler Kommentar, a.a.O., OR-WATTER, N 25 zu Art. 32). In BGE 112 II 505 ("Timberlease"-Entscheid) hat das Bundesgericht Wissensvertretung des bösgläubigen Vertreters zwar abgelehnt, weil dieser wirtschaftlich identisch war mit dem täuschenden Vertragspartner, und offen gelassen, ob der böse Glaube des Vertreters dem Vertretenen stets zuzurechnen sei. Im übrigen stellt das Bundesgericht aber regelmässig auf das Wissen und den Willen des Vertreters ab, indem es in BGE 41 II 374, 43 II 491 und BGE 105 II 19 täuschendes Verhalten bzw. den Willensmangel eines Vertreters als für die Vertragsanfechtung entscheidend betrachtete, in BGE 109 II 341 ff. das Wissen von Mitarbeitern einer Unternehmung, die keine gesetzliche Organstellung innehatten, hinsichtlich der Verwendung einer möglicherweise verwechselbaren Firma der Unternehmung zurechnete und in seinem Urteil in SJ 118, 1996, 560 auch für die Simulationsabrede des Vertreters mit einem Dritten auf den Vertragswillen des Vertreters abstellte. Wenn also für die Frage nach dem Vorliegen von Willensmängeln und nach der Kenntnis besonderer Sachumstände regelmässig die Person des Vertreters im Zentrum steht, so hätte es nahe gelegen, hier (auch) die Galerie Z. als Vertreterin auf Arglist hin zu überprüfen. Stattdessen befassen sich die Erwägungen einzig mit der fehlenden Arglist der Beklagten; allfällige eigene Kenntnisse der fachkundigen Mitarbeiter der Galerie Z. als Vertreterin der Beklagten über die erfolgte Abänderung der Vase werden, wohl mangels entsprechender Vorbringen der Klägerin, zum Bedauern des interessierten Lesers in keiner Weise thematisiert.

3.3.2. Das Bundesgericht hat in seiner bisherigen Rechtsprechung die Gültigkeit von Vertragsklauseln zur Gewährleistungsbeschränkung auf Art. 199 OR abgestützt, allerdings ohne die *Anwendbarkeit von Art. 100 Abs. 1 OR* ausdrücklich auszuschliessen (BGE 107 II 166, 91 II 348, 73 II 223, 66 II 139). Für das Verhältnis der beiden Bestimmungen ist wiederum die Antwort auf die Frage entscheidend, ob Art. 199 OR als *lex specialis* die Anwendung von Art. 100 Abs. 1 OR verhindere. Das Bundesgericht lässt im hier besprochenen Entscheid diese Rechtsfrage weiter offen. In der Lehre ist die Rechtslage umstritten (vgl. die Zusammenstellung der Lehrmeinungen bei HEINRICH HONSELL, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, a.a.O., 83; THOMAS LÖRTSCHER, a.a.O., 144 ff.; INGBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bern 1998, N 24.11). Bei zusätzlicher Anwendung von Art. 100 Abs. 1 OR würde sich der Haftungsbereich des Verkäufers insofern erweitern, als nicht nur Arglist, d.h. die Verletzung einer Informationspflicht gemäss Art. 199 OR (zum Begriff der Arglist: Basler Kommentar, a.a.O., OR-HONSELL, N 6 zu Art. 199), sondern schon ein grobfahrlässiger Fehler des Verkäufers die vertragliche Haftungsbeschränkung zu beseitigen vermöchte: Der Verkäufer würde trotz des Haftungsausschlusses nicht nur für Mängel haften, die er kannte und dem Käufer nicht mitteilte,

sondern auch für Mängel, die er bei nicht grobfahrlässigem Handeln gekannt hätte. Dies könnte gerade bei einem Sachverhalt wie dem vorliegenden, in welchem eine Fachperson als Stellvertreterin handelte, aufgrund einer "Wissensvertretung" (vgl. dazu vorne Ziff. 3.3.1.) zu einer erheblichen Verschärfung der Haftung des Verkäufers und einer entsprechenden Entlastung des Käufers führen, indem der Nachweis besonderer Kenntnisse der als Vertreterin tätigen Fachperson den Ausschluss der Sachgewährleistung nicht nur bei Arglist, sondern auch bei grobfahrlässiger Unkenntnis des Mangels zu Fall bringen könnte. Daraus ergäbe sich eine auf den konkreten Einzelfall zugeschnittene Absicherung des Käufers gegenüber einem grobfahrlässigen Verkäufer, welche im Interesse einer "gerechten" Risikoverteilung nur willkommen sein kann.

3.4. Auslegung der Vertragsbestimmung betreffend Sachgewährleistungsausschluss

3.4.1. Die Erwägungen zur Auslegung der Vertragsbestimmung über den Haftungsausschluss bewegen sich in den Bahnen der bisherigen Rechtsprechung: Das Bundesgericht geht, wenn auch nicht explizit, von der Annahme aus, dass die erfolgte Abänderung der Vase unter den Begriff der "Beschädigungen" bzw. "Reparaturen" im Sinne der vertraglichen Gewährleistungsbestimmung falle. Diese Subsumtion erscheint gerechtfertigt, da unter dem Begriff der "Beschädigung" bzw. "Reparatur" ein für den Sachwert nachteiliger physischer Eingriff an der Vase verstanden werden muss; ein solcher Eingriff liegt aber nicht nur vor, wenn die Vase beschädigt und wieder in die ursprüngliche Form gebracht, sondern auch dann, wenn die äussere Gestalt der Vase – zwar handwerklich durchaus fachmännisch – dauerhaft verändert wird. Auch das Argument, wonach für die Käuferin der aufgetretene Mangel wegen des Alters der Vase und der unbekanntenen früheren Aufbewahrung nicht als vollkommen unerwartet bezeichnet werden könne, ist insofern richtig, als die Parteien nach dem Wortlaut des Haftungsausschlusses selber ausdrücklich von der Möglichkeit erfolgter Beschädigungen oder Reparaturen ausgingen. Das Bundesgericht beschäftigt sich nicht mit der Bedeutung der vertraglichen Formulierung, wonach die Übernahme des Kaufobjektes "wie geprüft" ("tel qu'examiné") erfolge; diese bewirkt zwar grundsätzlich den Ausschluss der Sachgewährleistungspflicht für Mängel, die bei ordentlicher Prüfung der Ware vor Vertragsschluss erkennbar gewesen wären, nicht aber für geheime Mängel wie dem hier aufgetretenen (Berner Kommentar GIGER, N 14 zu Art. 199 OR mit Verweisen).

3.4.2. Nähere Betrachtung verdient schliesslich eine nicht näher begründete Feststellung des Bundesgerichts, wonach die Erklärung im Kaufvertrag, die Vase befinde sich im Zustand der Mängelfreiheit ("dans un état exempt de défauts"), eine blosser Äusserung über eine im guten Glauben entstandene Vorstellung der Beklagten beinhaltet habe ("il s'agit de la manifestation d'une représentation que la vendeuse se faisait de bonne foi du vase").

Der Verkäufer haftet kraft Gesetzes für das Fehlen von vorausgesetzten und von zugesicherten Eigenschaften des

Kaufobjektes (Art. 197 OR). Werden im Kaufvertrag Angaben über die Beschaffenheit des Vertragsgegenstandes gemacht und gleichzeitig die Sachgewährleistungsansprüche wegbedungen, entsteht die Möglichkeit eines *Widerspruchs innerhalb der vertraglichen Gewährleistungsordnung*. In diesen Fällen ist nach dem Vertrauensprinzip zu ermitteln, ob die Eigenschaftsangabe als Zusicherung zu gelten hat oder unter die Freizeichnungsklausel fällt (BGE 109 II 25). Massgeblich war hier demnach die Frage, ob es sich bei der Erklärung über die Mängelfreiheit der Vase nach dem Vertrauensprinzip um eine Zusicherung im Sinne von Art. 197 Abs. 1 OR handelte. Der konkrete vertragliche Kontext ergab deutlich, dass jedenfalls für Mängel als Folge von Beschädigungen und Reparaturen der Vase, für welche die Sachgewährleistung ausgeschlossen wurde, die Erklärung nach dem Vertrauensprinzip nicht als Zusicherung verstanden werden konnte. Insofern erweist sich die eingangs zitierte Feststellung des Bundesgerichts als richtig, wenn auch zu allgemein. Denn bezüglich anderer Mängel hätte die Erklärung der Mängelfreiheit grundsätzlich durchaus als Zusicherung verstanden werden können, etwa wenn die Klägerin bei der Vertragsverhandlung mit der Galerie Z. verschiedene mögliche Mängel angesprochen hätte und das Fehlen dieser Mängel in der Erklärung über die Mängelfreiheit der Vase zusammengefasst worden wären; der publizierte Sachverhalt enthält indessen keine Angaben hierzu.

Und noch eine Bemerkung sei erlaubt: In BGE 71 II 241 vertrat das Bundesgericht die Auffassung, bei der *Zusicherung gemäss Art. 197 OR* handle es sich nicht um einen Vertragsbestandteil, sondern "um eine letzten Endes auf die Grundsätze von Treu und Glauben zurückzuführende gesetzliche Haftung, die beim Vorhandensein eines bestimmten Tatbestandes, nämlich der bestimmt umschriebenen Vorstellungsäusserung oder Aussage des Verkäufers, platzgreift" (in diesem Sinne auch BGE 73 II 220 ff., 88 II 416). In BGE 109 II 25 schlug das Bundesgericht mit der Feststellung, wonach "durch Vertragsauslegung zu ermitteln" sei, "ob die Eigenschaftsangabe als Zusicherung zu gelten hat oder unter eine Freizeichnungsklausel fällt" einen neuen Weg ein: Der Gehalt einer Eigenschaftsangabe bildete nun Gegenstand der Vertragsauslegung; damit wurde die Zusicherung gemäss Art. 197 Abs. 1 OR zu Recht als Vertragsbestandteil anerkannt. Im hier besprochenen Entscheid bewegt sich das Bundesgericht wiederum auf dem alten Pfad, denn den Ausführungen von CAVIN (a.a.O., 86), auf welche das Bundesgericht für die Bedeutung der Erklärung der Mängelfreiheit verweist, liegt BGE 73 II 220 ff. und damit die Auffassung von einer "gesetzlichen Haftung aus Zusicherung" zugrunde. Wie weit die bundesgerichtliche Formulierung mit Bedacht an die alte Praxis anknüpft, mag hier offen bleiben. Festzuhalten ist, dass kein überzeugender Grund dafür spricht, die Qualifikation einer Eigenschaftsangabe als Zusicherung gemäss Art. 197 OR aus dem Kontext einer Vertragsbestimmung und dem Konzept des Vertrauensprinzips herauszulösen und die Haftung aus Zusicherung als gesetzliche Haftung zu verstehen (vgl. die Ausführungen bei Berner Kommentar GIGER, N 8 ff. zu Art. 197 OR; Basler Kommentar, a.a.O., OR-HONSELL, N 14

zu Art. 197). Auch wenn die beiden vom Bundesgericht beschrittenen Wege schliesslich zum gleichen Ziel führen: Die zuverlässige Route über die Auslegung der Eigenschaftsangabe als Teil der konkreten vertraglichen Gewährleistungsordnung nach dem Vertrauensprinzip ist dem "Seitenpfad" einer gesetzlichen Haftung aus Zusicherung vorzuziehen!

3.5. Abschliessende Bemerkungen

Der Entscheid überzeugt durch Beschränkung auf die urteilsrelevanten Ausführungen und die treffende Analyse des Inhaltes des vertraglichen Haftungsausschlusses. Wegen der spezifischen Praxis zu den Auswirkungen der Wegbedingung der Sachgewährleistungspflicht auf die Irrtumsanfechtung, wonach die Freizeichnung die Berufung auf Irrtum verunmöglicht, hätte das Konzept der Spezialität der Sachgewährleistungsregeln gegenüber der Irrtumsanfechtung im vorliegenden Fall kein anderes Resultat bewirkt. Im Ergebnis führt uns das Urteil die Konsequenzen des Ausschlusses der Sachgewährleistung drastisch vor Augen: Wir wissen zwar nicht, zu welchem Preis die Schwester der Beklagten die Vase ihrerseits erworben hatte. Geht man aber vom effektiven Wert der abgeänderten Vase von Fr. 20000.– aus, so hat sich das tatsächliche Vermögen der Verkäuferin bzw. ihrer Nichten und Neffen durch diesen Kaufvertrag um den Betrag von Fr. 380000.– erhöht. Die Leichtfertigkeit, mit welcher die Käuferin den Vorschlag der Galerie betreffend Expertisierung in den Wind geschlagen hat, besänftigt aufkeimende Zweifel an der Richtigkeit dieser "wundersamen Wertvermehrung".

7. Strafrecht / Droit pénal

7.1. Strafrecht – Allgemeiner Teil / Droit pénal – Partie générale

(3) Vorsatz bezüglich der Übertragung des HI-Virus durch ungeschützte heterosexuelle Sexualkontakte.

Bundesgericht, Kassationshof, 20.10.1999, *X c. Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich und Y*, BGE 125 IV 242, Nichtigkeitsbeschwerde (vgl. auch BGE 125 IV 255).

Bemerkungen von
Prof. Dr. HANS VEST, St. Gallen



Zusammenfassung des Sachverhalts:

X und Y hatten seit Ende 1981 eine intime Beziehung, der 1983 eine Tochter entspross. Ihre Beziehung war starken Schwankungen unterworfen, wobei Phasen des Zusammenlebens mit längeren Phasen der Trennung wechselten. Als 1991 die Wiederaufnahme der Beziehungen zur Diskussion stand, machte Y diese vom Ergebnis eines HIV-Tests abhängig, womit X einverstanden war. Auf die in Folge gestellte Frage der Y nach dem Testergebnis gab X wahrheitswidrig an, sein Befund sei negativ. In Wirklichkeit hatte

er sich bereits 1990 einem Test unterzogen und wusste seit diesem Zeitpunkt, dass er HIV-positiv war. Im Vertrauen auf die Richtigkeit der Angaben von X nahm Y die intimen Beziehungen zu ihm wieder auf und wurde von ihm mit dem HI-Virus angesteckt. In derselben Zeitperiode hatte X mehrfach ungeschützten Sexualverkehr mit Z, die nicht infiziert wurde.

Zusammenfassung der Erwägungen:

Der Kassationshof bestätigte auf Nichtigkeitsbeschwerde des X dessen Verurteilung durch das Geschworenengericht Zürich. Er erkannte auf schwere Körperverletzung gemäss Art. 122 Abs. 1 StGB und Verbreiten menschlicher Krankheiten gemäss Art. 231 StGB sowie bezüglich beidem auf mehrfach vollendeten Versuch dazu.

Das Bundesgericht unterstreicht zunächst seine Rechtsprechung, die HIV-Infektion sei auch im symptomlosen Stadium II (sog. Latenzphase) eine gefährliche Krankheit im Sinne des Art. 231 StGB. Die Infektion führe (auch nach dem heutigen Kenntnisstand und bei Einsatz der heute verfügbaren Medikamente) nach ungewisser, relativ langer Zeit bei vielen Betroffenen zum Ausbruch der Immunschwäche AIDS und anschliessend mit hoher Wahrscheinlichkeit zum Tode. Die HIV-Infektion sei damit lebensgefährlich. Die Rechtsprechung, nach welcher sich für die Annahme von Lebensgefahr die Möglichkeit des Todes dermassen verdichtet haben muss, dass sie zur ernstlichen und dringlichen Wahrscheinlichkeit wurde, bedeute nicht, dass die Lebensgefahr zwingend "eine zeitlich unmittelbare, akute sein müsse". Massgebend sei, dass (wie bei der HIV-Infektion) "eine erhebliche Wahrscheinlichkeit eines tödlichen Verlaufs" bestehe (247 f. E. 2.b/dd).

Der Beschwerdeführer hatte sich darauf berufen, er habe nicht mit Eventualvorsatz gehandelt, so dass ihm nur bewusste Fahrlässigkeit vorgeworfen werden könne. Die Infektionswahrscheinlichkeit beim ungeschützten Geschlechtsverkehr liege im Promillebereich. Ein Rückschluss auf Eventualvorsatz sei daher erst bei zahlreichen ungeschützten Sexualkontakten oder bei besonders riskanten Praktiken möglich. Der Kassationshof verweist auf seine ständige Rechtsprechung, wonach Eventualvorsatz vorliege, wenn der Täter den Eintritt des Erfolges bzw. der Tatbestandsverwirklichung für möglich hält, aber dennoch handelt, weil er den Erfolg für den Fall seines Eintritts in Kauf nimmt, sich mit ihm abfindet, mag er ihm auch unerwünscht sein. Der Unterschied zwischen dem eventualvorsätzlich und dem bewusst fahrlässig handelnden Täter liege beim Willenselement. Letzterer vertraue (aus pflichtwidriger Unvorsichtigkeit) darauf, dass der als möglich erkannte Erfolgseintritt nicht eintrete (251 E. 3c).

Das Wissen und Wollen im Sinne von Art. 18 Abs. 2 StGB betreffe innere Tatsachen und sei deshalb gemäss Art. 273 Abs. 1 lit. b) und 277^{bis} BStP Tatfrage auch für den Fall, dass der Vorsatz allein durch den Schluss von äusseren Umständen auf innere Tatsachen nachgewiesen werde. Da sich dabei jedoch Tat- und Rechtsfragen teilweise überschneiden und sich der Sinngehalt der zum Eventualvorsatz entwickelten Formeln nur im Lichte der tatsächlichen