

## Lektion 5 Sachverhalt Nr. 1

Verkäufer Viktor ist Juwelier und Goldschmied. In einem Schaufenster seines Geschäftes stellt er einen Damenring mit blauem Opal und 25 Brillanten aus. Den Preis für diesen Ring setzt er auf Fr. 13800 fest. Aus Versehen bringt er aber eine Preisetikette an, auf der ein Verkaufspreis von Fr. 1380 vermerkt ist. Käufer Kurt betritt das Geschäft Viktors und wünscht den ausgestellten Ring zu kaufen. Ein Angestellter Viktors bedient Kurt, stellt das „Echtheits-Zertifikat“ für den Ring aus und übergibt alsdann Kurt den Ring zum angeschriebenen Preis von Fr. 1'380. *Den Vertragsschluss haben wir bereits in der ersten Stunde bejaht. Kann Viktor den Vertrag anfechten?*

### Lösungsvorschlag Nr. 1

Der relevante Irrtum ist in Art. 24 Abs. 1 Ziff. 3 OR erfasst. Viktor hat sich eine Leistung von erheblich geringerem Umfang versprechen lassen, als es sein Wille war. Sein Wille war auf Fr. 13'800 gerichtet, seine Äusserung auf einen Zehntel davon. Die Erheblichkeit beurteilt sich nach den konkreten Umständen, auch nach der Gewinnmarge – selbst kleinere Differenzen können bei geringen Gewinnmargen eine Rolle spielen.<sup>1</sup> Die vorliegende Diskrepanz mit Faktor 10 ist ohne Zweifel gross genug, um die Erheblichkeit zu bejahen.

Das alles ist unproblematisch, aber kann man grundsätzlich einen Vertrag anfechten, der lediglich aufgrund des *Vertrauensprinzips* zustande gekommen ist? Ist die Anfechtung noch mit Treu und Glauben vereinbar (Art. 25 Abs. 1 OR), wenn schon der Konsens nur dank Treu und Glauben besteht? Zellweger-Gutknecht/Bucher sehen in Art. 7 Abs. 3 OR eine Norm, die das Vertrauen des Publikums schützt. Für die Berücksichtigung des wahren Willens hinter der Preisanschrift sei kein Raum. Sie leiten dies aus dem Wortlaut ab, der eine Willenserklärung *fingiert*, also auch dann für existent erklärt, wenn gar keine oder eine mangelhaft gebildete Willensäusserung stattgefunden hat.<sup>2</sup> Wenn es auf den Willen aber nicht ankommt, kann es folglich auch auf dessen Unrichtigkeit nicht ankommen – der Gedanke hat etwas für sich, ist jedoch nicht herrschende Lehre und ständige Rechtsprechung. Unabhängig von Art. 7 OR ist es so, dass auch ein nach Vertrauensprinzip erstellter Konsens anfechtbar ist.<sup>3</sup> Das Vertrauen Kurts findet aber trotz Anfechtung Schutz. Art. 26 OR gewährt Schadenersatz gegen die Person, die sich fahrlässig geirrt hat. Die Fahrlässigkeit

---

<sup>1</sup> Vgl. CHK-Kut, OR 23-24 N 24.

<sup>2</sup> Vgl. BSK OR I-Zellweger-Gutknecht, Art. 7 N 11: *«Massgeblich ist allein das Faktum der Preisanschrift: Der Geschäftsherr hat zu gewährleisten, dass zu angeschriebenen Preisen verkauft wird bzw. dass die gemachten Preisanschriften sich im Rahmen seiner Intentionen halten; diesbezügliche Fehlerrisiken liegen allein bei ihm. Siehe aber BGE 105 II 23, der eine Irrtumsanfechtung eines aufgrund irrtümlicher Preisauszeichnung geschlossenen Verkaufs zulässt (einlässliche Kritik bei Bucher/Wiegand, Übungen im Obligationenrecht: Fallsammlung mit Lösungsvorschlägen, 3. Aufl., Zürich 2001, Fall 13, insb. 216 ff. [www.eugenbucher.ch] Nr. 78)].»* und Bucher/Wiegand, Übungen im Obligationenrecht, Fall 13, 216 ff.

<sup>3</sup> Vgl. Schwenger, N 27.42; BGE 105 II 23 ff., 25 f.: *„Die Vorinstanz verwehrt dem Kläger die Berufung auf Irrtum, weil derjenige, der sich verschrieben oder versprochen habe, nur dann Irrtum geltend machen dürfe, wenn er nachweisen könne, dass die Gegenpartei beim Vertragsschluss bösen Glauben gehabt habe. Für ihre Auffassung stützt sich die Vorinstanz auf VON BÜREN (...). In der Tat wird von einem Teil der Lehre die Meinung vertreten, dass der Vertrauensgrundsatz den Vertrag in jeder Hinsicht beherrsche. Dem Irrenden sei deshalb die Berufung auf Irrtum versagt, wenn nach dem Vertrauensgrundsatz der Vertrag als geschlossen betrachtet werden müsse (...). Ob das zutrifft oder ob auch in einem solchen Fall die Anwendung der Irrtumsregeln uneingeschränkt offen steht, ist indes eine Streitfrage, die seit langer Zeit erörtert wird, wobei besonders in der deutschen Lehre der erstgenannten Ansicht das Wort geredet wird (...). Für das schweizerische Recht hat das Bundesgericht in dieser Kontroverse bereits in BGE 34 II 531 E. 7 Stellung genommen, wo es zu Art. 19 aOR, der dem geltenden Art. 24 OR entspricht, ausführte, in Fällen, wo ein wesentlicher Irrtum vorliege, stelle das Gesetz auf den von der Erklärung abweichenden Willen ab. Es berücksichtige nämlich „entgegen den einseitigen Interessen der Verkehrssicherheit auch die Interessen des Schuldners und findet den Ausgleich nicht in einer Beschränkung der Anfechtungsmöglichkeit, sondern in der Schadenersatzpflicht“ des fahrlässig Irrenden. Später prüfte das Bundesgericht dann in einem Fall, in dem es das Zustandekommen des Vertrages in Anwendung des Vertrauensgrundsatzes bejaht hatte, ohne weiteres auch die Frage, ob der Vertrag allenfalls infolge Erklärungsirrtums einseitig unverbindlich sei (...).“*

schliesst die Anfechtung nicht aus, bzw. macht sie nicht treuwidrig im Sinne von Art. 25 Abs. 1 OR. Wäre dies so, hätte Art. 26 Abs. 1 OR keine Bedeutung mehr.<sup>4</sup>

## Sachverhalt Nr. 2

Tierzüchter Tanner hat zwei von ihm selber ausgewählte Mülleramazonen-Papageien von Verkäufer Viktor gekauft, der auf seine „gesunden Vögel“ und eine sorgfältig durchgeführte Quarantäne hinwies. Als diese drei Jahre nach Ablieferung am Pacheco-Virus, das eine Inkubationszeit von mindestens vier Jahren kennt, erkranken und verenden, will Tanner „den Vertrag loswerden“. *Kann Tanner den Vertrag anfechten? Ändert sich am Resultat etwas, wenn Tanner irgendwelche zwei Mülleramazonen-Papageien aus Viktors Zucht gekauft und Viktor später die beiden tatsächlich gelieferten Vögel ausgewählt hätte, die zufällig beide infiziert waren?*

## Lösungsvorschlag Nr. 2

Die Gesundheit der Vögel muss nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr eine notwendige Grundlage des Vertrags darstellen, damit sich der Käufer auf den Irrtum berufen kann (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR). Sie muss also für die Willensbildung des Käufers *conditio sine qua non* sein (subjektive Wesentlichkeit).<sup>5</sup> Auch vom Standpunkt des loyalen Geschäftsverkehrs muss der fragliche Sachverhalt eine notwendige Grundlage des Vertrages darstellen (objektive Wesentlichkeit).<sup>6</sup> Die Gesundheit der Vögel ist für jeden Vogelzüchter generell sehr wichtig, weil es den übrigen Bestand gefährdet. Auch der Verkäufer muss die Bedeutung dieses Sachverhalts erkennen können (strittig).<sup>7</sup> Aus den Umständen im Sachverhalt lässt sich dies bejahen – immerhin erwähnt Viktor von sich aus die Gesundheit der Vögel und die Quarantäne. Die Erkennbarkeit ist deshalb auch für Viktor sicher zu bejahen.

Der Irrtum muss im Zeitpunkt des Vertragsschlusses vorliegen (vgl. Art. 23 OR). Der Sachverhalt erwähnt, dass die Vögel das Virus schon vor Vertragsschluss in sich trugen. Tanner hat sich also im Zeitpunkt des Vertragsschlusses über die Gesundheit der konkret ausgewählten Vögel geirrt. Er muss dies innert der Frist des Art. 31 Abs. 1 und 2 OR geltend machen, *also innert eines Jahres seit Entdeckung des Irrtums*. Er hat folglich das Recht, den Vertrag anzufechten und den Kaufpreis zurückzuverlangen.

*Anmerkung: Eigentlich wäre die Krankheit der Vögel ein Fall für die kaufrechtliche Sachgewährleistung (Art. 197 Abs. 1 OR), insbesondere für die Wandlung, kombiniert mit einem Schadenersatzanspruch gemäss*

---

<sup>4</sup> Vgl. BGE 105 II 23 ff., 26: „Auf dieser Linie liegt schliesslich auch ein neuerer Entscheid, wo dargelegt wird, der Umstand allein, dass der Irrende den Irrtum seiner eigenen Fahrlässigkeit zuzuschreiben habe, mache die Berufung auf Irrtum nicht missbräuchlich im Sinne von Art. 25 OR; andernfalls verlöre Art. 26 OR, der den fahrlässig Irrenden zum Ersatz des aus dem Dahinfallen des Vertrages erwachsenen Schadens verpflichtet, seine Bedeutung (...).“

<sup>5</sup> Vgl. BSK OR I-Schwenzer/Fountoulakis, Art. 24 N 21.

<sup>6</sup> Vgl. BSK OR I-Schwenzer/Fountoulakis, Art. 24 N 22.

<sup>7</sup> Vgl. BSK OR I-Schwenzer/Fountoulakis, Art. 24 N 23, m.w.H. und Schwenzer, N 37.27: „Kauft z.B. jemand ein Auto, um es nach Kalifornien zu exportieren, wo strengere Abgasvorschriften als in der Schweiz gelten, in der irrigen Meinung, die dortigen Werte würden eingehalten, so ist der Irrtum zweifellos subjektiv und objektiv wesentlich. Zur Anfechtung kann er aber erst berechtigen, wenn die Verkäuferin den besonderen Verwendungszweck und die daraus resultierenden Anforderungen an die Eigenschaften des Autos kannte oder kennen musste.“; das Bundesgericht verlangt das Erfordernis der Erkennbarkeit regelmässig, vgl. BGER 4C.37/2004, E. 3.2: „Zusätzlich muss es für die Gegenpartei erkennbar gewesen sein, dass der fälschlich angenommene Sachverhalt für den Irrenden Geschäftsgrundlage war (BGE 130 III 49 E. 1.2; 127 V 301 E. 3c S. 308; 118 II 297 E. 2b; 113 II 25 E. 1a S. 28 f. und 1b S. 29; 110 II 293 E. 5b S. 303; Frage offen gelassen in BGE 114 II 131 E. 2c). Ein Grundlagenirrtum darf nur angenommen werden, wenn der Vertragspartner bei gebührender Sorgfalt hätte erkennen müssen, welche Bedeutung der entsprechende Sachverhalt für den Irrenden hatte. Nur wenn diese Erkennbarkeit gegeben ist, darf der Irrende den Sachverhalt nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als Geschäftsgrundlage betrachten. Anders würde der Vertragspartner mit einem nach Treu und Glauben nicht zu vereinbarenden Geschäftsrisiko belastet (...).“

Art. 208 Abs. 2 OR, ohne Verschuldenserfordernis.<sup>8</sup> Es ist jedoch gemäss ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts möglich, als Alternative auch Schadenersatz nach Art. 97 Abs. 1 OR zu verlangen oder den Vertrag wegen Grundlagenirrtums anzufechten.<sup>9</sup> Ansprüche aus Sachgewährleistung wären vorliegend aber ohnehin verjährt (vgl. Art. 210 Abs. 1 OR).

**Zusatzfrage:** Es wäre dann ein Gattungskauf (im Gegensatz zum Stückkauf). Beim Gattungskauf ist die Anfechtung grundsätzlich ausgeschlossen, weil im Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht bekannt ist, mit welchem Stück aus der Gattung erfüllt wird.<sup>10</sup> Auch der Irrtum über einen zukünftigen Sachverhalt ist gemäss Bundesgericht ausgeschlossen, weil man mit Mängeln immer rechnen müsse.<sup>11</sup> Folglich kann er sich über die Beschaffenheit der Vögel im Zeitpunkt des Vertragsschlusses auch noch nicht irren. Eine Ausnahme besteht nur dann, wenn alle Vögel innerhalb des relativen Gattungsbegriffes das Virus in sich tragen.<sup>12</sup> Die Anfechtung des Vertrags wäre dann möglich – weil sich Tanner im Zeitpunkt des Vertragsschlusses über die Beschaffenheit der Vögel irren konnte. Alternative Begründungen (nicht h.L.) zur Zulässigkeit des Grundlagenirrtums auch bei Gattungsschulden lassen sich durch eine Verschiebung des relevanten Zeitpunkts auf den Gefahrenübergang<sup>13</sup> oder mit dem Irrtum über zukünftige Sachverhalte<sup>14</sup> anknüpfen.<sup>15</sup>

### Sachverhalt Nr. 3

Tanner will sich die Rechte an allen Grundstücken des von ihm betriebenen Skigebietes sichern. Deshalb schliesst er mit Weber, durch dessen Parzelle eine Skipiste führt, einen Kaufsrechtsvertrag über die Parzelle ab, wonach Tanner in den nächsten zwölf Jahren berechtigt sei, das Grundstück zum Preis von Fr. 150'000 plus seither aufgelaufener Teuerung zu erwerben. *Welcher Form bedarf dieser Vertrag? Kann man diesen Vertrag mit diesem Inhalt abschliessen?*

Tanner übt das Kaufsrecht am 4. August aus. Weber verkauft mit öffentlicher Urkunde am 5. August das Grundstück an Schmid. Sie lassen den Erwerb Schmidts im Grundbuch sofort eintragen. Weber und Schmid vereinbaren, dass Schmid ihm im Gegenzug ein lebenslängliches und unentgeltliches Wohnrecht an der Liegenschaft auf der Parzelle einräume. Sie tun dies, um das Kaufsrecht Tanners auszuhebeln. *Was kann Tanner tun?*

### Lösungsvorschlag Nr. 3

Der Vertrag über ein Kaufsrecht bedarf der öffentlichen Beurkundung (Art. 216 Abs. 2 OR). Die Einräumung eines Kaufsrechts ist allerdings nur für maximal zehn Jahre möglich (Art. 216a OR). Somit verstösst der Inhalt gegen Art. 216a OR. Die sinnvollste Folge davon wäre die Reduktion auf die erlaubten zehn Jahre

---

<sup>8</sup> Beim berühmten Mülleramazonen-Papageienfall ging es um den kaufrechtlichen Schadenersatzanspruch nach Art. 208 Abs. 2 OR, vgl. BGE 133 III 257 ff., Internet: [http://jumpcgi.bger.ch/cgi-bin/JumpCGI?id=BGE\\_133\\_III\\_257](http://jumpcgi.bger.ch/cgi-bin/JumpCGI?id=BGE_133_III_257), als Video auch bei youtube abrufbar: <http://www.youtube.com/watch?v=YqIn4I8k2BE> (6.11.2020).

<sup>9</sup> Vgl. statt vieler BGE 114 II 131 ff., 134 und BGE 82 II 411 ff., 416; vgl. dazu statt vieler CHK-Kut, OR 23-24 N 8 f. und Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 806 f.

<sup>10</sup> Vgl. zu diesem Problem Rusch, Grundlagenirrtum bei mangelhaften Gattungssachen und Werken, SJZ 2010, 553 ff.; vgl. BGer 4C.300/2006, E. 5.3; vgl. BGE 94 II 26 ff., 29; vgl. Honsell, SJZ 2007, 137 f.; vgl. ZK-Schönle/Higi, OR 197 N 69a, 298, 314 und 317; vgl. BK-Giger, vor OR 197-210 N 61 e contrario; vgl. CHK-Müller-Chen, OR 197 N 9; vgl. BSK OR I-Honsell, vor Art. 197-210 N 9, zweiter Abschnitt.

<sup>11</sup> Vgl. BGer 4C.300/2006, E. 5.2 und 5.3.

<sup>12</sup> Vgl. ZK-Higi, OR 197 N 314 und 317; vgl. BGer 4C.300/2006, E. 5.1.

<sup>13</sup> So geschehen in BGer 4C.321/2006, E. 4.3.1: "L'acheteur peut donc invalider le contrat, aux conditions de l'art. 24 al. 1 ch. 2 CO, s'il découvre qu'on lui a vendu une chose défectueuse, pour autant que le défaut ait déjà existé au moment du transfert des risques ou qu'il ait pour origine un défaut ayant déjà existé à ce moment-là."

<sup>14</sup> Vgl. dazu BSK OR I-Schwenzer/Fountoulakis, Art. 24 N 18, mit weiteren Hinweisen.

<sup>15</sup> Zum Ganzen siehe Rusch, SJZ 2010, 553 ff., insbes. 556 ff.

aufgrund des hypothetischen Parteiwillens (vgl. Art. 20 Abs. 2 OR).<sup>16</sup> Vorliegend haben die Parteien das Kaufsrecht nicht ins Grundbuch eintragen lassen – ansonsten könnte es Tanner direkt gegen Schmid ausüben. Das Kaufsrecht ist aber zwischen Weber und Tanner auch ohne Eintragung im Grundbuch gültig, entfaltet aber keine *realobligatorische Wirkung* gegenüber jedem Erwerber, weil die Eintragung fehlt.<sup>17</sup>

Schmid hat das Grundstück gekauft. Schmid verletzt damit den Vertrag zwischen Weber und Tanner, den Tanner durch Ausübung des Kaufsrechts hat entstehen lassen. Das ist grundsätzlich noch kein Problem. Die Verletzung vertraglicher Rechte Dritter ist erst dann problematisch, wenn *qualifizierte Umstände* vorliegen.<sup>18</sup> Solche liegen vor, wenn beispielsweise der Dritte dem Verkäufer verspricht, Schadenersatzansprüche aus dem gebrochenen Vertrag zu übernehmen (Verleiten zum Vertragsbruch),<sup>19</sup> oder wenn das planmässige Verfahren dazu dient, ein Kaufsrecht zu umgehen und dem Verkäufer den Genuss an den Grundstücken zu belassen.<sup>20</sup> Vorliegend sprechen die Indizien klar gegen Schmid und Weber: Ein Verkauf, der die Nutzungsverhältnisse praktisch gleich belässt wie vor dem Kauf und die zeitliche Nähe zur Ausübung des Vorkaufsrechts. Nur schon dies deutet auf ein planmässiges und abgesprochenes Verhalten Webers und Schmid hin, was die ganze Angelegenheit besonders anstössig wirken lässt. Der Kaufvertrag mit Schmid ist folglich nichtig, weil sittenwidrig; auch Schmid wäre wegen sittenwidriger Schädigung haftbar (Art. 41 Abs. 2 OR). Tanner kann von Weber die Erfüllung des Vertrages, aber auch von Schmid die Herausgabe der Grundstücke verlangen – in Anwendung des Art. 98 Abs. 3 OR.<sup>21</sup> Der Anspruch gegen Weber lässt sich gut mit dem

---

<sup>16</sup> BSK OR I-Fasel, Art. 216a N 2: «Bei Rechten, die für eine unbegrenzte Zeit bestellt werden, ist in Anwendung von Art. 20 Abs. 2 die übermässige Dauer auf das gesetzlich zulässige Mass herabzusetzen, und nicht etwa von einem nichtigen Vertrag auszugehen.»

<sup>17</sup> CHK-Binder, OR 216a N 1.

<sup>18</sup> Vgl. Schwenzer, N 32.33; vgl. Gauch/Schluop/Schmid/Emmenegger, N 674, m.w.H.; vgl. BGE 104 II 91 ff., 97 f.: „Absolute Rechte richten sich gegen jedermann, relative gegen eine oder mehrere Personen, die bestimmt oder bestimmbar sind. Die Forderung aus einem Schuldverhältnis, auch aus einem vertraglichen, ist das typische Beispiel eines relativen Rechts, weil sie auf einer Sonderbeziehung zwischen bestimmten Personen beruht und nur dem Schuldner, nicht aber einem unbeteiligten Dritten entgegengehalten werden kann. Das Bundesgericht hat es deshalb seit Jahrzehnten abgelehnt, in der Verletzung vertraglicher Rechte durch Dritte eine widerrechtliche Handlung im Sinne von Art. 41 Abs. 1 OR zu erblicken (...); es hat daran auch in der neueren Rechtsprechung festgehalten (...), und die herrschende Lehre ist ihm gefolgt (...). Dass ein Dritter neben dem Schuldner, der den Vertrag unmittelbar verletzt, zu Schadenersatz verpflichtet werden kann, wenn ihm die vertragliche Bindung bekannt ist, wird nur vereinzelt angenommen, (...). Diese Auffassung vermochte sich indes nicht durchzusetzen; sie stiess vielmehr auf berechtigte Kritik, weil sie der Rechtsentwicklung zuwiderläuft (...) und dazu führen würde, zwischen absoluten und relativen Rechten wieder eine Zwischenstufe anzunehmen (...). Nach der angeführten Rechtsprechung kann dagegen in der Verleitung zum Vertragsbruch und in der Ausbeutung einer Vertragsverletzung ein sittenwidriges Verhalten im Sinne von Art. 41 Abs. 2 OR erblickt werden und eine Schadenersatzpflicht des Dritten deshalb als begründet erscheinen. Dies setzt aber besondere Umstände voraus, welche die Ausdehnung der Haftung rechtfertigen, was z.B. anzunehmen ist, wenn der Vertrag mit Wissen des Dritten in Schädigungsabsicht verletzt wird (...). Auch diese Grundsätze werden von der Lehre gebilligt, die jedoch mit Recht hervorhebt, dass die Ausdehnung der Haftung als Ausnahme zu verstehen und davon nur mit Zurückhaltung Gebrauch zu machen ist (...).“

<sup>19</sup> Vgl. die Überlegungen bei BGH, Urteil vom 2. Juni 1981 – VI ZR 28/80, NJW 1981, 2184 ff., 2186: „Indes kann sein Beitrag zum Vertragsbruch auch bei Fehlen einer „vertragsfeindlichen“ Gesinnung schon wegen des Missverhältnisses seiner Intervention zur Rechtsordnung im Objektiven sittenwidrig sein. Das gilt gerade für den Einsatz einer Freistellungsklausel als Mittel zur Sicherung des Erstvertrags. Für die Beurteilung derartiger Zusagen des Dritten ist bereits im Objektiven der Widerspruch zur Rechtsordnung von Gewicht, den der Einsatz dieses Mittels zu diesem Zweck aufzeigt. Denn durch die Freistellung zielt der Zweitkäufer in besonders signifikanter Weise gerade auf diejenigen Sicherungen, die im Vertragsrecht die Basis für den Interessenschutz der Beteiligten ausmachen. Ohne sie ist der Grundsatz „pacta sunt servanda“ inhaltsleer.“

<sup>20</sup> Vgl. BGer 4C.273/2002, E. 3.2 und 3.3.

<sup>21</sup> BGer 4C.273/2002, E. 3.2: „Die Haftung des Dritten besteht in einer Schadenersatzpflicht wegen Verstoss gegen die guten Sitten (Art. 41 Abs. 2 OR). Denkbar ist aber auch ein Anspruch gegen den Dritten auf Realerfüllung (Art. 98 Abs. 3 OR). Insbesondere beim Doppelverkauf kann dem geschädigten Erstkäufer ein Anspruch auf Herausgabe der Sache gegenüber dem Zweitkäufer und Erwerber eingeräumt werden, wenn dieser sittenwidrig gehandelt hat (...).“; vgl. BGE 114 II 329 E. 2a: „Bei dieser Auslegung des Verbotes haben beide Beklagten sich über die vertragliche Pflicht hinweggesetzt, auch der Klägerin gegenüber eine Veräusserung der Liegenschaft zu unterlassen. Die Klägerin kann deshalb entgegen der Annahme der Vorinstanzen nicht nur Schadenersatz beanspruchen; sie ist gemäss Art. 98 Abs. 3 OR auch berechtigt, von den Beklagten die Beseitigung des vertragswidrigen Zustandes zu verlangen. Es liegt nach der besondern Lage, die sich aus dem Zusammentreffen der beiden Verträge ergibt, der eher seltene Fall vor, dass ein Anspruch auf Realerfüllung bei untersagtem Vertragsschluss nicht nur nach dem Grundsatz der Prävention zu bejahen ist (...), sondern wegen der gemeinsamen und identischen Vertragsverletzung auch gegenüber beiden Parteien, die den verpönten Vertrag abgeschlossen haben, durchgesetzt werden kann. Diese Auffassung wird übrigens auch bei Ausnützung fremden

Kausalitätsprinzip erklären: Ist die *causa* aufgrund der Sittenwidrigkeit weg, fällt auch das Eigentum an den Verkäufer Weber zurück.<sup>22</sup> Dann ist es aber auch bei Weber rückforderbar und als Realerfüllung des Schadenersatzes auch bei Schmid.

#### Sachverhalt Nr. 4

Die Tonwerke Thayngen AG ist Eigentümerin einer Wiese in Lohn, die sie mit Vertrag vom 17. Oktober 1995 dem Fussballclub Lohn gegen eine jährliche Entschädigung von Fr. 300 zur Nutzung als Fussballplatz überliess. Am 1. Juni 2010 kündigte sie den Vertrag auf den 31. Dezember 2011. In nachfolgenden Verhandlungen offerierte der FC Lohn für eine weitere Gebrauchsüberlassung eine Entschädigung von Fr. 2'000 im Jahr. Die Tonwerke unterbreiteten dem FC Lohn ein Gegenangebot über Fr. 3'000 bis Ende 2016, welches er mit Schreiben vom 24. Juli 2011 annahm, weil kein anderes Grundstück auf dem Gemeindegebiet Lohn zur Verfügung stand und sonst der Lizenzentzug bzw. Ligaabstieg gedroht hätten, was die Tonwerke geschickt ausnutzten.

Im Mai 2012 klagt der FC Lohn, der Mietzins sei auf Fr. 800 im Jahr herabzusetzen, weil Fr. 3'000 „klar zu viel“ sei. Das marktübliche Entgelt für eine Fussballplatzmiete beträgt tatsächlich ca. Fr. 800. Die Tonwerke widersetzen sich diesem Begehren, weil sie den Vertrag für Fr. 800 niemals geschlossen hätten und der FC Lohn genug Geld habe, um den vereinbarten Mietzins zu bezahlen. *Geht das?*

#### Lösungsvorschlag Nr. 4

Es geht um den „FC-Lohn“-Entscheid des Bundesgerichts.<sup>23</sup> Zu prüfen ist die Anwendung von Art. 21 Abs. 1 OR. Die Furchterregung nach Art. 29 OR ist nicht einschlägig, wenn jemand *eine bereits bestehende Zwangslage* ausnützt.<sup>24</sup> Zwischen dem Marktzins von Fr. 800 und dem vereinbarten Zins von Fr. 3'000 besteht ein *offenbares Missverhältnis*, d.h. ein Missverhältnis, das jedermann in die Augen fällt.<sup>25</sup> Der Fussballclub Lohn befand sich bei Vertragsschluss in einer *Notlage*, weil durch den Verlust des Fussballplatzes seine ganze Existenz, die Lizenz und der Ligazugehörigkeit auf dem Spiel standen. Kann es bei Fussball wirklich eine Notlage geben? Dass es sich beim Fussballspiel um eine Freizeitaktivität handelt, spielt keine Rolle. Ein Verein kann solche Ziele verfolgen (vgl. Art. 60 Abs. 1 ZGB). Ist ihm dies nicht mehr möglich, ist er in seiner Existenz bedroht.<sup>26</sup> Diese Notlage hat die Vermieterin *ausgebeutet*, weil sie gemäss

---

*Vertragsbruchs, insbesondere beim Doppelverkauf vertreten, indem dem geschädigten Erstkäufer ein Anspruch auf Herausgabe der Sache gegenüber dem Zweitkäufer und Erwerber eingeräumt wird, wenn dieser sittenwidrig gehandelt hat (...).*“

<sup>22</sup> Vgl. das Ergebnis bei BGer 4C.273/2002, E. 3.3 f.: „Ebenfalls zutreffend hat die Vorinstanz die Haftung der Erstbeklagten nicht darauf beschränkt, den Klägern Schadenersatz zu bezahlen, sondern die Realerfüllung - d.h. die Übertragung der Grundstücke auf die Kläger - angeordnet. Wie erwähnt befürwortet auch die Rechtsprechung bei einer sittenwidrigen Ausnützung des fremden Vertragsbruchs einen Anspruch des geschädigten Erstkäufers gegenüber dem Zweitkäufer auf Herausgabe der Sache. Dieser Anspruch ist nicht auf den Fahrniskauf beschränkt, sondern gilt auch beim Grundstückskauf. Wenn der zwischen dem Verkäufer und dem Zweitkäufer abgeschlossene Vertrag zufolge Sittenwidrigkeit ungültig ist, fällt aufgrund der kausalen Natur des Verpflichtungsgeschäftes (Kaufvertrag) das Verfügungsgeschäft (Eintragung im Grundbuch) dahin, wenn der Zweiterwerber nicht anderweitig geschützt ist, sich insbesondere wie hier nicht auf guten Glauben stützen kann (...). 3.4 Insgesamt kann somit festgehalten werden, dass der Zweitverkauf zwischen den Beklagten ungültig ist, die Grundbucheintragung der Erstbeklagten ohne gültigen Rechtsgrund erfolgt ist und die Kläger Realerfüllung, d.h. die Eintragung als Eigentümer im Grundbuch verlangen können.“

<sup>23</sup> Vgl. BGE 123 III 292 ff., Internet: [http://jumpcgi.bger.ch/cgi-bin/JumpCGI?id=BGE\\_123\\_III\\_292](http://jumpcgi.bger.ch/cgi-bin/JumpCGI?id=BGE_123_III_292) und als Video: <https://www.youtube.com/watch?v=AeBRztJ8NrY> (6.11.2020).

<sup>24</sup> BSK OR I-Schwenzer/Fountoulakis, Art. 29 N 6: „Keine Drohung liegt vor, wenn jemand lediglich eine bereits vorhandene Zwangslage ausnützt; in Betracht kommt dann jedoch Übervorteilung nach Art. 21 (BK-Schmidlin, Art. 29/30 N 13; BGer, 10. 10. 2008, 5A\_468/2008, E. 2.1; Engel, traité, 365; ZK-Oser/Schönenberger, N 6; Koller A., OR AT, Rz 14.145 f.).“

<sup>25</sup> Vgl. die Hinweise bei BSK OR I-Meise/Huguenin, Art. 21 N 5.

<sup>26</sup> Vgl. BGE 123 III 292 ff., 302 f.: „Im Lichte der massgebenden Kriterien wird zwar nicht leichthin davon auszugehen sein, Verträge im Freizeitbereich könnten in einer objektiv rechtserheblichen Notlage geschlossen werden, doch verhält es sich grundsätzlich anders, wenn der Vertragsgegenstand für eine Partei von existentieller Bedeutung ist, selbst wenn ihre Existenz sich allein aus dem Zweck der Freizeitgestaltung herleitet. Indem das objektive Recht dem Verein den idealen Zweck als Grundlage juristischer Existenz genügen lässt, gar als notwendig erachtet (Art. 60 ZGB), stellt es von vornherein auch ihm seinen Rechtsbehelf gegen existenzbedrohende Ausbeutung zur Verfügung. Hat das Obergericht aber für das Bundesgericht verbindlich festgestellt (...), bei

Sachverhalt um die Notlage gewusst und diese ausgenützt hat.<sup>27</sup> Der FC Lohn hat auch die Einjahresfrist des Art. 21 Abs. 2 OR seit Abschluss des Vertrages (24. Juli 2011) durch die Klage im Mai 2012 eingehalten – eine blosser Erklärung hätte auch schon genügt.

Die Folge der Übervorteilung ist die einseitige Unverbindlichkeit des Vertrages. Das Gesetz sieht nur diese Folge vor. Dies würde aber bedeuten, dass der Fussballclub wiederum ohne Fussballfeld auskommen müsste. Das Bundesgericht hat deshalb die geltungserhaltende Reduktion der Verpflichtung geschützt. Dies lässt sich mit einer *analogen Anwendung* von Art. 20 Abs. 2 OR begründen, der eigentlich die Fälle der Nichtigkeit, nicht aber der Übervorteilung betrifft.<sup>28</sup> Das passt, denn Art. 21 OR stellt eine Kombination zwischen Inhalts- und Willensmangel dar. Kut bringt dies gut zum Ausdruck: „*Gemäss seiner systematischen Einordnung gehört OR 21 zum Inhalt des Vertrages (...), doch gleichen die Art der Geltendmachung sowie die Rechtsfolgen jenen der Willensmängel (...). Während bei OR 19/20 der Vertrag aus freiem Willen eingegangen wird, jedoch inhaltliche Mängel aufweist, setzt OR 21 nicht nur einen inhaltlichen Mangel (...) voraus, sondern verlangt zusätzlich, dass der Vertrag aufgrund eines mangelhaften Willens zustande kommt (...).*“<sup>29</sup>

Es stellt sich die Frage, ob die Reduktion (1) auf die vom Verein selber angebotenen Fr. 2'000, (2) das *gerade noch zulässige* oder (3) *übliche* Mass erfolgen soll. Das Bundesgericht liess die Frage mangels vorgebrachter Rügen offen; die Vorinstanz reduzierte das Entgelt auf das marktübliche Mass.<sup>30</sup> Marktüblich (für die Miete als Fussballplatz, nicht als landwirtschaftlich genutzte Wiese)<sup>31</sup> sind gemäss Sachverhalt Fr. 800. Für die Reduktion auf das *marktübliche* Mass spricht der Umstand, dass der Ausbeuter ansonsten stets gefahrlos das noch zulässige Maximum erhalten würde. Andererseits soll das Zivilrecht keine Straffunktion erfüllen, was für die Reduktion auf das *gerade noch zulässige* Mass sprechen würde. Dass die Tonwerke den Vertrag für Fr. 800 nicht geschlossen hätten, spielt keine Rolle, denn dieser Wille wäre *an redlichen Vertragsparteien* zu messen.<sup>32</sup> Dass der FC Lohn selber Fr. 2'000 geboten hat und dennoch eine Reduktion

---

*Verlust des Spielplatzes hätte der Kläger seine Lizenz und damit wohl auch seine Existenzberechtigung verloren, hat es in dieser drohenden Gefahr zu Recht einen Umstand erblickt, welcher als Notlage im Sinne von Art. 21 OR zu beachten ist.“*

<sup>27</sup> Vgl. BGE 123 III 292 ff., 305: „*Bei weiterhin bejahtem offenbarem Missverhältnis der Austauschleistungen wird das Obergericht zudem zu prüfen haben, ob auch unter den neuen Gegebenheiten das Tatbestandselement der Ausbeutung zu bejahen ist, d.h., ob die Beklagte die Entscheidungsschwäche des Klägers in Kenntnis der offenbaren Inäquivalenz der Leistungen «missbraucht» hat (...). Dabei bleibt allerdings entgegen der Auffassung der Beklagten unbeachtlich, dass der Kläger an den Vertragsverhandlungen aktiv mitwirkte und seinerseits einen Jahresmietzins von Fr. 2'000.-- anbot; Ausbeutung setzt nicht voraus, dass die Anregung zum Vertragsschluss vom Übervorteilenden ausgegangen ist (...).*“

<sup>28</sup> Das passt, denn Art. 21 OR kombiniert den Inhalts- mit dem Willensmangel, vgl. BSK OR I-Meise/Huguenin, Art. 21 N 1; vgl. BGE 123 III 292 ff., 296 f.: „*Die Möglichkeit einer geltungserhaltenden Behebung der verpönten Äquivalenzstörung durch Reduktion der übersetzten oder Anhebung der untersetzten Leistung wird dogmatisch unterschiedlich begründet, sei es mit einer analogen Anwendung von Art. 20 Abs. 2 OR (...), mit einer aus dem Normzweck gewonnenen teleologischen Reduktion der Rechtsfolge von Art. 21 OR unbeschaden eines hypothetischen Parteiwillens (...) oder mit richterlicher Lückenfüllung nach Art. 1 Abs. 2 ZGB (...).*“

<sup>29</sup> Vgl. CHK-Kut, OR 21 N 1.

<sup>30</sup> Vgl. BGE 123 III 292 ff., 305: „*Nach dem Gesagten wird das Obergericht, sollte es den Übervorteilungstatbestand erneut bejahen, den Mietzins herabzusetzen haben, wobei es im angefochtenen Entscheid unangefochten davon ausgegangen ist, massgebend sei alsdann das marktübliche Durchschnittsentgelt und nicht der unter dem Gesichtspunkt des Wuchers gerade noch zulässige aber immer noch inäquivalente Preis. Für diese Auffassung spricht wiederum der Schutzzweck von Art. 21 OR. Danach soll der Wucherer nicht risikolos davon ausgehen dürfen, das privatrechtlich höchstzulässige Entgelt sei ihm jedenfalls und unbeschaden seiner Ausbeutung garantiert (...). Dagegen liesse sich allerdings einwenden, Art. 21 OR sei keine Strafnorm und erfordere nicht mehr als die Vermeidung von Wucher. Dies würde im Einklang etwa mit der Rechtsprechung zur Verletzung von Höchstzinsvorschriften stehen, wonach ein übersetzter Zins regelmässig nicht auf das übliche Durchschnittsmass, sondern auf das gesetzliche Höchstmass, z.B. das konkordatsrechtliche von 18%, reduziert wird (...). Die Frage kann indes im vorliegenden Fall offen bleiben, da insoweit die Rechtsauffassung der Vorinstanz nicht beanstandet wurde.“*

<sup>31</sup> Vgl. BGE 123 III 292 ff., 303: „*Mit andern Worten ist bei der Bewertung des Nutzungswerts einer Mietsache der marktübliche Preis für die vertragskonforme Nutzung zu ermitteln und mit dem streitigen Entgelt zu vergleichen und ist unbeachtlich, welchen Ertrag das Objekt mit einer andern Nutzung abwerfen könnte. Zu fragen ist daher im vorliegenden Fall nach der Marktmiete für einen Fussballplatz und nicht nach dem landwirtschaftlichen Ertrag einer entsprechenden Bodenfläche.“*

<sup>32</sup> Vgl. BGE 123 III 292 ff., 301: „*Das Begehren ist von vornherein unbegründet. Folgt die Möglichkeit richterlicher Vertragskorrektur im Sinne einer blossen Teilunwirksamkeit unmittelbar aus dem Normzweck von Art. 21 OR, kommt dem hypothetischen Parteiwillen – wie erwähnt – höchstens noch für die Neugestaltung des Vertragsinhalts Bedeutung zu, nicht mehr aber für den*

auf Fr. 800 verlangt, erscheint vordergründig als stossend. Mit Blick auf die Notlage ist es verständlich, dass der Fussballclub einen so hohen Mietzins anbietet. Beim Übervorteilungstatbestand kommt es nicht darauf an, *wer das Angebot abgibt oder annimmt*.<sup>33</sup> Irrelevant ist auch, ob man den übervorteilenden Preis zahlen kann oder nicht.

## Sachverhalt Nr. 5

In der Unimensa treffen sich der Anwaltskandidat Dr. Tanner, der Notar Willi und der Doktorand Alder. Stolz verkündet Tanner, der schon mehrere juristische Fachpublikationen verfasst hat, dass er jetzt auch Mitglied der SUIISA<sup>34</sup> sei und schon bald Gelder für die Verwendung seiner Werke erhalte. Er habe soeben die Anmeldegebühr von Fr. 200 bezahlt. Willi und Alder fragen ihn verdutzt, ob er denn jetzt auch Opern komponiere – die SUIISA sei doch die Genossenschaft, die Urheberrechte der Musikschaaffenden vertrete und die Benützung der musikalischen Werke entschädige? Tanner realisiert in diesem Moment, dass er sich bei der ProLitteris<sup>35</sup> hätte anmelden sollen, der Verwertungsgesellschaft der Urheberrechte an nicht-musikalischen Texten. Bei der ProLitteris hätte er keine Anmeldegebühr zahlen müssen. Willi und Alder krümmen sich vor Lachen. Tanner fragt sich jetzt, ob und wie er das Geld von der SUIISA zurückerhalten kann.

## Lösungsvorschlag Nr. 5

Tanner könnte einen Irrtum geltend machen, doch welcher Irrtum ist es? Könnte man sagen, Tanner habe sich in der Person geirrt (*error in persona*, Art. 24 Abs. 1 Ziff. 2 OR)? Wollte er einen anderen Vertrag abschliessen (*error in negotio*, Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1 OR) oder wollte er zwar schon einen Verwertungsvertrag über Urheberrechte, aber bezüglich seiner juristischen Aufsätze, nicht über Musikstücke (*error in obiecto*, Art. 24 Abs. 1 Ziff. 2 OR)? Oder hat er sich eher über die Grundlage seiner Anmeldung geirrt (Grundlagenirrtum, Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR)?

Vielversprechend ist der *error in negotio*: „*Ein solcher Irrtum ist gegeben, wenn jemand einem anderen als dem gewollten Vertrag zustimmt. Dabei müssen die Rechte und Pflichten, welche aus dem gewollten Vertrag resultieren würden, wesentlich von jenen abweichen, welche sich aus dem nun geschlossenen Vertrag ergeben. Das Bundesgericht bejaht z.B. einen wesentlichen Erklärungsirrtum, wenn der Irrende – statt vom Abschluss eines Kaufvertrages (Absatzrisiko beim Käufer) auszugehen – meinte, seine Zustimmung zu einer Vereinbarung über die Lagerhaltung und damit zusammenhängende Serviceleistungen zu erklären (Absatzrisiko bei der Gegenpartei).*“<sup>36</sup> Hier müsste man argumentieren, dass Tanner einen Literaturverwertungsvertrag abschliessen wollte, nicht einen Verwertungsvertrag bezüglich musikalischer Werke. Formuliert man den Irrtum so, kommt man aber in die Nähe des *error in obiecto*. Man könnte sagen, Tanner wollte eben einen Vertrag über seine literarischen Werke, nicht über seine nicht-existenten musikalischen Werke abschliessen.<sup>37</sup> Den *error in obiecto* und den *error in negotio* könnte man vorliegend wohl bejahen.

---

*Grundsatzentscheid. Es widerspräche denn auch klar dem Schutzzweck der Bestimmung, sollte der Wucherer sich unter Berufung auf einen subjektiven hypothetischen Parteiwillen der sachgerechten Anpassung des Vertrags widersetzen können (...). Im übrigen fällt das Ergebnis nicht anders aus, wenn ein hypothetischer Parteiwille auch auf Seiten des Übervorteilers berücksichtigt wird, sofern dieser Wille richtigerweise an einem normativen, an redlichen Vertragspartnern angelegten Massstab und nicht an den subjektiven Vorstellungen des Wucherers orientiert wird (...). Dies aber schliesst aus, dass dieser sich erfolgreich mit der Begründung auf Irrtum berufen kann, die wucherische Geschäftsgrundlage sei ihm - für den Kontrahenten erkennbar - wesentlich gewesen. Solchem Vorgehen steht bereits Art. 24 Abs. 1 OR entgegen, wonach die Berufung auf Irrtum unstatthaft ist, wenn sie Treu und Glauben widerspricht.“*

<sup>33</sup> Vgl. BGE 123 III 292 ff., 305: „*Dabei bleibt allerdings entgegen der Auffassung der Beklagten unbeachtlich, dass der Kläger an den Vertragsverhandlungen aktiv mitwirkte und seinerseits einen Jahresmietzins von Fr. 2'000.-- anbot; Ausbeutung setzt nicht voraus, dass die Anregung zum Vertragsschluss vom Übervorteilenden ausgegangen ist (...).*“

<sup>34</sup> Vgl. Internet: <http://www.suisa.ch/de/suisa/die-genossenschaft/wer-wir-sind-und-was-wir-tun.html> (9.9.2020).

<sup>35</sup> Internet: <https://prolitteris.ch/faq/unsere-taetigkeit/> (9.9.2020).

<sup>36</sup> Huguenin, N 497.

<sup>37</sup> Gauch/Schluop/Schmid/Emmenegger, N 823: „*Diesem Fall [d.h. dem error in corpore vel in persona] steht der Sachverhalt gleich, da der Wille des Irrenden auf eine andere Dienstleistung gerichtet war, als er erklärt hat.*“

Auch der *error in persona* gehört zum Erklärungsirrtum. Dieser wäre anwendbar, wenn sich Tanner über die Identität seines Vertragspartners geirrt hätte. Dieser Fall liegt dann vor, wenn man beispielsweise den berühmten Anwalt Peter Müller mandatieren will, aber aus Versehen einen Vertrag mit einem gleichnamigen, aber unqualifizierten Anwalt schliesst. Geht es aber um *Eigenschaften des Vertragspartners*, so fällt der Irrtum einzig unter den Grundlagenirrtum.<sup>38</sup> Vorliegend wollte sich Tanner bei der SUIISA anmelden: darüber hat er sich nicht geirrt. Er hat sich lediglich bezüglich des Tätigkeitsgebiets der SUIISA geirrt. Das fällt höchstens unter den Grundlagenirrtum.

Zu den Voraussetzungen des Grundlagenirrtums: Die Tätigkeit der SUIISA muss nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr eine notwendige Grundlage des Vertrags darstellen, damit sich der Vertragspartner auf den Irrtum berufen kann (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR). Sie muss also für die Willensbildung Tanners *conditio sine qua non* sein (subjektive Wesentlichkeit).<sup>39</sup> Das ist so: Tanner hätte sich, wenn er um deren Tätigkeit gewusst hätte, nie bei der SUIISA angemeldet, denn er verfasst juristische Texte und komponiert keine Musikstücke. Auch vom Standpunkt des loyalen Geschäftsverkehrs muss der fragliche Sachverhalt eine notwendige Grundlage des Vertrages darstellen (objektive Wesentlichkeit).<sup>40</sup> Nur Musikschaffende oder Personen, die Musik komponieren wollen, sollen sich bei der SUIISA anmelden. Auch die Gegenpartei des Irrenden muss die Bedeutung dieses Sachverhalts erkennen können (strittig).<sup>41</sup> Hätte die SUIISA wirklich erkennen können, dass Tanner kein Musiker ist *und auch keiner werden möchte*? Die Erkennbarkeit, dass dieser Sachverhalt Tanner so wichtig war, liegt bei der SUIISA kaum vor.

Verneint man die Notwendigkeit des Erfordernisses der Erkennbarkeit oder stützt man sich auf die vorhandenen Erklärungsirrtümer, bleibt die Prüfung der rechtzeitigen Geltendmachung des Irrtums. Tanner muss die Anfechtung innert eines Jahres seit Entdeckung des Irrtums erklären (vgl. Art. 31 Abs. 2 OR, *relative* Frist; dafür ist sichere Kenntnis notwendig<sup>42</sup>); vorliegend kann er problemlos fristwährend handeln. Er muss innert eines Jahres seit dem Mittagessen die Rückerstattung der Anmeldegebühr verlangen. Für die Ausübung des Gestaltungsrechts genügt diese formlose, aber empfangsbedürftige Erklärung.<sup>43</sup> Eine *absolute* Frist gibt es nicht.<sup>44</sup>

*Ist der Irrtum ausgeschlossen, bloss weil sich Tanner fahrlässig geirrt hat?* Nein, denn sonst hätte Art. 26 OR keine Bedeutung mehr. Da sich Tanner fahrlässig geirrt hat, muss er der SUIISA das negative Interesse

---

<sup>38</sup> BGE 118 II 297 ff., 299: „Vorinstanz und Parteien sind sich zu Recht darüber einig, dass der vom Beklagten geltend gemachte Irrtum nicht unter Art. 24 Abs. 1 Ziff. 2 OR fällt. Diese Bestimmung regelt im Gegensatz zur früheren Fassung gemäss Art. 20 aOR einzig den Irrtum über die Identität und nicht denjenigen über die Eigenschaften des Vertragspartners. Dieser Irrtum kann lediglich als Grundlagenirrtum im Sinne von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR in Betracht fallen, sofern er das qualifizierende Kriterium der objektiven Wesentlichkeit erfüllt; andernfalls bleibt er ein gemäss Art. 24 Abs. 2 OR unbeachtlicher Motivirrtum (...).“; vgl. BGE 126 III 59 ff., 66: „Quant à l'erreur sur la chose (error in corpore; art. 24 al. 1 ch. 2 CO), quoi qu'en pense la recourante, elle n'entre pas en ligne de compte in casu, dès lors que le vase qu'elle a acheté était réellement, comme il était spécifié dans le contrat, une oeuvre authentique de Gallé appartenant à la série dite "vase de tristesse". Or, seule la méprise portant sur l'identité de la chose constitue ce cas d'erreur (par. ex. livraison d'un aliud à l'acheteur), mais nullement celle afférente à certaines qualités ou propriétés d'une chose individualisée (...).“; Bucher, OR AT, 200: „In beiden Fällen bezieht sich der Irrtum nicht auf die Eigenschaften der fraglichen Sache oder Person; diese wird vielmehr mit anderen verwechselt. Die Voraussetzung ist dann nicht erfüllt, wenn sich jemand bloss über Eigenschaften, Herkunft u. dgl. einer Sache oder einer Person irrte. Dieser Irrtum ist unter Umständen Grundlagenirrtum, andernfalls bloss unbeachtlicher Motivirrtum.“

<sup>39</sup> Vgl. BSK OR I-Schwenzer/Fountoulakis, Art. 24 N 21.

<sup>40</sup> Vgl. BSK OR I-Schwenzer/Fountoulakis, Art. 24 N 22.

<sup>41</sup> Vgl. die Angaben oben in FN 7.

<sup>42</sup> CHK-Kut, OR 31 N 21.

<sup>43</sup> Huguenin, N 577; CHK-Kut, OR 31 N 9 f.; BGE 132 II 161 ff., 165.

<sup>44</sup> Vgl. BGE 114 II 131 ff., 140: „Das schweizerische Recht kennt etwa im Gegensatz zum deutschen, das die Anfechtung wegen Irrtums auf 30 Jahre seit Abgabe der mangelhaften Willenserklärung begrenzt (§ 121 Abs. 2 BGB [Anmerkung: heute nur noch zehn Jahre]), in dieser Richtung keine ausdrückliche zeitliche Beschränkung. Die herrschende Lehre schliesst daraus, dass der Irrende einzig die relative Jahresfrist zu beachten hat und sich grundsätzlich noch Jahrzehnte nach Abschluss des Vertrages auf den Willensmangel berufen kann, sofern sein Zuwarten Treu und Glauben nicht widerspricht (...). Einzelne Autoren halten dagegen die allgemeine Verjährungsfrist von zehn Jahren für anwendbar (...) oder lassen die Frage offen (...); dies ist auch in BGE 101 II 210 geschehen.“



gemäss Art. 26 Abs. 1 OR ersetzen. Die SUIISA könnte beispielsweise geltend machen, die Verarbeitung der Anmeldung Tanners habe einen Aufwand an Personal und Material gekostet (Aufnahme ins EDV-System, Ablage der Unterlagen, Zeit für Bearbeitung).

Jetzt widmen wir uns der Frage, gestützt worauf Tanner sein Geld zurückerhält. *Ist es die *condictio sine causa* oder ist es die *condictio ob causam finitam*?* Für Nichtlateiner bedeutet die Frage konkret, ob Art. 62 Abs. 2, 63 Abs. 1 OR („...ohne jeden gültigen Grund...“) oder Art. 62 Abs. 2 OR („...nachträglich weggefallenen Grund...“<sup>45</sup>) anwendbar sind – die Kondiktion aus einem nicht verwirklichten Grund kommt ohnehin nicht in Betracht.<sup>46</sup> Die konkrete Folge davon ist, dass man im ersten Fall bei der Kondiktionsforderung noch den Irrtum über die Schuldspflicht geltend machen muss (Art. 63 Abs. 1 OR).<sup>47</sup> Nach der vom Bundesgericht vertretenen Ungültigkeitstheorie fällt der angefochtene Vertrag mit Wirkung *ex tunc* weg.<sup>48</sup> Folglich hat Tanner von Anfang an ohne Grund bezahlt, weil die Anfechtung den Grund rückwirkend beseitigt. Er muss also bei der Rückforderung zusätzlich noch den Irrtum geltend machen. Der Irrtum für die Belange des Art. 63 OR muss kein wesentlicher Irrtum im Sinne von Art. 23 ff. OR sein.<sup>49</sup> Der Rückforderung eines um den Schadenersatz in der Höhe des negativen Interesses der SUIISA gekürzten Betrags (Art. 26 OR) steht somit nichts im Wege.

---

<sup>45</sup> Vgl. dazu CHK-Hahn, OR 62 N 11: „Ausdrücklich in OR 62 II aufgeführt wird weiter die Kondiktion wegen nachträglichen Wegfalls des Leistungszwecks («aus nachträglich weggefallenem Grund»; *condictio ob causam finitam*). Dieser Bereicherungsanspruch steht offen, wenn eine Zuwendung zwar ursprünglich aufgrund eines gültigen Rechtsgrundes erfolgte, dieser Leistungszweck jedoch im Nachhinein weggefallen ist. Dazu kann es insbesondere kommen, wenn das der Leistung zugrunde liegende Rechtsverhältnis durch Eintritt einer Resolutivbedingung, ex nunc wirkenden Vertragsrücktritt (...), Anfechtung (BGE 129 III 646 E 3.1) oder Widerruf (s OR 249) dahinfällt. Auch hier ist allerdings jeweils zu prüfen, ob stattdessen allenfalls eine Rückabwicklung nach vertraglichen Grundsätzen in Frage kommt (...).“

<sup>46</sup> Zur Kondiktion aus einem nicht verwirklichten Grund vgl. CHK-Hahn, OR 62 N 9: „Ausdrückliche Anerkennung in OR 62 II hat auch die *condictio causa data causa non secuta* («aus einem nicht verwirklichten Grund») gefunden. Mit dieser Kondiktion können Zuwendungen zurückgefordert werden, die im Hinblick auf ein erwartetes, schliesslich aber nicht eingetretenes Ereignis erbracht wurden. Dabei kann es sich um eine Suspensivbedingung handeln, etwa wenn die Wirksamkeit eines Vertrages von der Erteilung einer Bewilligung abhängig gemacht wird (...). Daneben kann auch eine in Aussicht gestellte, rechtlich jedoch nicht durchsetzbare Gegenleistung den erwarteten Rechtsgrund einer solchen Zuwendung bilden und bei Nichteintritt zur Rückforderung berechtigen (s BGE 119 II 20 E 2: Anzahlungen im Hinblick auf einen geplanten Grundstückserwerb; BGE 105 II 92 E 4: bauliche Aufwendungen in Erwartung eines langfristigen Mietvertrags). Die *condictio causa data causa non secuta* kommt auch in Betracht, wenn ein formnichtiger Vertrag von einer Partei freiwillig erfüllt wurde, die andere sich jedoch im Nachhinein weigert, das vorgeschriebene Formerfordernis nachzuholen bzw den Vertrag zu vollziehen (s BGE 119 II 20 E 2). Leistungen, die allein aufgrund einseitiger Hoffnungen oder Erwartungen erbracht wurden, können hingegen nicht mit der *condictio causa data causa non secuta* zurückgefordert werden, da die Zuwendung diesfalls auf eigenes Risiko erfolgte. Dass der Empfänger die Leistung im Hinblick auf einen bestimmten Zweck erhalten und nur bei Eintritt dieses Zwecks behalten sollte, muss vielmehr dem Willen beider Beteiligten entsprochen haben (s BGE 105 II 92 E 3a; 82 II 430 E 6).“

<sup>47</sup> Vgl. BGE 114 II 131 ff., 142 f.: „Nach der Ungültigkeitstheorie betrifft der Anspruch eine Nichtschuld, weshalb die absolute Verjährung mit der Leistung zu laufen beginnt; nach der Anfechtungstheorie dagegen erweist er sich als Leistung aus nachträglich weggefallenem Grund mit Beginn der absoluten Verjährungsfrist im Zeitpunkt der Anfechtung, während er nach der geteilten Ungültigkeitstheorie für den Irrtenden als Leistung einer Nichtschuld, für den Vertragspartner aber als Leistung aus nachträglich weggefallenem Grund erscheint.“

<sup>48</sup> Vgl. BGE 114 II 131 ff., 143: „Den Grundgedanken und den Zielen, die sich aus der Entstehung des Gesetzes ergeben, entspricht indes nur die Ungültigkeit des Vertrages, sei diese Wirkung nun als ein- oder zweiseitig anzusehen, bevor der Irrtende sich auf den Mangel beruft.“

<sup>49</sup> Vgl. BSK OR I-Schulin/Vogt, Art. 63 N 4: „Der Irrtum des Leistenden muss sich auf die Schuldspflicht beziehen, d.h. auf den Rechtsgrund der Leistung. Auf die Wesentlichkeit des Irrtums (Art. 23 ff.) kommt es nicht an. Der Leistende darf den Irrtum nicht erkannt haben.“