

Lektion 6 Sachverhalt Nr. 1

Am 16. Dezember 2010 kaufte und erhielt Käufer Kurt von Verkäufer Viktor, einem namhaften Kunstkennner, eine Tusch-Zeichnung "Modèle et Sculpture", die oben das Datum "juillet 46" trug und mit "Picasso" unterzeichnet war. Er bezahlte gleichentags Fr. 250'000 dafür. Verkäufer Viktor erklärte, dass er für die Echtheit der Zeichnung die Garantie übernehme. Kurt liess die Echtheit der Zeichnung nicht überprüfen. Als er diese im Juni 2020 einer Galerie in Auktion geben wollte, kamen darüber jedoch Zweifel auf. Die Galerie wandte sich an das "Comité Picasso", das ihr im Juli 2020 antwortete, die Zeichnung stamme nach seiner Auffassung nicht von Picasso. Kurt versuchte daraufhin umsonst, den Kauf rückgängig zu machen, indem er von Viktor verlangte, die Zeichnung zurückzunehmen und ihm den Preis zurückzuzahlen. *Kann Kurt diesen Vertrag heute (16.12.2020) anfechten? Falls ja, wie kann er den Kaufpreis zurückverlangen?*

Lösungsvorschlag Nr. 1

Es geht hier um den berühmten Picasso-Fall.¹ Die Ansprüche aus der kaufvertraglichen Sachgewährleistung sind alle verjährt (Art. 210 Abs. 1 OR). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist es dennoch möglich, den Vertrag wegen des Mangels anzufechten.² Es handelt sich um einen Fall des Grundlagenirrtums (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR). Die Echtheit des Bildes 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).³ Auch vom Standpunkt des loyalen Geschäftsverkehrs muss der fragliche Sachverhalt eine notwendige Grundlage des Vertrages darstellen (objektive Wesentlichkeit).⁴ Dass Kurt für Fr. 250'000 nur ein echtes Bild kaufen wollte, erscheint als plausibel, auch objektiv betrachtet kann nur ein echtes Bild diesen Preis erzielen. Zudem hat er für die Echtheit eine Garantie erhalten. Auch der Verkäufer muss die Bedeutung dieses Sachverhalts erkennen können (strittig).⁵ Aus den Umständen im Sachverhalt lässt sich dies bejahen – es ist für einen Kunsthändler unerträglich, auf eine Fälschung hereingefallen zu sein. Die Erkennbarkeit ist deshalb auch für Viktor sicher zu bejahen, nur schon wegen des hohen Preises und der Garantie. Kurt muss die Anfechtung innert eines Jahres seit Entdeckung des Irrtums erklären (vgl. Art. 31 Abs. 2 OR, *relative* Frist); vorliegend hat er fristwährend gehandelt, denn gemäss Sachverhalt hat er die Rückerstattung des Kaufpreises bereits verlangt; die Entdeckung des Mangels – dafür ist sichere Kenntnis notwendig⁶ – erfolgte vor einem halben Jahr. Für die Ausübung des Gestaltungsrechts genügt diese formlose, aber empfangsbedürftige Erklärung.⁷ Eine *absolute* Frist gibt es nicht.⁸

¹ Vgl. BGE 114 II 131 ff. http://jumpcgi.bger.ch/cgi-bin/JumpCGI?id=BGE_114_II_131 (Abruf 5.12.2020).

² Vgl. BGE 114 II 131 ff., 134 ff.

³ Vgl. BSK OR I-Schwenzer/Fountoulakis, Art. 24 N 21.

⁴ Vgl. BSK OR I-Schwenzer/Fountoulakis, Art. 24 N 22.

⁵ Vgl. BSK OR I-Schwenzer/Fountoulakis, Art. 24 N 23, m.w.H. 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 (...)“

⁶ CHK-Kut, OR 31 N 21.

⁷ Huguenin, N 577; CHK-Kut, OR 31 N 9 f.; BGE 132 II 161 ff., 165.

⁸ 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.“

Die Rechtsfolge der Anfechtung ist die Ungültigkeit des Vertrages. Die Abwicklung findet mittels Kondition des Kaufpreises und Vindikation des Bildes statt.⁹

*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...“¹⁰) anwendbar sind – die Kondition aus einem nicht verwirklichten Grund kommt ohnehin nicht in Betracht.¹¹ Die konkrete Folge davon ist, dass man im ersten Fall bei der Kondiktionsforderung noch den Irrtum über die Schuldpflicht geltend machen muss (Art. 63 Abs. 1 OR).¹² Nach der vom Bundesgericht vertretenen Ungültigkeitstheorie fällt der angefochtene Vertrag mit Wirkung *ex tunc* weg.¹³ Folglich hat Kurt schon im Moment der Bezahlung ohne jeden gültigen Grund geleistet. Er ist um Fr. 250'000 entreichert, während Viktor ohne Grund um Fr. 250'000 bereichert ist. Es ist folglich die *condictio sine causa*. Um nicht unter die Konditionssperre des Art. 63 Abs. 1 OR zu fallen, muss er in seiner Klage auch den Irrtum über die Schuldpflicht darlegen. Geht man nach der Anfechtungstheorie vor (nicht h.L.), besteht der Vertrag im Moment der Zahlung und fällt durch die Anfechtung weg. Dies wäre ein Anwendungsfall der *condictio ob causam finitam*, aus nachträglich weggefallenem Grund (Art. 62 Abs. 2 OR).¹⁴

Es stellt sich noch die Frage nach der Verjährung. Gemäss Art. 67 Abs. 1 OR gibt es eine *relative* und eine *absolute* Verjährungsfrist. Die relative Frist von drei Jahren hat Kurt eingehalten, denn er hat von seinem Anspruch erst seit Juli 2020 tatsächliche Kenntnis. Die Zweifel vom Juni 2020 genügen noch nicht.¹⁵ Die Kenntnis des Anspruchs hat er, sobald er weiss, dass er den Vertrag anfechten kann (strittig – ebenso könnte man mit Bucher argumentieren, dass man den Bereicherungsanspruch erst kennt, wenn man ihn durch Anfechtung ausgelöst hat).¹⁶ Die absolute Frist von zehn Jahren seit Entstehung des Anspruchs

⁹ Urteil BGer, 4A_562/2010, E. 4.4.3: „Wird ein Vertrag wegen Willensmängeln erfolgreich angefochten, ist er von Anfang an - *ex tunc* - ungültig. Bereits erbrachte Leistungen sind zurückzuerstatten. In Bezug auf Sachleistungen sind nach herkömmlicher Ansicht die Grundsätze der Vindikation, im Übrigen die Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung anwendbar (BGE 134 III 438 E. 2.4 S. 443; 132 III 242 E. 4.1 S. 244; 129 III 320 E. 7.1.1 S. 327; 114 II 131 E. 3b S. 142 f.). Dies entspricht auch der heute herrschenden Lehre (...).“

¹⁰ Vgl. dazu CHK-Hahn, OR 62 N 11: „Ausdrücklich in OR 62 II aufgeführt wird weiter die Kondition 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 (...).“

¹¹ Zur Kondition 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 Kondition 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).“

¹² 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.“

¹³ 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.“

¹⁴ Vgl. BSK OR I-Schulin/Vogt, Art. 62 N 15.

¹⁵ Vgl. CHK-Hahn, OR 67 N 4.

¹⁶ BGE 82 II 411 ff., 428 f.: „Nach BGE 63 II 258 ff. kommt es für die Frage, wie der Begriff der Kenntnis des Bereicherungsanspruches im Sinne von Art. 67 OR zu verstehen sei, darauf an, wann der Kläger genügende Unterlagen und hinlängliche Veranlassung hatte, die

macht wiederum eine Analyse anhand der Anfechtungs- und Ungültigkeitstheorie notwendig. Die Ungültigkeitstheorie lässt den Bereicherungsanspruch *schon mit der Zahlung entstehen* (also am 16. Dezember 2010), während die Anfechtungstheorie den Anspruch *erst mit der Anfechtung* entstehen lässt.¹⁷ Kurt muss also nach der hier vertretenen Ungültigkeitstheorie noch am 16. Dezember 2020 tätig werden, damit er die Frist des Art. 67 Abs. 1 OR wahr (Art. 132 Abs. 2 i.V.m. Art. 77 Abs. 1 Ziff. 3, Abs. 2, Abs. 3 OR). Fazit: Kurt kann heute (d.h. am 16. Dezember 2020) auf jeden Fall kondizieren. Wie aber lässt sich die Frist konkret in *so kurzer Zeit unterbrechen*? Kurt muss das *Betreibungsbegehren, das Schlichtungsgesuch oder die Klage* (vgl. Art. 135 Ziff. 2 OR) heute noch (16. Dezember 2020) absenden, denn ausnahmsweise gilt hier schon der Postversand als fristwährend, nicht erst der Empfang.¹⁸

Achtung: Was bedeutet „absolute Verjährungsfrist“ im Sinne des Art. 67 Abs. 1 OR? Die absolute Frist ist nicht etwa so zu verstehen, dass der Anspruch nur solange besteht, wie man die relative Frist unterbrechen kann, bei Erreichen der absoluten Frist der Anspruch dann aber total verjährt ist. Auch die absolute Frist kann man unterbrechen.¹⁹ Wenn Kurt die absolute Frist, die in diesem konkreten Fall vor der relativen Frist abläuft, rechtzeitig unterbricht, dann verlängert sich diese um zehn Jahre (Art. 135 Ziff. 2, Art. 138 Abs. 2 OR).

Sachverhalt Nr. 2

Tanner hat an Weihnachten von seinem Arbeitgeber Albert mit der Rubrik „Bonus“ Fr. 7'000 erhalten. Das ist zwar grosszügig, fällt jedoch nicht vollkommen aus dem Rahmen. Alberts Buchhalter hat die Boni aufgrund eines Durcheinanders bei den Dossiers falsch berechnet. Albert will Fr. 2'000 zurück, denn Tanner hätte aufgrund seines Dienstalters und seiner Leistungen nur Fr. 5'000 bekommen sollen. Tanner hat *die nicht geschuldeten Fr. 2'000* wie folgt verwendet: Fr. 500 gingen aufs Sparkonto für schlechte Zeiten; mit Fr. 500 hat er den Mietzins vom vorletzten Monat gegenüber seinem Vermieter beglichen. Um sich angesichts des besonders hohen Bonus doch noch etwas zu gönnen, gibt er Fr. 500 bei einem Wellness- und Feinschmeckertag im Dolder Grand Hotel aus und kauft sich mit weiteren Fr. 500 ein I-Phone. *Wie viel muss Tanner zurückzahlen?*

Lösungsvorschlag Nr. 2

Albert hat ohne Grund geleistet (vgl. Art. 62 Abs. 2 OR, Art. 63 Abs. 1 OR). Der Irrtum über die Schuldspflicht muss nicht ein wesentlicher Irrtum i.S. des Art. 23 ff. OR sein.²⁰ Der vorliegende Rechenfehler genügt. Der Verwendungszweck legt die Anwendung von Art. 64 Abs. 1 OR nahe. Es ist nicht davon aus-

Unverbindlicherklärung auszusprechen und eine Klage auf Rückerstattung des Kaufpreises anzuheben. Dazu genügt nicht jeder Anfang einer Erkenntnis vom Mangel der Gültigkeit des Geschäftes, das zur ungerechtfertigten Bereicherung Anlass gab. Es ist vielmehr eine derartige Wahrscheinlichkeit, ein solcher Grad von Gewissheit über das Bestehen des Bereicherungsanspruches notwendig, dass nach Treu und Glauben gesagt werden muss, der Kläger habe nunmehr keinen Anlass oder keine Möglichkeit mehr zu weiterer Abklärung und andererseits genügend Unterlagen zur Klageerhebung, so dass ihm eine solche vernünftigerweise zugemutet werden dürfe.“; Gauch/Schluemp/Schmid/Emmenegger, N 913; a.M. Bucher, OR AT, 700: „Im Falle der Bereicherung, die durch nachträgliche Vertragsanfechtung wegen Willensmängel eintritt, beginnt für den Gegner des Irrtenden der Fristenlauf frühestens mit Erhebung der Anfechtung. Aber auch der vom Willensmangel betroffene Vertragspartner, der von der Entdeckung des Irrtums an sich ein Jahr Zeit lassen darf, um sich über das Geltendmachen des Willensmangels zu entscheiden (OR 31/I, II), hat keinen Anlass zur Erhebung des Kondiktionsanspruches, solange er nicht die Anfechtung angesprochen hat, so dass man die Frist erst von der Anfechtungserklärung an laufen lassen darf.“

¹⁷ BGE 114 II 131 ff., 143 f.: „Ist aber von der Ungültigkeit des Vertrages auszugehen, so ist die Bereicherung in Fällen wie hier in der Bezahlung eines nichtgeschuldeten Kaufpreises zu erblicken, weshalb die absolute Verjährung mit der Leistung zu laufen beginnt. Diese verjährungsrechtliche Folge ergibt sich übrigens auch aus der Anfechtungstheorie, nehmen deren Vertreter doch an, der Vertrag werde diesfalls *ex tunc* aufgehoben, folglich von Anfang an unwirksam (...). Das deutsche Recht sieht diese Rückwirkung denn auch ausdrücklich vor (§ 142 Abs. 1 BGB), und die deutsche Lehre scheint nun ebenfalls mehrheitlich der Meinung zu sein, die Bereicherung lasse sich deshalb nicht als Leistung aus nachträglich weggefallenem Grund ausgeben (...). Entscheidend ist somit nicht, ob von Anfang an beidseitige Ungültigkeit anzunehmen sei, sondern dass die Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes so oder anders auf dessen Abschluss zurückzubeziehen ist, wenn der Vertrag erfolgreich wegen Irrtums angefochten wird.“

¹⁸ Gauch/Schluemp/Schmid/Emmenegger, N 3345, 3348, 3350; CHK-Killias/Wiget, OR 135 N 13, 20, 32.

¹⁹ Vgl. BSK OR I-Huwiler, Art. 67 N 3 und BGE 123 III 213 E. 6a: „Die zehnjährige Frist kann ebenfalls unterbrochen werden (BGE 112 II 231 E. 3e/aa), da es sich bei dieser - beruhe sie auf Art. 127 OR, auf Art. 60 Abs. 1 OR oder auf Art. 67 Abs. 1 OR - nicht um eine absolute Frist handelt (BGE 117 IV 233 E. 5d/aa S. 243).“

²⁰ Vgl. Huguenin, N 1789, BSK OR I-Schulin/Vogt, Art. 63 N 4.

zugehen, dass Tanner um die fehlende Richtigkeit der Auszahlung wusste. Der Sachverhalt erwähnt, dass die Zahlung nicht aus dem Rahmen fiel. Er ist deshalb bezüglich der Bereicherung gutgläubig im Sinne von Art. 3 ZGB. Er kann sich auf die gutgläubige Entäusserung der Bereicherung gemäss Art. 64 OR berufen und muss das erhaltene Geld grundsätzlich nicht zurückerstatten, wenn er es nicht mehr hat. Das Geld auf dem Sparkonto ist noch da, folglich ist gar keine Entreicherung eingetreten. Beim bezahlten Mietzins handelt es sich um eine *Ersparnisbereicherung* – es ist eine Ausgabe, die er ohnehin getätigt hätte.²¹ Wenn er die nichtgeschuldeten Mittel dafür verwendet, hat er andere Mittel dafür gespart. In Bezug auf das spontane Wellness-Erlebnis liegt hingegen eine Entreicherung vor, denn gemäss Sachverhalt war die Bereicherung kausal für die Ausgabe („*Um sich angesichts des besonders hohen Bonus doch noch etwas zu gönnen...*“). Ohne Bereicherung hätte er sich dieses nicht gegönnt. Ein Surrogat besteht dazu nicht, das Geld ist verbraucht; bestenfalls hat er die Kosten für eine Mahlzeit zu Hause eingespart. Das I-Phone hingegen ist ein Surrogat, dessen Wert noch vorhanden ist und den Tanner zu ersetzen hat.²² Wenn er jetzt aber dafür die vollen Fr. 500 zurückerstatten muss, wird er sozusagen gezwungen, sich das I-Phone mit eigenem Geld zu kaufen. Dieses Problem kann man lösen, wenn er den heute realisierbaren Wert des schon gebrauchten I-Phone herauszugeben hat. Er hat diesen dem Arbeitgeber Albert herauszugeben. Tanner muss folglich total Fr. 1'000 (Miete, Sparkonto) zurückerstatten und den heute realisierbaren Wert des I-Phone herausgeben.

Exkurs: Der Sachverhalt umschiffet ein wesentliches Problem, indem er festhält, wie Tanner die *nicht geschuldeten* Fr. 2'000 verwendet hat. Der geschuldete und der nicht geschuldete Teil des Geldes lassen sich jedoch nicht auseinanderhalten. Wie beweist man, dass Tanner ausgerechnet den nicht geschuldeten Teil noch in seinem Vermögen hat oder Ausgaben aus dem geschuldeten Teil bezahlt hat? Die Beweislast für die Entreicherung und dafür, dass die Ausgabe nicht ohnehin getätigt worden wäre, trägt der Bereicherungsschuldner.²³ *Tanner müsste folglich beweisen, dass er die Luxusausgaben gerade wegen des besonders hohen Bonus* vorgenommen hat (Kausalität der Bereicherung für die Entreicherung). Da dies im Alltag sehr schwierig ist, könnte man dem Bereicherungsschuldner bei gescheitertem Beweis mit einer lediglich *umgekehrt prozentualen Rückerstattungspflicht* helfen. Umgekehrt deshalb, weil die Veranlassung und Kausalität zur Bereicherungsentäusserung weniger wahrscheinlich sind, wenn der Bereicherungsschuldner lediglich einen kleinen Teil *indebite* (d.h. nicht geschuldet, ohne causa) erhalten hat. Wer nur einen kleinen Teil nicht geschuldet erhalten hat, hat das Geld kaum wegen des nicht geschuldeten Teils ausgegeben und muss daher auch mehr zurückerstatten. Wer hingegen den grösseren Teil nicht geschuldet erhalten hat, muss wenig zurückerstatten, weil wahrscheinlich ist, dass die Höhe des nicht geschuldeten Teils ihn zu Ausgaben verleitet hat. Bei einer exorbitanten Höhe des nicht geschuldeten Teils könnte der Bereicherte sich aber nicht mehr auf den guten Glauben berufen (Art. 3 Abs. 2 ZGB). Er müsste im obigen Beispiel also 5/7 von Fr. 2'000 zurückerstatten, was sicher extrem strittig sein dürfte, aber auch einfach und praktikabel.²⁴ Den Betrag für die Miete und den Betrag fürs Sparkonto muss er aber auf jeden Fall zurückerstatten.

²¹ BGE 61 II 12 ff., 20. Dieselbe Situation ergab sich in BGE 71 II 147 ff., 153: „*Wenn die Klägerin den erhaltenen Betrag, wie sie behauptet, zum grössten Teil für Krankheiten verbraucht hat, so folgt daraus keineswegs, dass sie heute nicht mehr bereichert sei; hätte sie doch die betreffenden Ausgaben, wenn die Vorauszahlung von Fr. 4000.- nicht erfolgt wäre, aus anderen Mitteln bestreiten müssen. Sie kann sich also zu ihrer Befreiung nicht auf Art. 64 OR berufen.*“; vgl. BGE 102 V 91 ff., 100 und SJ 1998, 677 ff., 681; vgl. CHK-Hahn, OR 64 N 9.

²² Siehe von Tuhr/Peter, 503 f.: „*d) hat der Empfänger den grundlos erworbenen Gegenstand veräussert, so besteht seine Bereicherung in dem durch die Veräusserung erlangten Gegenwert, beim Verkauf einer Sache im erzielten Kaufpreis; beim Ausgeben von grundlos erhaltenem Geld in den dafür angeschafften Gegenständen oder im Betrag der mit diesem Geld bezahlten Schulden. Bei unentgeltlicher Weggabe des grundlosen Erwerbs entfällt die Erstattungspflicht; ebenso wenn ein aus dem ursprünglichen Gegenstand der Bereicherung angeschafftes Surrogat nutzlos verbraucht oder unentgeltlich veräussert wird.*“; siehe auch Alfred Koller, Der gute und der böse Glaube im allgemeinen Schuldrecht, Habil. Freiburg 1985, N 545. BSK OR I-Schulin/Vogt, Art. 64 N 6 verneint eine Rückgabepflicht bei Anschaffungen, die sonst nicht getätigt worden wären, wie z.B. den Kauf eines Luxusautos. Diese Ansicht führt jedoch zu unbilligen Resultaten. In solchen Fällen ist m.E. das aus der Bereicherung angeschaffte Surrogat herauszugeben.

²³ Vgl. Gilliard, La disparition de l'enrichissement, Diss. Lausanne 1985, 144.

²⁴ Dieser Vorschlag bei Rusch, Der entreicherte Bereicherte, ZSR 2013, 579; vgl. Gilliard, La disparition de l'enrichissement, Diss. Lausanne 1985, 144, der auf das richterliche Ermessen verweist: „*On est tenté d'opter résolument pour l'une ou l'autre des deux solutions.*“

Sachverhalt Nr. 3

Tanner schuldet Weber Fr. 5'000. Er begleicht diese Schuld und erhält eine Quittung. Weber fordert das Geld erneut, Tanner findet aber die Quittung nicht. Tanner bezahlt die Fr. 5'000 nochmals – er denkt sich, dass er nicht betrogen werden und in Beweisnot geraten will. Zwei Wochen später findet er den Beleg hinter einer Kommode beim Frühlingsputz. Kann Tanner die zweite Zahlung zurückfordern?

Lösungsvorschlag Nr. 3

Tanner hat ohne Grund geleistet und Weber ist ungerechtfertigt bereichert. Die Bereicherung Tanners entspricht der Entreicherung Webers (Fr. 5'000). Einen Grund für die Zahlung gibt es nicht. Tanner bezahlt folglich eine Nichtschuld. Es stellt sich jedoch die Frage, ob er sich wirklich auf einen Irrtum, den Art. 63 OR verlangt, berufen kann. Er wusste ja, dass er das Geld nicht schuldet, weil er die Schuld schon beglichen hat, aber die Quittung nicht mehr findet. Es geht um eine Zahlung, die im Hinblick auf Beweisschwierigkeiten erfolgt. Während beim Irrtum über gewöhnliche Beweisschwierigkeiten wie beim normalen Vergleich²⁵ eine Irrtumsanfechtung ausgeschlossen sein dürfte, liegt hier der Fall anders. Dem Irrtum bezüglich der Schuldpflicht wäre ein Irrtum über die Beweisbarkeit der erfolgten Zahlung gleichzusetzen.²⁶ Hier besteht eine Wertungsparallelität zur unfreiwilligen Zahlung unter Betreibungsdruck (Art. 63 Abs. 3 OR i.V.m. Art. 86 SchKG²⁷), die vorliegend *mangels Betreuung* nicht anwendbar ist. Weber als Empfänger der Leistung ist in dieser Konstellation nicht schutzwürdig, da er den Betrag zweimal einfordert. Auch wenn Tanner leistet und später kondiziert, kann man ihm den Vorwurf des *venire contra factum proprium* – und das ist die *ratio legis* des Art. 63 Abs. 1 OR – nicht machen.²⁸ Er hätte zwar einen Vorbehalt anbringen können, nur aufgrund der Beweislosigkeit nochmals zu bezahlen – dann wäre die Kondiktion eindeutig möglich. Die *ratio legis* ist in diesem Spezialfall aber auch ohne Vorbehalt gewahrt.²⁹

Ce serait toutefois méconnaître que l'économie de dépenses n'est pas un bien ou un fait dont l'existence pourrait être établie comme telle: elle est une valeur que le juge détermine sur la base des éléments qui sont fournis par les parties.“

²⁵ Wenn man um des Friedens willen zahlt oder zur Streitbeilegung einen Vergleich schliesst und zahlt, kann man das Geleistete nicht zurückfordern, auch wenn es für die Zahlung eigentlich keinen Grund gegeben hätte, vgl. Rusch, ZSR 2009, 143: „Diesen im Zweifel um das Bestehen der Schuldpflicht erfolgten Zahlungen um des Friedens willen liegt eine *causa* wie beim Abschluss eines Vergleichs zugrunde, deren Ziel die Beseitigung allfälliger Rechtsunsicherheiten ist. Eine Rückforderung soll in solchen Fällen ausgeschlossen sein. Dies deckt sich mit dem Ausschluss der Irrtumsanfechtung beim Vergleich. Regelt der Vergleich einen zweifelhaften Punkt, ist die diesbezügliche spätere Anfechtung ausgeschlossen.“

²⁶ So von Tuhr/Peter, 483, FN 70: „Den irrtümlichen Glauben an seine Schuld ist m.E. gleichzustellen der irrtümliche Glaube des Leistenden, dass er seine Nichtschuld nicht beweisen könne. Hat z.B. der Schuldner nochmals gezahlt, weil er überzeugt war, über seine erste Zahlung keine Quittung zu besitzen, so möchte ich ihm die Rückforderung gestatten, wenn er die Quittung findet. Anders und strenger gegen den Schuldner RGZ 59, S. 351 (354 f).“

²⁷ Vgl. Art. 86 SchKG: „(1) Wurde der Rechtsvorschlag unterlassen oder durch Rechtsöffnung beseitigt, so kann derjenige, welcher infolgedessen eine Nichtschuld bezahlt hat, innerhalb eines Jahres nach der Zahlung auf dem Prozesswege den bezahlten Betrag zurückfordern. (2) ... (3) In Abweichung von Artikel 63 des Obligationenrechts (OR) ist dieses Rückforderungsrecht von keiner andern Voraussetzung als dem Nachweis der Nichtschuld abhängig.“

²⁸ Die *ratio legis* des Art. 63 Abs. 1 OR liegt in der Verhinderung des *venire contra factum proprium*, vgl. Rusch, ZSR 2009, 138 f.: „Wer sich bezüglich der Schuldpflicht nicht in einem Irrtum befunden hat, zahlt und sich später dennoch auf die Nichtschuld beruft und kondizieren will, verhält sich widersprüchlich und verdient deshalb keinen Schutz.“

²⁹ Vgl. Rusch, Das Irrtumserfordernis bei der *condictio indebiti*, ZSR 2009, 143 f.; vgl. MK-Schwab, BGB 814 N 10, der die Kondiktion auch ohne Vorbehalt zulässt: „Selbst Kenntnis schadet nicht, wenn die Leistung unter Druck (etwa einer bevorstehenden Zwangsvollstreckung) erfolgte. Ein solcher Fall liegt auch dann vor, wenn jemand wissentlich nicht geschuldete Leistung erbringt, um den rechtmässigen Besitz seiner Sache wiederzuerlangen – so etwa, wenn nicht geschuldete Abschleppkosten bezahlt werden, um den eigenen PKW auszulösen. Der Kondiktionauschluss des § 814 greift erst recht nicht, wenn die Leistung durch Erpressung erzwungen wurde. (...). § 814 gilt ferner nicht, wenn der Leistende das Fehlen seiner Verpflichtung nicht beweisen konnte: Dann befindet er sich ebenfalls in einer Drucksituation, die ihn, wenn er deshalb leistet und das Geleistete hernach zurückfordert, von dem Vorwurf widersprüchlichen Verhaltens befreit. Die Rückforderung ist hier weder generell nach § 814 ausgeschlossen, noch bedarf es eines Vorbehalts der Rückforderung, um die Anwendung des § 814 auszuschließen. Im Übrigen dürfte der Hinweis des Leistenden, dass er nur wegen Beweisnot zur Leistung bereit sei, als ein solcher Vorbehalt anzusehen sein. § 814 ist vielmehr dahingehend zu verstehen, dass ein Kondiktionauschluss nur bei Kenntnis und Beweisbarkeit des fehlenden Rechtsgrunds eingreift.“; vgl. Staudinger-Lorenz, BGB 814 N 8, der die Anbringung eines Vorbehalts als zumutbar erachtet.

Sachverhalt Nr. 4

Kurt geht bei einem Besuch in Fribourg ins Hôtel de la Rose, studiert die aufliegende Speisekarte und freut sich über die seiner Meinung nach angemessenen Preise. Er bestellt beim Kellner: „*Ich nehme das Kalbsschnitzel mit Nudeln*“. Gemäss Speisekarte kostet dieses Fr. 35. Das Essen ist köstlich, doch die Freude endet jäh, als der Kellner am Schluss für das Schnitzel Fr. 45 verlangt. Kurt zeigt dem Kellner die Speisekarte mit dem tieferen Preis, worauf der Kellner ihm erwidert, dies sei die Speisekarte, die vor fünf Jahren im Umlauf gewesen sei. Tatsächlich hat sich ein Spassvogel den Scherz erlaubt, unerkant eine alte Speisekarte im Restaurant aufzulegen. Der herbeigerufene Wirt besteht auf der Bezahlung von Fr. 45. *Den Konsens haben wir bereits in der Lektion Nr. 1, Sachverhalt Nr. 4 verneint. Muss Kurt dennoch etwas bezahlen?*

Lösungsvorschlag Nr. 4

Die Rückabwicklung erfolgt nach den Regeln der Vindikation und Kondiktion. Kurt kann das Essen nicht mehr zurückgeben, weil er es bestimmungsgemäss verbraucht hat. Der Wirt ist folglich nicht mehr Eigentümer – durch das Verspeisen ging das Eigentum am Essen unter, die Vindikation (Art. 641 Abs. 2 ZGB) als Klage des nichtbesitzenden Eigentümers gegen den besitzenden Nichteigentümer kann deshalb nicht mehr greifen.

Der Gast ist aber durch den Verzehr um ein Essen bereichert, das er eigentlich erwerben wollte. Schwierig ist es, den Wert des Essens jetzt festzusetzen, da der Wirt behaupten wird, das Essen sei soviel wert, wie in der (aktuellen) Karte steht (obj. Wert, Fr. 45). Dann könnte der Gast aber sagen, dass er nur Fr. 35 dafür ausgeben wollte (subj. Wert). Mit einer dritten Ansicht könnte man die Selbstkosten des Wirts als Wert betrachten, denn ohne Vertrag hat er keinen Anspruch auf den vertraglichen Gewinn. Grundsätzlich wäre bereicherungsrechtlich der objektive Wert massgebend. Es wäre aber stossend, wenn Kurt den vollen Speisekartenpreis von Fr. 45 bezahlen müsste, weil er eindeutig nur für Fr. 35 essen wollte und das Essen für ihn nur diesen Wert aufwies.³⁰ Der Rest stellt mithin eine *aufgedrängte Bereicherung* dar, wegen der er auf den Vertragsschluss verzichtet hätte und wegen der jetzt sogar ein Dissens vorliegt. Man könnte diese Aufdrängung dogmatisch durch den *Wegfall der Bereicherung* (Art. 64 Abs. 1 OR) erfassen³¹ – er ist nur bereichert um den Betrag, den er auszugeben bereit war (subj. Wert, analog zu Art. 672 Abs. 3 ZGB). Das Essen ist für ihn im Ausmass des Fr. 35 übersteigenden Preises wertlos – und unerwünscht. Um diesen Betrag von Fr. 10 ist er deshalb gutgläubig entreichert. Somit müsste der Gast immerhin den von ihm vorgestellten, tiefen Preis unter dem Titel der ungerechtfertigten Bereicherung erstatten. Soviel wollte er ausgeben, soviel hat er gespart, folglich ist er bei Nichtbestehen des Vertrags auch um diese Ersparnis *sine causa* bereichert (Art. 62 Abs. 2 OR).

³⁰ Vgl. BGE 82 II 430 ff., 432: „Auch hätte der Beklagte, dem eine Metzgerei in Dielsdorf zur Verfügung gestanden habe, kaum die Liegenschaft in Rümlang erworben, wenn er dafür soviel hätte bezahlen müssen wie irgend ein Dritter. Der Beklagte könne nicht auf einem Umwege gezwungen werden, einen Kaufpreis zu bezahlen, den er niemals angeboten hätte. Zu berücksichtigen sei auch, dass der Beklagte im Vertrauen auf die Endgültigkeit des Erwerbs grosszügiger umgebaut habe, als wenn er den vollen Verkehrswert hätte bezahlen müssen.“

³¹ Schwenzer, OR AT, N 58.14: „Dem Wegfall der Bereicherung ist der Fall gleichzustellen, dass diese zu keinem Zeitpunkt vorgelegen hat, insbesondere weil eine rechtsgrundlos erbrachte Leistung für den Bereicherungsschuldner wertlos ist oder ihm eine Wertsteigerung aufgedrängt wird, die er nicht nutzen will (...). So fehlt es an einer Bereicherung, wenn jemand Baumschnitt vor seinem Grundstück zur kostenlosen Abholung zur Kompostieranlage lagert und ein Häckselunternehmen durch Verwechslung mit dem auf dem Nachbargrundstück gelagerten Baumschnitt dieses rechtsgrundlos zu Häckselgut verarbeitet.“; Huguenin, N 1805, 1807.