

Sachverhalt Nr. 1

Am 4. Oktober 2009 kaufte und erhielt Käufer Kurt von Verkäufer Viktor, einem namhaften Kunstkenner, 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 die Echtheit der Zeichnung zusichere. Kurt liess die Echtheit der Zeichnung nicht überprüfen. Als er diese im August 2019 einer Galerie in Auktion geben wollte, kamen darüber jedoch Zweifel auf. Die Galerie wandte sich an das "Comité Picasso", das ihr im 7. September 2019 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 (7. Oktober 2019) 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; der Sachverhalt erwähnt keine Indizien für Arglist, die eine längere Sachgewährleistung von zehn Jahren im Sinne von Art. 210 Abs. 6 OR ermöglicht, doch wäre auch diese verjährt).

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 Zusicherung abgegeben. 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 Zusicherung. Kurt muss die Anfechtung innert eines Jahres seit Entdeckung des Irrtums erklären (vgl. Art. 31 Abs. 2 OR, *relative* Frist). Diese Frist wäre heute (7. Oktober 2019) noch nicht verstrichen. Er hat aber bereits fristwährend gehandelt (Art. 31 Abs. 1 OR: *«Wenn der durch Irrtum, Täuschung oder Furcht beeinflusste Teil binnen Jahresfrist weder dem anderen eröffnet, dass er den Vertrag nicht halte, noch eine schon erfolgte Leistung zurückfordert, so gilt der Vertrag als genehmigt.»*), denn gemäss Sachverhalt hat er die Rückerstattung des Kaufpreises bereits verlangt; die Entdeckung des Mangels – dafür ist sichere Kenntnis notwendig⁶ – erfolgte vor wenigen Monaten. Für die Ausübung

¹ Vgl. BGE 114 II 131 ff. http://jumpcgi.bger.ch/cgi-bin/JumpCGI?id=BGE_114_II_131 (Abruf 5.10.2019).

² Vgl. BGE 114 II 131 ff., 134 ff.

³ Vgl. BSK-Schwenzer, OR 24 N 21.

⁴ Vgl. BSK-Schwenzer, OR 24 N 22.

⁵ Vgl. BSK-Schwenzer, OR 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.

des Gestaltungsrechts genügt diese formlose, aber empfangsbedürftige Erklärung.⁷ Eine absolute Frist gibt es nicht.⁸

Die Rechtsfolge der Anfechtung ist die Ungültigkeit des Vertrages. Die Abwicklung findet mittels Kondiktion 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 Kondiktion 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 Schuldspflicht 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 Kondiktionsperre 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

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.»

⁹ 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 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 (...).“

¹¹ 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).“

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 Irrenden 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 Irrende sich auf den Mangel beruft.“

¹⁴ Vgl. BSK-Schulin, OR 62 N 15.

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 einem Jahr hat Kurt eingehalten, denn er hat von seinem Anspruch erst seit dem 7. September 2019 tatsächliche Kenntnis. Die Zweifel vom August 2019 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 macht wiederum eine Analyse anhand der Anfechtungs- und Ungültigkeitstheorie notwendig. Die Ungültigkeitstheorie lässt den Bereicherungsanspruch *schon mit der Zahlung entstehen* (also am 4. Oktober 2009), während die Anfechtungstheorie den Anspruch *erst mit der Anfechtung* entstehen lässt.¹⁷ Kurt hätte also nach der hier vertretenen Ungültigkeitstheorie noch am 4. Oktober 2019 tätig werden müssen, 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 7. Oktober 2019) nicht mehr kondizieren.

Wenn die Fristwahrung *heute noch möglich wäre*: Wie liesse 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 (7. Oktober 2019) 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).

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 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/Schluep/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 Irrenden 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/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 3345, 3348, 3350; CHK-Killias/Wiget, OR 135 N 13, 20, 32.

¹⁹ Vgl. BSK-Huwiler, OR 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).“