

«Die verwechselten Maler, Nachtsichtgeräte für Tartaros und Ärger im Verkehrsstau»

Thomas Koller*

Die nachfolgende Aufgabenstellung war an der Fachprüfung im Privatrecht I vom 20. August 2012 an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern zu bearbeiten. Diese Fachprüfung ist von den Jusstudierenden am Ende des Einführungsstudiums abzulegen. Der vorgängig in der zweisemestrigen Vorlesung und in den begleitenden Übungen behandelte Stoff umfasst den Allgemeinen Teil des Obligationenrechts (inkl. Art. 41 und Art. 55 OR), den Mobiliarkauf und eine kurze Einführung in das Handlungsfähigkeitsrecht. Die Prüfungsdauer beträgt zwei Stunden. Erlaubte Hilfsmittel waren die persönlichen Gesetze der Studierenden, welche mit Randnotizen versehen sein durften.

Gemäss Art. 10 Abs. 1 des Reglements über das Bachelor- und Masterstudium und die Leistungskontrollen an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern vom 21. Juni 2007 (RSL RW) vermittelt das Einführungsstudium die Grundlagen der Rechtsordnung und dient dazu, die Eignung der Studierenden zu juristischem Denken und Arbeiten abzuklären. Zu diesem Zweck vermittelt das Einführungsstudium insbesondere Grundkenntnisse auf den Gebieten des Privatrechts, des Strafrechts und des öffentlichen Rechts (Fachmodule Privatrecht I, Strafrecht I und öffentliches Recht I; Art. 10 Abs. 2 lit. a RSL RW). Dementsprechend wird diese Studienphase am Ende des zweiten Semesters mit je einer zweistündigen Leistungskontrolle in jedem dieser Fächer abgeschlossen (Art. 12 Abs. 1 RSL RW). Anschliessend folgt das Hauptstudium, welches zum Bachelor of Law (BLaw) führt (Art. 13 ff. RSL RW).

Für die ordentlichen Jusstudierenden ist der Augusttermin an unserer Fakultät ein Wiederholungstermin: Wer beim ersten Versuch im Juni durchgefallen ist, hat im August die Möglichkeit eines zweiten Versuchs (Art. 12 Abs. 4 RSL RW). Wer zu diesem zweiten Versuch ohne Vorliegen eines wichtigen Grundes nicht antritt, wird definitiv vom Weiterstudium an der Fakultät ausgeschlossen (Art. 12 Abs. 5 RSL RW), ebenso wer zum zweiten Mal durchfällt. Die meisten Jusstudierenden dürften somit zum zweiten Mal zur Prüfung erschienen sein. Einen ersten Versuch hatten nur diejenigen, welche im Juni aus einem wichtigen Grund die Prüfung nicht absolvieren konnten.

Insgesamt haben 92 ordentliche Jusstudierende und sechs «Nebenfächler» die Klausur geschrieben. 66 der 98 Klausuren (67,3 %) waren genügend und besser (Note 4 und höher) sowie 32 Arbeiten (32,7 %) ungenügend (Note 3,5 und tiefer). Erfreulicherweise haben über 18 % der Studierenden (18 Arbeiten) eine gute oder sehr gute Leistung (Note 5 und höher) erbracht.

A. Aufgabenstellung

Alle nachfolgenden Fälle sind (nach schweizerischem Obligationenrecht) zu bearbeiten. Die Ausführungen sind (mit ganzen Sätzen, nicht bloss mit Stichworten) zu begründen und soweit möglich mit den massgebenden Gesetzesartikeln zu belegen.

* Prof. Dr. iur., Ordinarius für Privatrecht und Sozialversicherungsrecht, unter Berücksichtigung des Steuerrechts, an der Universität Bern. Ich danke meinen Assistentinnen Frau Eylem Demir, lic.iur., und Frau Caroline von Graffenried, MLaw, für die intensive Mithilfe bei der Ausarbeitung der Prüfungsaufgabe und bei der Redaktion des vorliegenden Textes. Das Manuskript wurde am 12. September 2012 abgeschlossen.

Achten Sie auf eine saubere Subsumtionstechnik. Dort, wo Sie im Rahmen eines allfällig bestehenden vernünftigen Beurteilungsspielraums eine von mehreren Anspruchsvoraussetzungen als nicht erfüllt erachten, sind die weiteren Anspruchsvoraussetzungen trotzdem zu prüfen. Wichtig für die Bewertung ist zudem bei verschiedenen Aufgaben eine methodologisch korrekte Argumentation.

Beachten Sie die relative Gewichtung der Aufgaben durch die Punkteangaben (Zeiteinteilung!). Die Zeit ist knapp: Beschränken Sie sich auf das Wesentliche!

Fall 1

Deutscher Realist statt «the unsuspected man of genius»

Frau V hat von ihrer Tante verschiedene Gegenstände geerbt, darunter ein Bild eines jungen Mannes, das gemäss einem dreissig Jahre alten Kurzgutachten des Kunstsachverständigen Dr. X, welches sich ebenfalls in der Erbschaft befindet, vom amerikanischen Maler Frank Duveneck (1848 – 1919; «the unsuspected man of genius») stammen soll. Da V keine Kunstkennerin ist, lässt sie den Wert des Bildes von einem Experten schätzen, wobei sie klar zu verstehen gibt, dass sie keine hohen Kosten für die Schätzung haben möchte. Der Experte schaut das Bild kurz an und meint, für einen solchen Duveneck könne man etwa CHF 6'000.– lösen. In der Folge veräussert V das Bild zu diesem Preis an Frau K, ebenfalls keine Kunstkennerin, wobei sie auf der Quittung für den Kaufpreis die Erklärung «Ölbild Männerkopf von Frank Duveneck gemäss Gutachten Dr. X» abgibt. K hängt das Bild in ihrer Wohnung an eine Wand.

Rund ein Jahr später macht ein Besucher Frau K darauf aufmerksam, dass möglicherweise nicht Duveneck der Urheber des Bildes sein könnte. Ein von K in Auftrag gegebenes Gutachten kommt zum Schluss, dass das Bild von Wilhelm Leibl (1844–1900), einem der bedeutendsten Vertreter des deutschen Realismus, stammt und einen Verkehrswert von ungefähr CHF 25'000.– hat. Zwei Jahre später stellt K das Bild einem Museum als Leihgabe zur Verfügung, wo es mit der Bezeichnung «Ölbild eines jungen Mannes von Wilhelm Leibl» für ein paar Wochen ausgestellt wird. Zufällig sieht V das Bild, als

sie mit ihrem neuen Freund die Ausstellung besucht. Dieser, ein Liebhaber des Realismus, ist vom Gemälde begeistert und macht V auf dessen ungefähren Verkehrswert aufmerksam. Daraufhin verlangt sie das Bild von K (gegen Rückzahlung des Kaufpreises) zurück. K ist damit nicht einverstanden und möchte das Bild behalten.

- a) Kann V grundsätzlich das Bild von K (gegen Rückerstattung des Kaufpreises) zurückverlangen?

9 Punkte

Hinweise: Zu beurteilen ist nur die Rechtslage zwischen V und K. Allfällige Haftungsansprüche gegenüber den Experten sind nicht zu prüfen.

Nicht zu prüfen ist auch die Frage, ob K von V Ersatz für die Kosten des von ihr in Auftrag gegebenen Gutachtens verlangen kann, falls sie das Bild zurückgeben muss.

Da K das Gemälde ans Herz gewachsen ist, wäre sie notfalls – aber nur wenn es nicht anders geht – bereit, V CHF 19'000.– nachzuzahlen, um das Bild behalten zu können. Damit wäre indessen V nicht einverstanden, weil sie das Bild zurückhaben möchte, um ihrem Freund eine Freude zu bereiten. Die Tochter von Frau K, eine aufgeweckte Jusstudentin im zweiten Semester, meint, ihrer Mutter stehe dieses Recht zu; das lasse sich mit einer analogen Anwendung der Theorie von der modifizierten Teilnichtigkeit (Art. 20 Abs. 2 OR) begründen.

- b) Angenommen, Frage a) sei zu bejahen: Kann K das Bild behalten, wenn sie zur Nachzahlung von CHF 19'000.– bereit ist?

3 Punkte

Fall 2

Keine Nachsicht mit Nachtsichtgeräten

Die X AG mit Sitz in der Schweiz handelt mit diversen technischen Geräten. Eines Tages tritt die Y Ltd. mit Sitz in Elysion (einem Staat, mit dem die Schweiz vielfältige Handelsbeziehungen unterhält) an die X AG heran und zeigt sich am Kauf von 100 Nachtsichtgeräten interessiert. Die X AG, welche die

« DIE VERWECHSELTEN MALER, NACHTSICHTGERÄTE FÜR TARTAROS UND ÄRGER IM VERKEHRSTAU »

Kaufinteressentin nicht kennt, offeriert diese Geräte zum Preis von CHF 200'000.–, zahlbar im Voraus, Lieferung eine Woche nach Eingang der Zahlung, Unterstellung des Vertrages unter das schweizerische Recht (insbesondere unter das schweizerische Obligationenrecht). Die Y Ltd. akzeptiert das Angebot umgehend und bezahlt die CHF 200'000.– auf das von der X AG angegebene Bankkonto.

Kurz bevor die X AG die Geräte absenden will, wird ihr gerüchteweise zugetragen, dass die Y Ltd. die Nachtsichtgeräte von Elyson aus nach Tartaros weiterzuleiten gedenke, dessen Armee solche Geräte benötige. Tartaros ist ein Staat, in dem seit Monaten ein Bürgerkrieg tobt. Auf Nachfrage hin bestätigt die Y Ltd. nach einigem Zögern diesen Sachverhalt. Als die X AG ausführt, sie müsse zuerst abklären, ob sie unter diesen Umständen liefern dürfe, verlangt die Y Ltd. energisch die Erfüllung des Vertrages. Sie selber habe sich vertraglich zur Lieferung an die Armee von Tartaros verpflichtet und habe hohe Schadenersatzforderungen zu gewärtigen, wenn die Lieferung nicht demnächst erfolge. Sollte die X AG ihrer Verpflichtung nicht nachkommen, so werde die Y Ltd. sie ihrerseits für sämtlichen Schaden haftbar machen. Zudem lässt die Y Ltd. durchblicken, dass ein Teil der Familie ihres wichtigsten Gesellschafters in Tartaros wohne und seit Monaten der Gefahr von Repressalien ausgesetzt sei. Wenn die Geräte nicht endlich geliefert würden, müsse mit dem Schlimmsten gerechnet werden. Die Y Ltd. habe auch aus diesem Grund keine Wahl, als die Geräte zu beziehen und nach Tartaros weiterzuleiten.

Art. 2 Abs. 2 der bundesrätlichen Verordnung über Massnahmen gegenüber Tartaros (SR 946.231. xxx) hält Folgendes fest:

«Der Verkauf, die Lieferung, die Ausfuhr und die Durchfuhr von Gütern nach Anhang 1, die zur internen Repression benützt werden können, nach Tartaros oder zur Verwendung in Tartaros sind verboten.»

Bei den fraglichen Geräten handelt es sich um Nachtsichtgeräte gemäss Ziff. 6 von Anhang 1 dieser Verordnung.

Zum Erlass von Verordnungen wie der vorliegenden ist der Bundesrat gestützt auf Art. 2 des Bundesgesetzes über die Durchsetzung von internationalen Sanktionen vom 22. März 2002 (Embargogesetz; EmbG; SR 946.231) befugt. In der Realität hat er

schon mehrfach von dieser Kompetenz Gebrauch gemacht und gegen verschiedene Länder solche Verordnungen erlassen.

Gemäss Art. 1 Abs. 1 EmbG kann der Bund Zwangsmassnahmen erlassen, um Sanktionen durchzusetzen, die von der UNO, der Organisation für Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa oder von den wichtigsten Handelspartnern der Schweiz beschlossen worden sind und die der Einhaltung des Völkerrechts, namentlich der Respektierung der Menschenrechte, dienen.

Die zivilrechtlichen Folgen bei einer Verbotswertung regelt die Verordnung nicht. Wer gegen Art. 2 der Verordnung verstösst, macht sich aber strafbar (Art. 20 Abs. 1 der Verordnung in Verbindung mit Art. 9 EmbG).

a) *Ist die X AG zur Lieferung der Nachtsichtgeräte verpflichtet?*

5 Punkte

Zwei Tage später teilt die X AG der Y Ltd. mit, dass sie nicht zur Lieferung verpflichtet sei und daher nicht liefern werde. Die Y Ltd. ist damit an sich nicht einverstanden, verlangt aber eventualiter den Kaufpreis von CHF 200'000.– zurück. Die X AG möchte den Betrag lieber nicht zurückerstatten.

b) *Muss die X AG die CHF 200'000.– zurückzahlen, falls sie nicht zur Lieferung der Nachtsichtgeräte verpflichtet ist?*

8 Punkte

Hinweis: *Bei beiden Fragen sind allfällige Schadenersatzansprüche der Parteien nicht zu prüfen.*

Fall 3

Stau, schau wem

F verursacht im Morgenverkehr mit einem Auto, das er von einem Freund für einen halben Tag ausgeliehen hat, einen Unfall mit einem anderen Wagen, dessen Vortrittsrecht er unvorsichtigerweise missachtet. Da sich der Unfall an einer engen Stelle ereignet und reger Verkehr herrscht, bildet sich sofort ein Stau. G, der hinter F gefahren, aber nicht in den Un-

fall verwickelt ist, bleibt mit seinem Wagen während rund dreiviertel Stunden in diesem Stau stecken. Daher kommt er verspätet ins Büro und verpasst einen wichtigen gewinnbringenden Geschäftsabschluss. Er möchte von F Schadenersatz. Sein Sohn – Jusstudent im zweiten Semester – meint, das sei überhaupt kein Problem. Genau für solche Dinge sei das Privatrecht da; schliesslich diene es nach dem Grundsatz des «*neminem laedere*» (= Schädige niemanden!) einem angemessenen Interessenausgleich unter den Rechtssubjekten. Wer sich nicht an die Verkehrsregeln halte, habe für die Folgen aufzukommen. Die Freundin des Sohnes, ebenfalls Jusstudentin, dagegen hat Zweifel; sie glaubt eher nicht, dass F dem G Schadenersatz schulde.

Wie beurteilen Sie die Rechtslage?

5 Punkte

Hinweise: Die Haftung des Automobilhalters richtet sich nach einer speziellen Bestimmung (Art. 58 Abs. 1 SVG), welche nicht Prüfungsgegenstand ist. Die hier gefragte Haftung des Lenkers, der nicht Halter ist, dagegen beurteilt sich nach den allgemeinen Regeln.

Gehen Sie bei der Beantwortung der Frage davon aus, dass G ohne den Stau rechtzeitig ins Büro gekommen wäre, das fragliche Geschäft hätte abschliessen können und der entgangene Gewinn nachgewiesen ist. Äussern Sie sich nur ganz kurz zu dem, was unproblematisch ist, einlässlicher dagegen zum Kritischen, und zwar im Lichte der vom Bundesgericht zur massgebenden Anspruchsgrundlage seit Jahrzehnten angewandten Theorie.

B. Lösungsskizze

Fall 1

Deutscher Realist statt «the unsuspected man of genius»

a) Zwischen V und K ist ein Kaufvertrag i.S.v. Art. 184 OR zustande gekommen. Die Parteien haben sich offenkundig über die wesentlichen Vertragspunkte (Kaufgegenstand und Kaufpreis) geeinigt. Das Bild zurückverlangen kann V nur, wenn

sie wirksam einen *Grundlagenirrtum* nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR geltend machen kann.

Gemäss Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR liegt ein wesentlicher Irrtum vor, wenn der Irrtum einen bestimmten Sachverhalt betraf, der von Irrenden nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als eine notwendige Grundlage des Vertrages betrachtet wurde. Ein Grundlagenirrtum setzt demgemäss voraus, dass die folgenden vier Tatbestandselemente erfüllt sind: (1.) Der Irrtum muss sich auf einen bestimmten Sachverhalt beziehen sowie (2.) subjektiv und (3.) objektiv wesentlich sein. (4.) Zudem muss – was in der Lehre allerdings umstritten ist – für den Irrtumsgegner erkennbar gewesen sein, welche grundlegende Bedeutung der irrtümlich vorgestellte Sachverhalt für den Irrenden hat.

Das erste Tatbestandselement ist offenkundig erfüllt. Zur Diskussion steht ein konkreter Sachverhalt, nämlich der Umstand, wer der Urheber des Gemäldes war.

Subjektiv wesentlich ist dieser Sachverhalt, wenn ihn die irrende Vertragspartei, hier also Frau V, beim Vertragsschluss als notwendige Grundlage des Vertrages betrachtet hat. Davon ist dann auszugehen, wenn die Irrende bei Kenntnis des wahren Sachverhalts den Vertrag nicht oder nicht zu denselben Bedingungen geschlossen hätte. Dieses Tatbestandselement dürfte im vorliegenden Fall erfüllt sein. Frau V ist zwar keine Kunstkennerin und war im Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht mit ihrem jetzigen Partner befreundet, der ein Liebhaber des deutschen Realismus ist und Freude an diesem Bild von Leibl hat. Daher ist mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit anzunehmen, dass sie das Gemälde auch verkauft hätte, wenn sie gewusst hätte, dass es von Leibl und nicht von Duvneck stammt. Da das Bild aber wegen seiner Herkunft einen deutlich höheren Wert hat als vom von V beigezogenen Experten («für einen solchen Duvneck») summarisch geschätzt und dem Kaufvertrag zugrunde gelegt, kann davon ausgegangen werden, dass Frau V den Vertrag zumindest nicht zu den Bedingungen geschlossen hätte, wenn sie die wahre Urheberschaft am Bild gekannt hätte. Die wahre Urheberschaft am Bild war somit für Frau V subjektiv wesentlich.

Objektive Wesentlichkeit bedeutet, dass die Irrende nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr den fraglichen Umstand als notwendige Grundlage des Vertrages betrachten durfte. Auch das kann hier

bejaht werden. Beide Vertragsparteien sind bei Vertragsschluss gestützt auf das Kurzgutachten des Kunstsachverständigen Dr. X davon ausgegangen, dass es sich beim Kaufgegenstand um ein Bild des Malers Duveneck handelt. Für ein Kunstwerk von einem gewissen Wert wie ein hier zur Diskussion stehendes Gemälde ist der Umstand, von welchem Künstler es stammt, von zentraler Bedeutung. *Haben wie im vorliegenden Fall die Parteien bei Vertragsschluss die gemeinsame Vorstellung, dass das Kunstwerk ein Originalgemälde eines bestimmten Malers (hier: von Duveneck) sei, so bildet die wahre Urhebererschaft einen Teil des Vertragsfundaments¹.* Nicht relevant für das Kriterium der objektiven Wesentlichkeit ist dagegen *für sich betrachtet* die Höhe des Verkehrswerts. Selbst wenn der Verkehrswert eines «Leibl» gleich wäre wie derjenige eines Duveneck, würde es hier am Vertragsfundament fehlen.

Korrekturhinweis: *Der Irrtum über den Verkehrswert selber ist kein rechtserheblicher Irrtum; die Annahme eines bestimmten Wertes der Leistung bildet keine notwendige Grundlage des Vertrages². Ein Grundlagenirrtum kann aber gegeben sein, wenn sich eine Partei über eine wertbildende Eigenschaft des Vertragsgegenstandes (wie z.B. hier über die Frage, von wem das Bild stammt) irrt³.*

Für die Tatbestandsvoraussetzung der Erkennbarkeit gilt hier weitgehend dasselbe wie hinsichtlich der objektiven Wesentlichkeit: Die Käuferin K musste aus den skizzierten Überlegungen davon ausgehen, dass es für die Verkäuferin wesentlich war, ein Bild von Duveneck und nicht das Bild eines anderen Malers zu veräussern. Ein allfälliger Einwand von K, sie habe nicht erkennen können, dass die wahre Urhebererschaft am Bild für die Verkäuferin wesentlich war, wäre daher unbehelflich.

Korrekturhinweis: *In der Lehre ist wie erwähnt umstritten, ob das Kriterium der Erkennbarkeit beim Grundlagenirrtum überhaupt erforderlich ist⁴. Die Studierenden mussten sich aufgrund der Aufgabenstellung dennoch mit diesem Tatbestandsmerkmal auseinandersetzen.*

Frau V kann somit gegenüber Frau K erklären, dass sie den Kaufvertrag wegen Grundlagenirrtums gestützt auf Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR *nicht halten wolle*. Zu diesem Zweck muss sie eine entsprechende Erklärung nach Art. 31 Abs. 1 OR an K richten, und zwar *binnen Jahresfrist* nach Entdecken des Irrtums (Art. 31 Abs. 2 OR). Das hat sie bereits fristgerecht getan, indem sie mit der Begründung, das Bild stamme von einem anderen Maler als bei Vertragsabschluss angenommen, das Bild gegen Rückzahlung des Kaufpreises zurückverlangt.

Problematisch könnte in einem Fall wie dem vorliegenden allenfalls Art. 25 Abs. 1 OR sein. *Nach dieser Bestimmung ist die Berufung auf Irrtum ausgeschlossen, wenn sie Treu und Glauben widerspricht*. Das könnte man wohl mit gutem Grund behaupten, wenn eine Kunstkennnerin oder erst recht eine gewerbmässige Kunsthändlerin das Bild verkauft hätte. Diesfalls wäre es höchst fragwürdig, dass die Verkäuferin das Bild «zurückholen» könnte, wenn sich nachträglich herausstellt, dass es von einem anderen Maler stammt und daher einen deutlich höheren Verkehrswert hat. In casu kann aber das Verhalten von Frau V, die das Bild geerbt hat und von Kunst nichts versteht, nicht als treuwidrig qualifiziert werden.

¹ Vgl. dazu auch THOMAS KOLLER/JON S. PLOTKE, Picasso und van Gogh im Spiegelbild – Überlegungen zum Grundlagenirrtum im Kunstrecht, in: Spuren des römischen Rechts, Festschrift für Bruno Huwiler zum 65. Geburtstag, hrsg. von Pascal Pichonnaz/Nedim Peter Vogt/Stephan Wolf, Bern 2007, 363 ff., spez. 382 (zum «echten» Leibl-statt-Duveneck-Fall).

² BGE 41 II 571 E. 5 S. 575; vgl. auch 110 II 293 E. 5b S. 303; INGEBORG SCHWENZER, Art. 24 N 27, in: Heinrich Honssell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht I, 5. Aufl. Basel 2011 (im Folgenden: BSK OR I-SCHWENZER).

³ Siehe dazu etwa INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. Bern 2012 (im Folgenden: SCHWENZER, OR AT), Rz. 37.37.

⁴ Vgl. dazu etwa SCHWENZER, OR AT (Fn. 3), Rz. 37.27 (befürwortend), und PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID/SUSAN EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 9. Aufl. Zürich 2008, Band I, N 781 (ablehnend), beide je m.Hw.

Korrekturhinweis: Selbstverständlich lässt sich hier auch die Auffassung vertreten, in einem Fall wie dem vorliegenden sei eine Anfechtung des Vertrages wegen Grundlagenirrtums ausgeschlossen. Die Rechtslage bei solchen Fällen kann sehr differenziert betrachtet werden⁵. Für die Bewertung wesentlich war nicht das Resultat, sondern die Gedankenführung.

b) Gemäss Rechtsprechung und Lehre ist die Bestimmung von Art. 20 Abs. 2 OR auf Willensmängel analog anwendbar⁶. Voraussetzung dafür wäre an sich, dass der verbleibende Teil des Vertrages ein sinnvolles Ganzes bildet, das für sich bestehen kann⁷. Dies gilt indessen genau besehen nur für die «schlichte» Teilnichtigkeit, die der Wortlaut von Art. 20 Abs. 2 OR im Auge hat. Heute ist jedoch allgemein anerkannt, dass im Rahmen dieser Norm auch die sogenannte *modifizierte Teilnichtigkeit* zum Tragen kommen kann. Bei der *modifizierten Teilnichtigkeit* wird gefragt, was die Betroffenen als vernünftig und redlich denkende Parteien vereinbart hätten, wenn ihnen bei Vertragsschluss die Mangelhaftigkeit des Vertrages bewusst gewesen wäre, d.h. zu ermitteln ist der *hypothetische Parteiwille*⁸. Beruft sich der Irrrende auf einen Irrtum, so kann jede Partei geltend machen, der Vertrag wäre (hypothetisch) mit anderem Inhalt geschlossen worden⁹.

Frau K müsste sich auf den Standpunkt stellen, Frau V hätte seinerzeit den Vertrag auch dann ge-

schlossen, wenn sie gewusst hätte, dass das Bild nicht von Duve-neck, sondern von Leibl stammt; sie würde dann bloss einen höheren Kaufpreis verlangt haben. Denn Frau V sei keine Kunstkennerin; ihr sei es damals bloss um den Verkaufserlös gegangen. Wenn die Parteien schon damals gewusst hätten, von wem das Gemälde effektiv stammt, so hätten sie daher den Vertrag trotzdem geschlossen, einfach zu einem höheren Preis. Frau V wolle das Bild heute nur realiter zurück, weil ihr neuer Freund Liebhaber des deutschen Realismus sei; diese Entwicklung nach Vertragsabschluss aber sei unbeachtlich. Ob Frau K mit dieser Argumentation durchdringen würde, ist allerdings schwer prognostizierbar.

Korrekturhinweis: Auf den ersten Blick könnte man geneigt sein, zur Beurteilung der Frage, ob Frau K das Bild behalten darf, wenn sie die Verkehrswertdifferenz nachzahlt, Art. 25 Abs. 2 OR herbeizuziehen. Gemäss dieser Norm muss der Irrrende den Vertrag so gelten lassen, wie er ihn verstanden hat, sobald der Andere sich dazu bereit erklärt. Diese Bestimmung ist allerdings auf den Erklärungsirrtum zugeschnitten und würde z.B. gut für einen (hier nicht zur Diskussion stehenden) *error in quantitate* gemäss Art. 24 Abs. 1 Ziff. 3 OR passen, nicht aber für einen *Grundlagenirrtum*¹⁰. Der zu beurteilende Fall zeigt dies eindrücklich: Vertragsfundament ist hier wie dargelegt nicht der Verkehrswert des Bildes, sondern die wahre Urheberschaft. Durch eine Nachzahlung kann das Vertragsfundament nicht gleichsam im Nachhinein durch Konversion «hergestellt» werden.

Von den Studierenden im Anfängerstudium kann nicht verlangt werden, dass sie diese Feinheit kennen. Daher wurde im Sachverhalt bewusst auf die Theorie der modifizierten Teilnichtigkeit hingewiesen, damit sich die Studierenden mit diesem Lösungsweg auseinandersetzen mussten. Eine vertiefte Diskussion konnte allerdings nicht erwartet werden.

Fall 2

Keine Nachsicht mit Nachtsichtgeräten

a) Die X AG wäre zur Lieferung der Nachtsichtgeräte an die Y Ltd. verpflichtet, wenn zwischen den

⁵ Vgl. dazu einlässlich KOLLER/PLOTKE (Fn. 1), 363 ff. (zur Problematik insgesamt) und speziell 383 f. (zur Frage, ob sich ein kunstsachverständiger Verkäufer auf den Irrtum berufen kann).

⁶ Vgl. zur analogen Anwendung von Art. 20 Abs. 2 OR auf den Grundlagenirrtum etwa BGE 135 III 537 E. 2.1 S. 541 und 130 III 49 E. 3.2 S. 56 m.Nw., sowie GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (Fn. 4), N 852, und SCHWENZER, OR AT (Fn. 3), Rz. 39.08. In wohl zustimmendem Sinn BRUNO SCHMIDLIN, Berner Kommentar Band IV/1/2/1b, Bern 1995, Art. 25 N 26.

⁷ BGE 130 III 49 E. 3.2 S. 56 f.

⁸ Vgl. dazu allgemein etwa GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (Fn. 4), N 703 ff.; SCHWENZER, OR AT (Fn. 3), Rz. 32.42.

⁹ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (Fn. 4), N 852.

¹⁰ BSK OR I-SCHWENZER (Fn. 2), Art. 25 N 8, m.Nw. (auch auf eine abweichende Auffassung).

Parteien ein gültiger Vertrag zustande gekommen wäre.

Eine gegenseitige übereinstimmende Willensäusserung von X und Y im Sinne von Art. 1 OR, d.h. ein *Konsens*, liegt in casu offenkundig vor. Die Parteien haben sich durch den Austausch von Offerte und Akzept über die wesentlichen Vertragspunkte (Kaufgegenstand, Kaufpreis) geeinigt. *Prima vista* scheint daher ein *Kaufvertrag* zwischen den Beteiligten zu existieren. Indessen könnte die Gültigkeit des Vertrages an einem Verstoss gegen eine Inhaltsbeschränkung gemäss Art. 19/20 OR scheitern. Näher zu prüfen ist die Frage, *ob der Vertrag nichtig ist, weil er einen widerrechtlichen Inhalt hat*.

Gemäss Art. 2 Abs. 2 der Verordnung über Massnahmen gegenüber Tartaros ist die Lieferung bestimmter Gegenstände, die im Anhang 1 der Verordnung aufgelistet sind, «zur Verwendung in Tartaros» verboten. Bei den fraglichen Nachsichtgeräten handelt es sich um Gegenstände, die zur internen Repression verwendet werden können und in Anhang 1 der Verordnung aufgeführt sind. Die Lieferung soll zwar nicht nach Tartaros erfolgen, aber die Geräte sind – wie die Y Ltd. zugibt – für die Verwendung in Tartaros bestimmt. Die Vereinbarung zwischen den Parteien verstösst damit gegen die Verbotsnorm von Art. 2 Abs. 2 der Verordnung. Das heisst indessen noch nicht, dass die Verletzung dieses Verbotes zur Nichtigkeit des Vertrages führt. *Ein gegen eine Verbotsnorm verstossender Vertrag ist nur dann nichtig, wenn entweder die Verbotsnorm selber diese Rechtsfolge vorsieht oder wenn Sinn und Zweck der Verbotsnorm die Nichtigkeit verlangen*¹¹. Die Verordnung regelt die zivilrechtlichen Folgen eines Verstosses gegen Art. 2 Abs. 2 nicht. Daher ist durch *Auslegung* zu ermitteln, ob Sinn und Zweck dieser Bestimmung die Nichtigkeit entgegenstehender Vereinbarungen erfordern.

Das Verbot von Art. 2 Abs. 2 der Verordnung bezweckt gemäss Art. 1 Abs. 1 des Embargogesetzes die Durchsetzung von internationalen Sanktionen gegen einen konkreten Staat, hier gegen Tartaros, die der Einhaltung des Völkerrechts, namentlich der Respektierung der Menschenrechte, dienen. *Dieses Ziel kann nur erreicht werden, wenn Lieferungen von Gütern, die im Anhang 1 der Verordnung aufgeführt sind, nicht erfolgen*. Mit einem gültigen Vertrag wäre jedoch die Verkäuferin zivilrechtlich zur Lieferung verpflichtet und die Käuferin könnte den Lie-

feranspruch gerichtlich geltend machen. Das Zivilrecht würde somit dem Käufer zu dem verhelfen, was ihm die Verordnung versagen will. Ein solcher Wertungswiderspruch könnte nicht hingenommen werden. Der Zweck der Verbotsnorm verlangt hier somit die Nichtigkeit des Vertrages.

Da der Vertrag zwischen der X AG und der Y Ltd. nichtig ist, hat die Y Ltd. keinen Anspruch auf Lieferung der Nachsichtgeräte.

b) Die Rückabwicklung von Leistungen, die gestützt auf einen nichtigen Vertrag erbracht wurden, beurteilt sich generell nach den Regeln der Vindikation und der Kondiktion¹², hier – da es um die Rückforderung einer Geldleistung geht – also gestützt auf das *Kondiktionsrecht*. Zu prüfen ist, ob die Voraussetzungen einer *condictio indebiti* erfüllt sind.

Gemäss Art. 62 Abs. 1 OR hat die Bereicherung zurückzuerstatten, *wer in ungerechtfertigter Weise aus dem Vermögen eines anderen bereichert worden ist*. Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt. Aufgrund der Zahlung der Y Ltd. an die X AG hat zwischen den Betroffenen eine *Vermögensverschiebung* im Umfang von CHF 200'000.– stattgefunden, d.h. die Y Ltd. ist um diesen Betrag entreichert und X AG entsprechend bereichert. Die Leistung erfolgte im Hinblick auf einen vermeintlich geschlossenen, in Wirklichkeit aber nichtigen Vertrag und somit *ohne Rechtsgrund*. Grundsätzlich hätte daher die X AG die empfangenen CHF 200'000.– zurückzuzahlen.

Einem Bereicherungsanspruch der Y Ltd. könnten indessen zwei mögliche Kondiktionssperren entgegenstehen, nämlich diejenige von Art. 63 OR und/oder diejenige von Art. 66 OR.

Gemäss Art. 63 Abs. 1 OR kann derjenige, der eine Nichtschuld *freiwillig* bezahlt, das Geleistete nur dann zurückfordern, wenn er nachzuweisen vermag, *dass er sich über die Schuldspflicht im Irrtum befunden hat*. Die Y Ltd. wird geltend machen, dass sie nicht freiwillig geleistet habe. Sie sei (subjektiv)

¹¹ BGE 134 III 52 E. 1.1 S. 54, m.Nw.; SCHWENZER, OR AT (Fn. 3), Rz. 32.37; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (Fn. 4), N 684.

¹² GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (Fn. 4), N 681; SCHWENZER, OR AT (Fn. 3), Rz. 32.47.

in einer Zwangslage gewesen, weil ein Teil der Familie ihres wichtigsten Gesellschafters der Gefahr von Repressalien ausgesetzt gewesen wäre, wenn sie sich nicht um die Nachsichtgeräte bemüht hätte. Grundsätzlich kann eine solche Bedrohung durch Dritte zur Unfreiwilligkeit der Leistung führen. Fraglich ist jedoch, ob die Y Ltd. die Zwangslage beweisen kann und ob die Gefahr von Repressalien als objektiv hinreichend schwer zu qualifizieren wäre. Wird die Unfreiwilligkeit verneint, so muss die Y Ltd. weiter darlegen, dass sie sich bei der Zahlung im Irrtum über die Schuldspflicht befand. Ein Irrtum im Sinne von Art. 63 Abs. 1 OR kann auch ein sogenannter *Rechtsirrtum* (d.h. ein Irrtum über die Rechtslage) sein. Ein solcher Rechtsirrtum kann z.B. darin bestehen, dass der Leistende meinte, gestützt auf einen wirksamen Vertrag zur Leistung verpflichtet zu sein. Dies dürfte der Y Ltd. allerdings schwer fallen. Als international tätige Unternehmung dürfte sie wissen, dass gegen Tartaros in gewissen Ländern Handelsanktionen verhängt worden sind. Sie wird somit wohl auch gewusst haben, dass die Nachsichtgeräte nicht geliefert werden dürfen, wenn sie zur Verwendung in Tartaros bestimmt sind. Das müsste genügen, um einen Rechtsirrtum auszuschliessen, selbst wenn der Y Ltd. die genauen zivilrechtlichen Folgen eines Verstosses gegen das Verbot nicht bewusst gewesen sein sollten.

Je nach Ausgang des Beweisverfahrens kommt somit die Kondiktionssperre von Art. 63 Abs. 1 OR zum Tragen oder nicht.

Korrekturhinweis: Wer die Freiwilligkeit verneinte, musste den Irrtumsnachweis trotzdem diskutieren, da gemäss Aufgabenstellung dort, wo im Rahmen eines allfällig bestehenden vernünftigen Beurteilungsspielraums eine von mehreren Tatbestandsvoraussetzungen als nicht erfüllt erachtet wurde, die weiteren Tatbestandsvoraussetzungen dennoch zu prüfen waren.

Gemäss Art. 66 OR kann nicht zurückgefordert werden, was in der Absicht gegeben worden ist, einen rechtswidrigen Erfolg herbeizuführen. *Nach neuerer Rechtsprechung des Bundesgerichts will diese Kondiktionssperre nur die Rückforderung eines sogenannten Gaunerlohns verhindern¹³.* Die Rückforderung ist somit bloss ausgeschlossen, wenn die Leistung zur Anstiftung oder Belohnung eines rechtswidrigen Verhaltens erfolgte¹⁴. Die Tragweite von Art. 66 OR ist damit bewusst eng gefasst. *Nur wenn der Zweck der verletzten Norm eindeutig den Ausschluss der Rückerstattung erfordert, soll eine solche verweigert werden¹⁵.*

Wie es sich damit in einem Fall wie dem vorliegenden verhält, ist schwer beurteilbar. Formal gesehen ist hier das Kriterium des Gaunerlohns erfüllt, will doch die Y Ltd. die X AG mit der Zahlung zu einem rechtswidrigen, ja sogar strafbaren Verhalten anstiften. Ihr Verhalten ist damit klar auf die Herbeiführung eines rechtswidrigen Erfolges gerichtet. Fraglich ist jedoch, ob der Zweck von Art. 2 Abs. 2 der Verordnung eindeutig den Ausschluss der Rückerstattung erfordert. Internationale Handelsanktionen gegen Tartaros können auch dann durchgesetzt werden, wenn der im Voraus bezahlte Kaufpreis zurückerstattet wird. Wesentlich für das Funktionieren des Handelsembargos ist, dass die unter das Embargo fallenden Waren nicht geliefert werden; Geldflüsse, die nicht ihrerseits unter eine Verbotsnorm der Verordnung fallen, tangieren das Embargo nicht. Das spräche in casu an sich gegen eine Anwendung der Kondiktionssperre von Art. 66 OR. Im Gegenzug könnte allerdings die Auffassung vertreten werden, die Anwendung von Art. 66 OR hätte in einem Fall wie dem vorliegenden eine gewisse *Präventionswirkung*: Riskiert ein potentieller Käufer, die Kaufpreiszahlung nicht zurückzuerhalten, so wird er möglicherweise eher geneigt sein, gar nicht erst einen auf die Verletzung des Embargos hinauslaufenden (nichtigen) Kaufvertrag abzuschliessen. Das Bundesgericht ist jedoch, was den Einsatz von Art. 66 OR für Präventionszwecke betrifft, sehr zurückhaltend¹⁶.

Korrekturhinweis: Welche Auffassung hier vertreten wurde, war für die Bewertung ohne Belang. Wichtig war die Diskussion der mit Art. 66 OR zusammenhängenden rechtlichen Aspekte. Eine vertiefte Diskussion der Probleme

¹³ BGE 134 III 438; SCHWENZER, OR AT (Fn. 3), Rz. 56.11 ff.

¹⁴ BGE 134 III 438 E. 3.2 S. 445.

¹⁵ BGE 134 III 438 E. 3.2 S. 445.

¹⁶ So sehr deutlich BGE 134 III 438 E. 3.2 S. 445 in fine.

matik konnte allerdings von den Studierenden im Anfängerstudium nicht erwartet werden.

Fall 3

Stau, schau wem

Als mögliche rechtliche Grundlage für einen Schadenersatzanspruch von G gegen F kommt nur Art. 41 Abs. 1 OR (Haftung aus unerlaubter Handlung) in Betracht. Die Tatbestandselemente des Schadens, der natürlichen Kausalität und des Verschuldens sind gemäss Aufgabenstellung (so bzgl. Schaden und natürliche Kausalität) bzw. Sachverhalt (so bzgl. Verschulden [«unvorsichtigerweise»]) ohne Weiteres erfüllt. Auch das Kriterium der adäquaten Kausalität dürfte erfüllt sein: Nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung ist ein Verkehrsunfall geeignet, einen Stau zu verursachen, was wiederum sehr oft dazu führen wird, dass im Stau stecken gebliebene Autofahrer durch entgangene Geschäfte eine Vermögenseinbusse erleiden.

Kritisch hingegen ist das Tatbestandselement der Widerrechtlichkeit. Das Bundesgericht folgt seit Jahrzehnten der sogenannten objektiven Widerrechtlichkeitstheorie. Nach dieser Theorie liegt die Widerrechtlichkeit in zwei Fällen vor: Bei der Verletzung eines absoluten Rechts (Erfolgsunrecht) sowie – bei reinen Vermögensschäden – beim Verstoss gegen eine Verbotsnorm, die dem Schutz des individuellen Vermögens gegen solche Schädigungen dient (Handlungsunrecht)¹⁷. Da im vorliegenden Fall kein absolutes Recht des G verletzt wurde, sondern dieser bloss einen reinen Vermögensschaden erlitten hat, ist zu prüfen, ob F eine entsprechende Schutznorm verletzt hat.

F hat – wie es im Sachverhalt heisst – unvorsichtigerweise das Vortrittsrecht eines anderen Automobilisten und damit eine Verkehrsregel missachtet. Verkehrsregeln dienen dazu, die Sicherheit des Strassenverkehrs zu gewährleisten. Sie haben dabei primär den Schutz von Leib und Leben im Visier, daneben aber auch die Verhinderung von Sachschäden (z.B. an Automobilen). Der Verhinderung reiner Vermögensschäden, die z.B. durch einen Stau verursacht werden, können sie dagegen nicht dienen¹⁸. Damit fehlt den Strassenverkehrsregeln insoweit der Schutznormcharakter. Eine andere Norm, die

Schutznormcharakter haben und von F verletzt worden sein könnte, ist nicht ersichtlich. Daher haftet F dem G für den Schaden nicht, da er diesen Schaden nicht widerrechtlich zugefügt hat.

Korrekturhinweise: *Nach der objektiven Widerrechtlichkeitstheorie ist für reine Vermögensschäden die Verletzung einer Schutznorm erforderlich, und daran gebricht es hier. Ob andere Widerrechtlichkeitstheorien zu einem anderen Ergebnis führen würden, kann offen bleiben. Denn gemäss Aufgabenstellung war die Frage im Lichte der vom Bundesgericht zur massgebenden Anspruchsgrundlage seit Jahrzehnten angewandten Theorie zu beantworten.*

Anders wäre das Ergebnis, wenn behauptet würde, Strassenverkehrsregeln würden auch dem reibungslosen Verkehrsablauf dienen und den Schutz des Vermögens gegen Beeinträchtigungen durch Verkehrsunfälle bezwecken. Da den Studierenden an der Prüfung keine weiteren Informationen über den Zweck von Verkehrsregeln vorlagen, hätte ein solches Auslegungsergebnis – auch wenn es nicht der einhelligen Meinung in der Lehre entspricht – selbstverständlich akzeptiert werden müssen. Für die Korrektur wesentlich war die methodologisch korrekte Argumentationsweise.

C. Bemerkungen

I. Allgemeines

1. Was wurde mit der Aufgabenstellung bezweckt?

Die Anfängerklausur vom 20. August 2012 hatte mehrere Problemkreise zum Gegenstand, die in den ersten beiden Semestern des Jusstudiums an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern in den Vorlesungen und Übungen einlässlich

¹⁷ BGE 133 III 323 E. 5.1 S. 329 f.; 132 III 122 E. 4.1 S. 130, je m.Nw.; SCHWENZER, OR AT (Fn. 3), Rz. 50.04.

¹⁸ VITO ROBERTO/JENNIFER RICKENBACH, Was ist eine Schutznorm?, ZSR 2012 I 185 ff., 196; KARL OFTINGER/EMIL W. STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band II/2, 4. Aufl. Zürich 1989, § 25 Rz. 299.

behandelt wurden. Mit den verschiedenen Aufgaben wurde bezweckt, den Stoff des Einführungsstudiums im Privatrecht I angemessen abzudecken. Bei den einzelnen Aufgaben ging es (aus didaktischen Gründen) zum einen darum, *gezielt bestimmte Problemkreise* (Willensmängel, Inhaltmängel beim Vertragsschluss, Bereicherungsrecht, Deliktsrecht) abzu prüfen, indem die Studierenden zeigen sollten, ob und inwieweit sie in der Lage sind, das vermittelte Basiswissen auf konkrete Fälle anzuwenden (so insbesondere bei Frage 1a, Frage 2b und Frage 3). Zum anderen wurde mit gewissen Aufgabestellungen den Studierenden aber auch die Gelegenheit gegeben, sich über ihr methodologisches Wissen auszuweisen (so etwa bei Frage 1b, Frage 2a und Frage 3).

Die Prüfung wies insgesamt einen leicht überdurchschnittlichen Schwierigkeitsgrad auf. Dass die Quote der ungenügenden Arbeiten bei 32,7 % lag, ist nicht erstaunlich. Viele Studierende sind bei einem ersten Versuch im Juni 2012 durchgefallen und haben nun die Wiederholungsprüfung absolviert. Bei einer solchen Wiederholungsprüfung ist eine derartige Quote an ungenügenden Klausuren nicht überraschend, sondern sogar eher niedrig. Im Gegenzug zeigen die vielen genügenden und guten, zum Teil auch sehr guten Arbeiten, dass die Aufgaben zu bewältigen waren. Wer in den Vorlesungen und Übungen regelmässig (nicht nur physisch, sondern auch geistig) anwesend war und wer sich jeweils angemessen vorbereitet hat, konnte ohne Weiteres eine gute Note erzielen. Interessanterweise lag der Notendurchschnitt denn auch etwas über dem Durchschnitt der letztjährigen Wiederholungsprüfung, obwohl die diesjährige Prüfung wohl ein wenig – wenn auch nicht signifikant – schwieriger war.

Bei der Aufgabenstellung war die Angabe der pro Frage maximal erzielbaren Punkte ein wichtiger Hinweis für die relative Gewichtung der Probleme und damit für die Zeiteinteilung (vgl. dazu auch die entsprechende Bemerkung auf dem Aufgabenblatt). Die Verteilung der Punkte innerhalb der einzelnen

Aufgaben im Rahmen der Prüfungskorrektur erfolgte nach einem relativ fein ausgearbeiteten Korrekturraster. Dabei muss man sich indessen bewusst sein, dass die Punkteverteilung im Einzelfall nicht ein mathematisch präziser Vorgang ist, sondern stets – wie es bei Prüfungen nicht anders sein kann – nach pflichtgemäßem Ermessen vorgenommen werden muss. Der Korrekturraster ist daher bloss als Hilfsmittel zur sachgerechten Bewertung der Prüfungsleistungen und nicht als Schema zu betrachten, an das der Korrektor starr gebunden wäre. Bei der Punktevergabe wurde auf Verschiedenes geachtet (Konsistenz der Gedankenführung; Begründungsdichte; Erwähnung der massgebenden gesetzlichen Normen; juristische Ausdrucksweise; Subsumtion etc.). Blosser Hinweise oder knappe Ausführungen konnten bei den einzelnen Problemen daher nicht zum Punktemaximum führen¹⁹. Selbstverständlich wurde aber bei der Korrektur nicht erwartet, dass die Klausuren die gleiche Begründungsdichte aufweisen wie die Lösungsskizze. Ebenso wurde für eine sehr gute Note nicht erwartet, dass sich die Studierenden zu allen Aspekten im Detail äussern. All dies schlägt sich denn auch in der Punkte-/Notenskala nieder: Für das Erreichen einer genügenden Note war nicht einmal die Hälfte, für die Note 6 bei Weitem nicht die Maximalpunktzahl erforderlich.

2. Zum Hintergrund der Fälle

Fall 1 beruht auf einem echten Fall, den deutsche Gerichte in den Achtzigerjahren zu beurteilen hatten. In diesem Fall war effektiv ein Bild Kaufgegenstand, das dem Maler Frank Duveneck zugeschrieben worden war, in Wirklichkeit aber – wie sich nachträglich herausstellte – von Wilhelm Leibl stammte²⁰. Der Verkaufspreis betrug DM 6'000.–. Über den Verkehrswert des Bildes dagegen bestand keine Klarheit. Der Käufer hatte das Gemälde zusammen mit anderen Kunstgegenständen und Antiquitäten nach seinen eigenen Angaben für über DM 6'000'000.– weiterveräussert, wobei DM 25'000.– auf das fragliche Bild entfallen sein sollen. Aufgrund verschiedener Umstände war zudem umstritten, ob es sich bei der Weiterveräussert um ein echtes Geschäft (was eine Rückforderung des Bildes ausgeschlossen hätte) oder bloss um ein Scheingeschäft gehandelt hatte. Der Verkäufer focht

¹⁹ Diese Aspekte werden von Studierenden oft übersehen, die zum Teil – vor allem wenn die Note ungenügend ist – in Gesprächen mit mir mehr Punkte mit der Begründung «herbeidiskutieren» möchten: «Aber ich habe das hier doch geschrieben...»

²⁰ BGH, NJW 1988 2597 ff. = BGH, JZ 1989 41 ff.

den Vertrag erfolgreich wegen eines Sacheigenschaftsirrtrums gemäss § 119 Abs. 2 BGB an²¹.

Für die Prüfung habe ich den Fall bewusst vereinfacht. Hinzugefügt habe ich jedoch die Frage 1b. Im echten Fall musste der BGH nicht prüfen, ob der Käufer berechtigt sei, die Nachzahlung des erhöhten Preises anzubieten, weil er ein allfälliges solches Recht nicht in Anspruch genommen hatte.

Fälle wie dieser können gleichsam als Spiegelbild zu den in der Praxis wesentlich bekannteren «Un-echtheitsfällen²²» betrachtet werden. Die «Echtheitsfälle», wie man Fälle wie den vorliegenden bildhaft bezeichnen könnte, bieten interessante rechtliche Probleme, denen ich zusammen mit meinem früheren Assistenten JON S. PLOTKE in einem Beitrag für die Festschrift Huwiler detailliert nachgegangen bin²³. Für die Bearbeitung der Aufgabe im Rahmen der Anfängerprüfung war aber selbstverständlich die Kenntnis dieses Festschriftenbeitrages nicht erforderlich.

Fall 2 ist frei erfunden. In der Realität gibt es allerdings Verordnungen des Bundesrates, welche den Verkauf von Nachtsichtgeräten in bestimmte (konkret bezeichnete) Länder, so wie in der Aufgabenstellung geschildert, verbieten²⁴. Die einzelnen Verordnungen kommen und gehen zwar in Abhängigkeit von der internationalen politischen Grosswetterlage, aber die damit verbundenen zivilrechtlichen Folgefragen bleiben. In diesem Sinne sind die Rechtsprobleme, welche in der Prüfung zu bearbeiten waren, «echt» und dauerhaft.

Ebenfalls frei erfunden ist Fall 3. Solche Vorfälle ereignen sich indessen jeden Tag, weshalb es sich durchaus rechtfertigt, die Frage der Ersatzfähigkeit eines «Stauschadens» im allgemeinen Deliktsrecht in einer Anfängerprüfung diskutieren zu lassen. Nicht diskutiert werden müsste diese Frage dagegen im Rahmen der – nicht Prüfungsgegenstand bildenden – Motorfahrzeughalterhaftung, da schon der Wortlaut von Art. 58 SVG («Wird ... ein Mensch getötet oder verletzt oder Sachschaden verursacht») diese Haftung auf Personen- und Sachschäden begrenzt²⁵.

II. Häufigste Fehler

1. Allgemeines

a) Viele Klausuren enthielten wirre und zum Teil widersprüchliche Ausführungen. Es war nicht immer

leicht, sich als Korrektor im Dschungel solcher Äusserungen einigermaßen zurechtzufinden. Teilweise wurde auch sehr lückenhaft und unschlüssig argumentiert.

b) Oft fanden sich sehr lange Ausführungen zu Aspekten, die unproblematisch waren, so z.B. bei Fall 1 zur Frage, ob ein Vertrag zustande gekommen war. Etliche Studierende haben hier ausführlich dargelegt, dass die Parteien handlungsfähig seien, keine Formvorschriften bestehen würden und der Vertrag

21 Der Eigenschaftsirrtrum (error in substantia) ist aus schweizerischer Sicht ein Anwendungsfall des Grundlagenirrtrums (EUGEN BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. Zürich 1988, 207; ähnlich SCHWENZER, OR AT [Fn. 3], Rz. 37.35; vgl. auch KOLLER/PLOTKE [Fn. 1], 367). Das BGB enthält anders als das OR keine allgemeine Regelung des Grundlagenirrtrums, sondern nur eine Norm über den Erklärungsirrtrum (§ 119 Abs. 1 BGB) und den Sacheigenschaftsirrtrum (§ 119 Abs. 2 BGB).

22 Vgl. etwa BGE 82 II 411 («van Gogh-Fall») und 114 II 131 («Picasso-Fall 1»).

23 KOLLER/PLOTKE (Fn. 1), 363 ff.

24 Siehe zurzeit (anfangs September 2012) etwa die Verordnung über Massnahmen gegenüber Guinea vom 24. Februar 2010 (SR 946.231.138.1), die Verordnung über Massnahmen gegenüber der Islamischen Republik Iran vom 19. Januar 2011 (SR 946.231.143.6), die Verordnung über Massnahmen gegenüber Libyen vom 30. März 2011 (SR 946.231.149.82), die Verordnung über Massnahmen gegenüber Myanmar vom 28. Juni 2006 (SR 946.231.157.5) und die Verordnung über Massnahmen gegenüber Syrien vom 8. Juni 2012 (SR 946.231.172.7).

25 Dass der Lenker, der nicht zugleich Halter ist, gegenüber Dritten nach Art. 41 OR haftet, diese Haftung also im Aussenverhältnis nicht durch die Halterhaftung gemäss Art. 58 SVG «verdrängt» wird, entspricht Rechtsprechung und herrschender Lehre (BGE 91 II 226 E. 1 S. 228; HEINZ REY, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 4. Aufl. Zürich 2008, N 1315; VITO ROBERTO, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich 2002, N 521; HEINRICH HONSELL, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 4. Aufl. Zürich 2005, § 20 N 17; HEINZ KELLER, Haftpflicht im Privatrecht, Band I, 6. Aufl. Bern 2002, 300; OFTINGER/STARK [Fn. 18], § 25 Rz. 684 und Rz. 721). Eine abweichende Meinung (d.h. die Auffassung, dass im Aussenverhältnis keine Haftungskonkurrenz zwischen Halter und Lenker bestehe und allein der Halter dem Geschädigten hafte) vertritt neuerdings FELIX HUNZIKER-BLUM, Spinat, Amalgam und die Lenkerhaftung, HAVE 2012 347 ff.

einen zulässigen Inhalt habe. Ein kurzer Hinweis darauf, dass Konsens über den Vertragsgegenstand und den Kaufpreis bestanden habe und daher ein Vertrag vorliege, hätte hier genügt. Bei Fall 3 haben viele Studierende breit ausgeführt, dass kein Vertrag vorliege, eine Haftung aus culpa in contrahendo entfalle und auch die Tatbestandsvoraussetzungen des Bereicherungsrechts nicht erfüllt seien. Das ist alles zutreffend, aber überflüssig. Wieder andere haben bei allen Fällen zuerst den Sachverhalt zusammengefasst. All dies führte zu einem unnötigen Zeitverlust und hatte zur Folge, dass sich die Betroffenen mit den relevanten Problemen nicht bzw. nicht mehr hinreichend auseinandersetzen konnten.

2. Bei Fall 1

a) Einige wenige Studierende haben bei Frage 1a *Sachmängelgewährleistungsansprüche* geprüft (und wenn möglich sogar noch bejaht). Das war ein krasser Fehler. Sachmängelgewährleistungsansprüche stehen nur der Käuferin zu, nicht aber der Verkäuferin. Solche Ansprüche hätte man allenfalls diskutieren können, wenn Frau K das Bild nicht hätte behalten, sondern gegen Rückzahlung des Kaufpreises hätte zurückgeben wollen. Das war aber gemäss Aufgabenstellung nicht der Fall. Im Übrigen wären solche Ansprüche ohnehin bereits verjährt (Art. 210 Abs. 1 OR).

b) Ein paar Studierende haben Fall 1 nicht unter dem Gesichtspunkt des Grundlagenirrtums, sondern unter dem Aspekt des *errors in quantitate* gemäss Art. 24 Abs. 1 Ziff. 3 OR untersucht. Beim *error in quantitate* handelt es sich um einen Erklärungsirrtum und nicht um einen (qualifizierten) Motivirrtum. Ein Erklärungsirrtum indessen liegt in casu nicht vor. Frau V hat sich bei Vertragsschluss nicht falsch ausgedrückt, sondern das erklärt, was sie wollte (nämlich das Bild zu einem

Preis von CHF 6'000.– verkaufen). Ein Irrtum unterliefe ihr bei der Willensbildung, machte sie sich doch eine falsche Vorstellung von einer (hier wertbildenden) Eigenschaft des Bildes, d.h. vom Umstand, von welchem Maler das Werk stammte. Ein solcher Eigenschaftsirrtum kann nur zur Anfechtung wegen Grundlagenirrtums berechtigen, falls alle entsprechenden Tatbestandselemente erfüllt sind²⁶.

c) Erstaunlich viele Studierende haben bei Frage 1a auch relativ ausführlich die *Übervorteilung* nach Art. 21 OR geprüft. Dies war aus zwei Gründen sinnlos. Zum einen wäre ein allfälliger Anspruch von Frau V aus Art. 21 OR verwirkt, weil sie den Vertrag erst deutlich mehr als ein Jahr nach Abschluss des Vertrages (vgl. Art. 21 Abs. 2 OR) angefochten hat. Zum anderen ist in casu das subjektive Element der Ausnutzung einer Schwächesituation durch die Gegenpartei²⁷ offenkundig nicht erfüllt, hatte doch Frau K ihrerseits bei Vertragsschluss keine Kenntnis davon, dass das Bild – weil es von Leibl statt von Duvneck stammt – einen wesentlich höheren Verkehrswert hat.

d) Sehr viele Studierende haben unter anderem auch untersucht, ob sich Frau V i.S.v. Art. 26 OR fahrlässig geirrt hat. Das war nicht zielführend. Wird ein fahrlässiger Irrtum bejaht, so hat dies zur Folge, dass die Irrende der Irrtumsgegnerin Schadenersatz schuldet. Gemäss Aufgabenstellung war aber ein allfälliger Schadenersatzanspruch von Frau K nicht zu prüfen.

e) Etliche Studierende haben bei Frage 1b ausgeführt, die modifizierte Teilnichtigkeit komme nicht zum Tragen, weil sich die Teilnichtigkeit nur auf Nebenpunkte des Vertrages beziehen könne, hier aber mit der Höhe des Kaufpreises ein Hauptpunkt zur Diskussion stehe. Das ist unzutreffend. Wohl kann die *schlichte Teilnichtigkeit*, wie sie der Wortlaut von Art. 20 Abs. 2 OR allein im Auge hat, nur auf Nebenpunkte angewandt werden. Denn bei der schlichten Teilnichtigkeit entfällt eine Vertragsklausel ersatzlos, was voraussetzt, dass der Rest noch als selbständiger Vertrag Bestand haben kann²⁸. Selbstredend wäre dies nicht der Fall, wenn bei einem Vertrag ein wesentlicher Vertragspunkt (z.B. der Kaufpreis) ersatzlos gestrichen würde. Anders verhält es

²⁶ Vgl. dazu auch SCHWENZER, OR AT (Fn. 3), Rz. 37.13 (dort speziell zur Abgrenzung zwischen Grundlagenirrtum und *error in obiecto* [Art. 24 Abs. 1 Ziff. 2 OR]).

²⁷ Siehe zu diesem Tatbestandselement von Art. 21 OR GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (Fn. 4), N 740 ff., sowie SCHWENZER, OR AT (Fn. 3), Rz. 32.53.

²⁸ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (Fn. 4), N 694.

sich aber bei der *modifizierten Teilnichtigkeit*, die hier gemäss Aufgabenstellung zu diskutieren war. Bei der modifizierten Teilnichtigkeit tritt anstelle des mangelhaften Vertragsteils eine Ersatzregel. Daher kann der Vertrag auch dann (in abgeänderter Form) aufrechterhalten bleiben, wenn der Mangel einen Hauptpunkt betrifft²⁹. Auf diese Weise kann z.B. im Ergebnis eine Preisvereinbarung «herabgesetzt» werden³⁰, wie dies das Bundesgericht denn auch schon verschiedentlich getan hat³¹.

3. Bei Fall 2

a) Ein paar Studierende haben bei Frage 2a eine *absichtliche Täuschung* nach Art. 28 OR geprüft. Methodisch ist dies nicht korrekt. Die Willensmängelregeln kommen nur zum Tragen, wenn ein ansonsten gültiger Vertrag geschlossen worden ist. Dies setzt unter anderem voraus, dass keine Inhaltschranken i.S.v. Art. 19/20 OR verletzt wurden. Daher war in casu zuerst zu untersuchen, ob der Vertrag wegen Verletzung einer Verbotsnorm nichtig ist. Nur wenn man dies verneinen würde, wäre noch Platz für eine Prüfung von allfälligen Willensmängeln.

b) Vereinzelt wurde bei Frage 2a behauptet, ein widerrechtlicher Vertragsinhalt i.S.v. Art. 20 OR liege vor, wenn ein absolutes Recht verletzt werde. Wer so argumentiert, verwechselt Art. 20 OR mit Art. 41 OR. Widerrechtlichkeit im Sinne des Deliktsrechts setzt nach der objektiven Widerrechtlichkeitstheorie die Verletzung eines absoluten Rechts (oder bei reinen Vermögensschäden die Verletzung einer Schutznorm) voraus. Bei Art. 20 OR dagegen steht zur Debatte, ob der Vertrag gegen eine Norm verstösst, deren Sinn und Zweck die Nichtigkeit des Vertrages verlangt.

c) Einige wenige Studierende haben bei Frage 2a zuerst Schuldnerverzug geprüft (und in der Regel sogar bejaht) und sich erst in einem zweiten Schritt dem Problem des widerrechtlichen Vertragsinhalts zugewandt. Methodisch ist dies falsch. Schuldnerverzug kann nur eintreten, wenn ein gültiger Vertrag geschlossen wurde; daher muss die Frage der Vertragsnichtigkeit zuerst untersucht werden.

d) Verschiedentlich haben Studierende bei Frage 2a die Vertragsnichtigkeit bejaht, bei Frage 2b dann

aber mit Art. 97 und/oder Art. 119 OR argumentiert. Das ist widersprüchlich. Art. 97 und Art. 119 OR setzen einen gültig geschlossenen Vertrag voraus; daran gebricht es, wenn der Vertrag nichtig ist. Geradezu wirt wurde es dann, wenn – was aber glücklicherweise nur selten vorkam – in diesem Zusammenhang auch noch breit unter Beizug von Art. 185 OR Fragen der Preisgefahrtragung abgehandelt wurden.

e) Die Konditionssperre von Art. 63 OR wurde von relativ vielen Studierenden nicht angesprochen, geschweige denn diskutiert. Deutlich mehr Studierende haben demgegenüber die Konditionssperre von Art. 66 OR zumindest angedeutet, teilweise sogar in guten Ansätzen skizziert. Einige Studierende haben gar die Problematik des Gaunerlohns sehr gut dargelegt.

4. Bei Fall 3

a) Bei Fall 3 haben viele Studierende die Problematik der Widerrechtlichkeit bei reinen Vermögensschäden nicht erkannt. Dies ist im Grunde erstaunlich, wurden doch die objektive Widerrechtlichkeitstheorie, die vom Bundesgericht seit Jahrzehnten angewandt wird, und die mit ihr verbundenen Fragen im Unterricht ausführlich besprochen.

b) Stattdessen haben etliche Studierende hier mit der «Länge der Kausalkette» argumentiert und die von G erlittene Vermögenseinbusse als mittelbaren Schaden bezeichnet, der im Rahmen des Deliktsrechts nicht ersatzfähig sei. Hier scheint eine Verwechslung mit Art. 208 OR vorzuliegen. Die Abgrenzung von mittelbarem und unmittelbarem Schaden ist bei der Wandelung im Kaufrecht von Interesse, nicht im Deliktsrecht.

²⁹ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (Fn. 4), N 704.

³⁰ SCHWENZER, OR AT (Fn. 3), Rz. 39.08.

³¹ Vgl. z.B. BGE 123 III 292 («Fussballclub-Lohn-Fall»; Herabsetzung des Mietzinses im Rahmen einer Anfechtung des Vertrages wegen Übervorteilung nach Art. 21 OR); 135 III 537 (Herabsetzung des Mietzinses im Anschluss an eine Teilanfechtung des Mietvertrages durch den Mieter wegen eines Irrtums für die Fläche des Mietgegenstandes).

III. Zu guter Letzt

Wie stets fanden sich in verschiedenen Klausuren Kuriositäten, verunglückte Redewendungen und Schreibfehler, die zum Teil der Hitze des Gefechtes zuzuschreiben sein dürften. Die Note beeinflusst haben all diese Absonderlichkeiten für sich genommen selbstverständlich nicht. Hier zwei Musterchen:

a) Ein Student oder eine Studentin schrieb zu Fall 3: «Wo kämen wir da auch hin, wenn man jeden für alles wegen einem fremdverschuldeten Zuspätkommen verklagen könnte.» Im Ergebnis mag dies richtig sein, aber eine juristische Argumentation ist das natürlich nicht. Anfügen könnte man immerhin, dass die objektive Widerrechtlichkeitstheorie eine vernünftige Haftungsbegrenzung bezweckt und dass dieses Ziel erreicht wird, wenn man den Stras-

senverkehrsregeln keine Schutznormqualität für blosse «Stauschäden» zuspricht.

b) Ein Student oder eine Studentin schrieb zu Fall 2: «Gemäss Sachverhalt dienen die Nachtsichtgeräte zum Schutze der in Tartaros wohnenden Gesellschaft (+ Familie), welche Repressalien befürchten. Da die Y nur eine Familie erwähnt, jedoch 100 Stück bestellt, so scheint dies merkwürdig.» In der Tat (wie Laborchef Dr. Klenk sagen würde): Es wäre merkwürdig! Man stelle sich vor, wie das Anwesen der (angeblich) bedrohten Familie in Tartaros – wahrscheinlich durch angestellte Leibwächter – mit 100 Nachtsichtgeräten überwacht wird, um Angriffe der Armee oder der Polizei abzuwehren. Eine reichlich abenteuerliche Vorstellung. Nur: Im Sachverhalt steht nichts dergleichen.

Neuerscheinung aus dem Schulthess Verlag



Erschienen	September 2012
ISBN	978-3-7255-6637-2
	560 Seiten, broschiert
Preis	CHF 89.00

Staats- und Verwaltungsrecht des Kantons Zürich

4., überarbeitete Auflage

Tobias Jaag/Markus Rüssli

Seit der Publikation der dritten Auflage im Jahr 2005 hat sich das Staats- und Verwaltungsrecht des Kantons Zürich erheblich weiterentwickelt. Im Rahmen der Umsetzung der Kantonsverfassung von 2005 sowie wichtiger Änderungen des Bundesrechts wurden für mehrere Rechtsgebiete die Rechtsgrundlagen erneuert, so z.B. zum Finanzausgleich, zum Polizeirecht, zum Verhältnis zwischen Staat und Kirche, über Bildung und Unterricht, zum Gesundheitswesen sowie zur Verwaltungsrechtspflege. Die Neuauflage gibt einen knappen Überblick über den aktuellen Stand der Rechtsentwicklung in den wichtigsten Gebieten des zürcherischen Staats- und Verwaltungsrechts unter Berücksichtigung der Behörden- und Gerichtspraxis; die laufende Revision des Gemeinderechts wird ebenfalls einbezogen. Die kantonalen Regelungen werden jeweils in den Gesamtzusammenhang des schweizerischen Staats- und Verwaltungsrechts gestellt..

Autoren:

Prof. Dr. Tobias Jaag, Rechtsanwalt, LL.M.
Dr. iur. Markus Rüssli, Rechtsanwalt, LL.M.

Schulthess §