

«Das vermeintliche Traumpferd» – Falllösung im Privatrecht

Barbara Meise* / Nadine Pfiffner**

Der nachfolgende Fall wurde in leicht abgewandelter Form im Rahmen der Übungen im Obligationenrecht Allgemeiner Teil im Herbstsemester 2013 an der Universität Zürich von den beiden Autorinnen konzipiert und konnte von den Studierenden als schriftliche Falllösung abgegeben werden. Für die Bearbeitung des Falles hatten die Studierenden eine Woche Zeit. Die vorliegende Lösungsskizze diente als Korrekturhilfe. Sie ist bewusst ausführlich und behandelt teilweise auch Exkursfragen, deren Thematisierung von den Studierenden nicht erwartet wurde. Die beiden Autorinnen haben die Lösung an einschlägige, in der Zwischenzeit ergangene Gesetzesänderungen angepasst sowie Literatur und Verweise auf Frühjahr 2019 nachgeführt.

A. Sachverhalt

Ansula nimmt seit drei Wochen Reitstunden. Sie ist so begeistert, dass sie sofort ein eigenes Pferd besitzen möchte. Sie abonniert darum gleich ein paar Pferdezeitschriften. Schon in der ersten ihr zugestellten Ausgabe der Zeitschrift «Veredus» sieht sie ein Inserat für das siebenjährige Pferd «Celerino» aus dem Gestüt von Beat. Bevor sie sich zum Kauf entschliesst, will sie die Meinung des Experten van Hippel einholen. Sie interessiert sich insbesondere für die Sprungkraft der von Beat gezüchteten Pferderasse, weil sie möglichst bald mit Springreiten beginnen möchte.

Leider hatte Beat gerade diesbezüglich in der letzten Zeit mehrere finanzielle Enttäuschungen mit seinen Pferden erlebt. Auch Experte van Hippel hatte sich verschiedentlich immer wieder negativ über den «Sportsgeist» und die Ausdauer von Beats Pferden geäussert. Ausserdem findet van Hippel, die von Beat für die Zucht verwendete Rasse sei vom Körperbau her ungeeignet zum Springreiten, da dessen Pferde viel zu kurze Hinterbeine haben. Beat verspricht darum dem Experten eine Beteiligung am Verkaufsgewinn, wenn dieser sich inskünftig nicht mehr negativ über Beats Zucht auslasse.

Van Hippel, der die entsprechenden «Provisionen» gut brauchen kann, lobt gegenüber Ansula die von ihr mehrfach thematisierte und für wichtig befundene Sprungkraft von Beats Pferden, insbeson-

dere diejenige von «Celerino», überschwänglich. Die versprochene Provision verschweigt er aber gegenüber Ansula.

Ansula ist beruhigt und wendet sich gleich an Beat, dem sie erzählt, dass sie sich bezüglich des Pferdekaufs vom Experten van Hippel ausführlich beraten liess. Dieser habe ihr gegenüber zugesichert, dass sich «Celerino» als Springpferd eigne. Daraufhin kauft sie Beat den «Celerino» ab. Nach einer Woche liebevollen und intensiven Trainings jedoch bewältigt «Celerino» noch kein Hindernis fehlerfrei, welches höher als 40 cm ist. Ansula zieht deshalb einen anderen Experten bei, der ihr bestätigt, dass «Celerino» als Springpferd völlig ungeeignet ist. Sie fängt an zu überlegen, ob es nicht eine Möglichkeit geben könnte, Beat das Pferd gegen Erstattung des Preises zurückzugeben.

Frage 1: Ansula will sich vom Vertrag mit Beat lösen: Stehen ihr konkurrierende Ansprüche zu? Wenn ja, mit welcher Vorgehensweise hat Ansula die grösseren Erfolgchancen und was sind die Rechtsfolgen?

Frage 2: Ist der Vertrag zwischen Beat und van Hippel gültig?

* Lic. iur., RA, wissenschaftliche Assistentin an der Universität Zürich.

** MLaw, LL.M., Substitutin bei der Wirtschaftskanzlei Bär & Karrer AG, Zürich.

Bearbeitungshinweise:

- Hinweis zu Frage 1: Das Zustandekommen des Vertrages wird vorausgesetzt; allfällige Ansprüche des Besonderen Teils des Obligationenrechts, wie zum Beispiel Gewährleistung, sind nicht zu prüfen.
- Hinweis zu Frage 2: Das Zustandekommen des Vertrages wird vorausgesetzt; es ist nur die Gültigkeit des Vertrages zu prüfen. Allfällige Willensmängel sind nicht zu berücksichtigen.

B. Lösung

1. Frage 1:

Ansprüche von Ansula gegen Beat

Vorliegend kauft Ansula von Beat das Pferd «Celirino», von dem sie nicht weiss, dass dieses sich nicht als Springpferd eignet. Es ist deshalb zu prüfen, ob Ansula den Vertrag wegen absichtlicher Täuschung

(Art. 28 OR) oder wegen Grundlagenirrtums (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR) für ungültig erklären kann.

1.1. Anspruch von Ansula gegen Beat auf Auflösung des Vertrages aus absichtlicher Täuschung (Art. 28 Abs. 1 OR)

Exkurs: Gemäss Aufgabenstellung waren allfällige Gewährleistungsansprüche nicht zu prüfen. Der Vollständigkeit halber werden einleitend ein paar Anmerkungen zum Verhältnis zwischen dem Sachgewährleistungsrecht (insbesondere beim Viehkauf) und der Anfechtung eines Vertrages wegen Irrtums (Art. 23 ff. OR) gemacht:

Das OR kennt in den Art. 198 und Art. 202 OR spezielle Sachgewährleistungsregeln beim Handel mit Vieh. Darunter fällt unter anderem auch der Kauf von Pferden (vgl. Wortlaut von Art. 198 OR¹). In Abweichung von den allgemeinen Sachgewährleistungsbestimmungen (Art. 197 ff. OR) ist der Verkäufer nur dann zur Gewährleistung verpflichtet, wenn er gegenüber der Käuferin bestimmte Eigenschaften schriftlich zugesichert hat (Art. 198 OR). Die Käuferin muss sodann allfällige Mängel beim Tier innerhalb von neun Tagen ab Übergabe des Tieres oder Beginn des Annahmeverzugs² dem Verkäufer anzeigen und zusätzlich bei der zuständigen Behörde die Untersuchung des Tieres durch Sachverständige verlangen (Art. 202 Abs. 1 OR). Bei einer absichtlichen Täuschung durch den Verkäufer gelangt jedoch auch beim Viehkauf das allgemeine Sachgewährleistungsrecht zur Anwendung.³

Die Ansprüche aus Art. 197 ff. OR stehen bei Kauf einer Speziessache sodann nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung in alternativer Konkurrenz zur Berufung auf die Irrtumsregeln nach Art. 23 ff. OR.⁴ Täuscht ein Viehverkäufer eine Käuferin absichtlich über bestimmte Eigenschaften des verkauften Tieres, die dessen Wert oder dessen Tauglichkeit zum vorausgesetzten Gebrauch aufhebt oder erheblich mindert, oder sichert er der Käuferin bestimmte Eigenschaften zu, von denen er weiss, dass diese nicht vorhanden sind, und verleitet die Käuferin so zum Vertragsabschluss, so liegt gleichzeitig eine absichtliche Täuschung im Sinne von Art. 28 Abs. 1 OR sowie ein Fall der Sachgewährleistung wegen Mängel der Kaufsache im Sinne von Art. 197 f. OR vor.⁵ Die Käuferin kann in einem solchen Fall wählen, ob sie den Vertrag wegen Täuschung anfechten⁶ oder Ge-

¹ Die Aufzählung in Art. 198 OR ist abschliessend zu verstehen; s. CHK OR-MÜLLER-CHEN, Art. 198 N 3. Der Kauf von anderen Tieren (z.B. Hühnern, Katzen, Goldfischen) fällt unter das allgemeine Sachgewährleistungsrecht (Art. 197 ff. OR); s. dazu BK OR-GIGER, Art. 198 N 16; ZK OR-SCHÖNLE/HIGI, Art. 198 N 36.

² S. BK OR-GIGER, Art. 202 N 7; dazu ausführlich ZK OR-SCHÖNLE/HIGI, Art. 202 N 11 ff.

³ ZK OR-SCHÖNLE/HIGI, Art. 198 N 14.

⁴ Zur Konkurrenz zwischen Sachgewährleistung und der Berufung auf Irrtum (Art. 23 ff. OR) s. etwa BGE 127 III 83 E. 1b; 114 II 131 E. 1a; s. ferner HUGUENIN, OR AT BT, N 601 und N 2701 ff. Diese alternative Konkurrenz wird allerdings von einem gewichtigen Teil der Lehre abgelehnt, weil dadurch unter anderem die Fristen von Art. 201 und Art. 210 OR umgangen würden; s. etwa HONSELL, 135 ff.; SCHWENZER, N 39.41.

⁵ BK OR-GIGER, Art. 198 N 32; ZK OR-SCHÖNLE/HIGI, Art. 198 N 16 und N 33.

⁶ Das Bundesgericht schliesst bislang explizit nur die alternative Geltendmachung des Grundlagenirrtums bei Sachgewährleistung aus Viehkauf aus (s. BGE 70 II 48 und BGE 111 II 67). Zur alternativen Geltendmachung der Täuschung äussert es sich in den erwähnten Entscheiden dagegen nicht. Mit ZK OR-SCHÖNLE/HIGI, Art. 198 N 33, ist im vorliegenden Fall davon auszugehen, dass Sachgewährleistung und Täuschung in alternativer Konkurrenz zueinander stehen. Zur Konkurrenz zwischen Sachgewährleistung beim Viehkauf und Grundlagenirrtum s. 1.3.

währleistungsansprüche geltend machen möchte. Allerdings besteht diese Wahlmöglichkeit nur vor Ausübung der Gewährleistungsansprüche. Macht die Käuferin Gewährleistungsansprüche geltend, ist eine Anfechtung wegen Willensmängel nicht mehr möglich, denn mit der Wahl der Gewährleistung wird der Vertrag nach Art. 31 OR (konkludent) genehmigt.⁷

1.1.1. Voraussetzungen

Eine Anfechtung des Vertrages wegen absichtlicher Täuschung (Art. 28 Abs. 1 OR) setzt voraus, dass der Täuschende durch sein Verhalten absichtlich und damit widerrechtlich einen Motivirrtum bei der Getäuschten auslöst oder aufrechterhält, welcher kausal für den Vertragsschluss durch die Getäuschte ist.⁸

1.1.2. Täuschendes Verhalten

Die Täuschung kann zunächst aktiv in der Vorspiegelung falscher Tatsachen bzw. in der aktiven Unterdrückung richtiger Tatsachen vorliegen.⁹ Als Tatsachen gelten objektiv feststellbare Zustände und Ereignisse.¹⁰ Diese können sich sowohl auf äussere Eigenschaften, wie die Qualität einer Ware, als auch auf innere Umstände, wie die Zahlungsbereitschaft einer Person, beziehen.¹¹ Sodann kann ein täuschendes Verhalten auch passiv bei Verschweigen vorhandener Tatsachen gegeben sein, sofern den Vertragspartner eine Aufklärungspflicht trifft.¹² Eine solche Aufklärungspflicht kann sich aus Vertrag, einer besonderen gesetzlichen Bestimmung, dem Grundsatz von Treu und Glauben oder der herrschenden Anschauung ergeben.¹³ Sie besteht aus Treu und Glauben insbesondere dann, wenn die eine Seite erkennt oder erkennen müsste, dass sich ihr Gegenüber in einem wesentlichen Irrtum befindet und bei Kenntnis des wahren Sachverhalts den Vertrag nicht abschliessen würde.¹⁴ Eine Aufklärungspflicht besteht schliesslich auch dann, wenn zwischen den Parteien eine erhebliche Informationsasymmetrie existiert.¹⁵

Es gilt somit zu prüfen, welche Art von täuschendem Verhalten *in casu* vorliegt.

(a) Täuschung durch passives Verhalten

Beat verspricht den Experten van Hippel an seinem Verkaufsgewinn zu beteiligen, wenn dieser in Zukunft keine negativen Kommentare mehr über

Beats Pferdezucht macht. Ansula erzählt sodann Beat, dass sie sich von van Hippel ausführlich habe beraten lassen und dieser ihr zugesichert habe, dass sich «Celerino» als Springpferd eigne. Beat weiss daher, dass der Experte ihr eine falsche Auskunft über seine Zucht, einschliesslich der Sprungkraft seiner Pferde, gegeben hat und sich Ansula daher bezüglich der Sprungkraft von «Celerino» in einem Irrtum befindet. Obwohl Beat aus Treu und Glauben verpflichtet wäre, Ansula über diesen Irrtum aufzuklären, schweigt er.

Alternativ könnte argumentiert werden, dass zwischen den Parteien eine starke Informationsasymmetrie vorliegt und Beat aufgrund dieser eine Aufklärungspflicht trifft. Ansula reitet erst seit drei Wochen und besitzt noch keine Erfahrung mit Pferden. Beat hingegen züchtet Pferde und verfügt somit über einen erheblichen Informationsvorsprung. Mit diesem Wissensvorsprung hätte er Ansula zum Ausgleich des Informationsgefälles über die fehlende Sprungkraft von «Celerino» aufklären müssen, was er aber nicht macht. Ein passiv täuschendes Verhalten kann somit bejaht werden.

(b) Täuschung durch aktives Verhalten

Eine Täuschung durch aktives Verhalten könnte vorliegen, wenn van Hippel als Abschlussgehilfe von Beat gehandelt hat und das Verhalten von van Hippel dem Beat zugerechnet werden kann. Eine solche Zurechnung wäre zum Beispiel über Art. 101 Abs. 1 OR möglich.¹⁶

In casu verspricht Beat van Hippel zwar eine Provision, wenn dieser sich positiv über die Sprungkraft

⁷ BGE 127 III 83 E. 1b; HUGUENIN, OR AT BT, N 2701.

⁸ HUGUENIN, OR AT BT, N 535 ff.

⁹ BGE 4A_533/2013 E. 3.1; CHK OR-KUT, Art. 28 N 4 m.w.H.

¹⁰ CHK OR-KUT, Art. 28 N 4.

¹¹ HUGUENIN, OR AT BT, N 537; BSK OR-SCHWENZER, Art. 28 N 5.

¹² BGE 4A_23/2016 E. 4 m.w.H.; BK OR-SCHMIDLIN, Art. 28 N 28 ff.

¹³ BGE 4A_23/2016 E. 4 m.w.H.; 116 II 431 E. 3a; BUCHER, 220.

¹⁴ BGE 92 II 328 E. 3a; BK OR-SCHMIDLIN, Art. 28 N 31.

¹⁵ S. BGE 4C.26/2000 E. 2a bb; HUGUENIN, OR AT BT, N 538; BSK OR-SCHWENZER, Art. 28 N 9.

¹⁶ CHK OR-KUT, Art. 28 N 12.

von Beats Pferdezucht äussert. Im Sachverhalt finden sich jedoch keine Anhaltspunkte dafür, dass van Hippel verpflichtet war, potentielle Käufer zu finden, mit diesen in Kontakt zu treten oder gar Vertragsverhandlungen zu führen. Er ist auch nicht an den Vertragsverhandlungen zwischen Beat und Ansula beteiligt. Da van Hippel nicht die Aufgabe hatte, einen Vertragsabschluss mit potentiellen Kunden zu vermitteln, ist er nicht als Abschlussgehilfe von Beat tätig geworden. Das Verhalten von van Hippel kann Beat somit nicht zugerechnet werden. Eine Täuschung durch aktives Verhalten liegt folglich nicht vor.

(c) Zwischenfazit

Beat hat Ansula passiv über die Sprungkraft von «Celerino» getäuscht.

1.1.3. Täuschungsabsicht

Die Täuschung muss absichtlich erfolgen, das heisst der Täuschende muss wissen oder mindestens in Kauf nehmen (sog. *dolus eventualis*), dass er beim Vertragsgegner durch aktives Verhalten einen Irrtum hervorruft bzw. durch Schweigen trotz bestehender Aufklärungspflicht einen Irrtum aufrechterhält.¹⁷ Die Täuschungsabsicht muss sich zudem auf die Kausalität beziehen. Der Täuschende muss wenigstens in Kauf nehmen, dass aufgrund seiner Täuschungshandlung der Vertragsabschluss herbeigeführt wird.¹⁸

Beat verschweigt Ansula die Ungeeignetheit seiner Pferdezucht für das Springreiten und belässt Ansula wissentlich in ihrem Irrtum über die Sprungkraft von «Celerino». Er will gerade erreichen, dass Anulas Irrtum sie zum Vertragsabschluss mit ihm bewegt.

1.1.4. Kein Rechtfertigungsgrund

Das Gesetz verlangt nicht ausdrücklich, dass die absichtliche Täuschung widerrechtlich sein muss. Die herrschende Lehre geht davon aus, dass der historische Gesetzgeber die absichtliche Täuschung *per se* als widerrechtlich betrachtete.¹⁹ Die Bejahung einer absichtlichen Täuschung setzt allerdings voraus, dass für diese keine Rechtfertigungsgründe vorliegen.²⁰

In casu sind keine Gründe ersichtlich, welche die absichtliche Täuschung durch Beat rechtfertigen würden. Die Widerrechtlichkeit ist deshalb zu bejahen.

1.1.5. (Unwesentlicher) Motivirrtum

Die absichtliche Täuschung muss bei der Getäuschten einen Motivirrtum verursachen oder aufrechterhalten. Der Motivirrtum braucht nicht wesentlich zu sein.²¹ Ein Motivirrtum ist ein Irrtum in der Willensbildung. Dabei bildet eine Partei ihren Willen aufgrund einer falschen oder fehlenden Vorstellung über den Sachverhalt.²²

Ansula möchte ein Pferd mit besonders guter Sprungkraft kaufen und entscheidet sich deshalb für ein Pferd aus dem Gestüt von Beat. Sie bildet ihren Abschlusswillen aufgrund der falschen Vorstellung, dass «Celerino» zum Springreiten besonders geeignet ist. Ansula befindet sich daher in einem Motivirrtum. Ob dieser Motivirrtum wesentlich oder unwesentlich ist, kann hier offen bleiben.

1.1.6. Kausalzusammenhang

Die Täuschung muss für die Willensabgabe kausal sein. Zwischen dem durch die Täuschung bewirkten Motivirrtum und dem Vertragsabschluss muss also ein natürlicher und adäquater Kausalzusammenhang bestehen.²³ Ein natürlicher Kausalzusammenhang liegt vor, wenn das schädigende Verhalten eine notwendige Bedingung bildet, das heisst nicht weggedacht werden könnte, ohne dass auch der eingetretene Erfolg entfiel.²⁴ Ein adäquater Kausalzusammenhang besteht, wenn das betreffende Ereignis nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung an sich geeignet ist, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen.²⁵ Dieser ist gegeben, wenn die Getäuschte den Vertrag bei Kenntnis des wahren Sachverhalts

¹⁷ BGE 4A_23/2016 E. 8.2; CHK OR-KUT, Art. 28 N 7.

¹⁸ HUGUENIN, OR AT BT, N 540.

¹⁹ KOLLER, N 14.120; BSK OR-SCHWENZER, Art. 28 N 12.

²⁰ HUGUENIN, OR AT BT, N 541.

²¹ HUGUENIN, OR AT BT, N 543; CHK OR-KUT, Art. 28 N 9.

²² S. HUGUENIN, OR AT BT, N 508 f.

²³ BGE 4A_527/2014 E. 3.2.2; BK OR-SCHMIDLIN, Art. 28 N 74.

²⁴ HUGUENIN, OR AT BT, N 120 m.w.H.

²⁵ HUGUENIN, OR AT BT, N 121 m.w.H.

gar nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen hätte.²⁶

Die Täuschung von Beat bezüglich der Sprungkraft von «Celerino» kann nicht weggedacht werden, ohne dass auch der Kauf als eingetretener Erfolg entfielen. Hätte Ansula um die fehlende Sprungkraft von «Celerino» gewusst, so hätte sie sich für ein anderes Pferd entschieden und den Kauf nicht getätigt.

Nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung ist eine Täuschung über eine bestimmte Fähigkeit eines Pferdes ausserdem geeignet, den Kauf desselben herbeizuführen. Üblicherweise tätigt man einen Kauf gerade aufgrund bestimmter Eigenschaften des Kaufgegenstands.

1.1.7. Fazit zur absichtlichen Täuschung nach Art. 28 Abs. 1 OR

Das Verhalten von Beat erfüllt *in casu* alle Tatbestandselemente der absichtlichen Täuschung nach Art. 28 Abs. 1 OR.

1.2. Anspruch von Ansula gegen Beat auf Auflösung des Vertrages aus absichtlicher Täuschung durch einen Dritten (Art. 28 Abs. 2 OR)

Im Sinne einer Eventualbegründung kann Täuschung durch einen Dritten (Art. 28 Abs. 2 OR) geltend gemacht werden. Eine solche könnte vorliegen, wenn van Hippel als aussenstehender Dritter bei Ansula absichtlich einen Irrtum ausgelöst hat. Gemäss Art. 28 Abs. 2 OR kann ein Vertrag für die Getäuschte auch dann unverbindlich sein, wenn die absichtliche Täuschung von einem aussenstehenden Dritten verübt wird und die täuschende Vertragspartei bzw. der Anfechtungsgegner die Täuschung zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses gekannt hat oder hätte kennen sollen.²⁷

1.2.1. Aussenstehender Dritte

Dritte im Sinne von Art. 28 Abs. 2 OR sind Personen, welche nicht an den Vertragsverhandlungen bzw. am Vertragsabschluss aufseiten der täuschenden Vertragspartei beteiligt waren.²⁸ Keine Dritten sind dagegen Vertreter und Abschlussgehilfen (Organe von juristischen Personen, Stellvertreter, Bo-

ten, Mäkler etc.) der täuschenden Vertragspartei.²⁹ Das Handeln dieser Personen muss sich die täuschende Vertragspartei in der Regel wie eigenes Verhalten zurechnen lassen.³⁰

In casu stehen Beat und van Hippel in keinem Verhältnis zueinander, welches für die Entstehung des Vertrages zwischen Beat und Ansula relevant ist: Aus dem Sachverhalt lassen sich keine Anhaltspunkte entnehmen, dass van Hippel an den Vertragsverhandlungen bzw. dem Vertragsabschluss tatsächlich beteiligt war oder Beat ihm die Verhandlungen übertragen hat. Auch war im Zeitpunkt der Abrede zwischen Beat und van Hippel nicht klar, ob und inwieweit van Hippel im Rahmen seiner Expertentätigkeit um Rat gebeten wird betreffend Beats Pferde. Die Abrede bestand gerade nicht darin, dass van Hippel aktiv Käufer für Beats Pferde akquirieren soll. Ein solcher «Auftrag» kann dem Sachverhalt nicht entnommen werden. Van Hippels Tätigkeit beschränkte sich lediglich darauf, Ansula Auskunft über die Sprungkraft von Beats Zucht zu geben. Er war ausserdem nicht (direkt) in das Verkaufsgespräch zwischen Ansula und Beat eingeschaltet.³¹ Auch ergibt sich aus dem Schmiergeldvertrag (s. dazu unten 4.) keine Vertretungsmacht von van Hippel; er handelte also nicht als Stellvertreter (Art. 32 ff. OR) von Beat. In Bezug auf den Vertrag zwischen Ansula und Beat ist van Hippel somit ein aussenstehender «Dritter».

1.2.2. Täuschendes Verhalten

Van Hippel lobt Ansula gegenüber die Sprungkraft von «Celerino», obwohl er weiss, dass dieser zum Springen ungeeignet ist. Dabei spiegelt er ihr Tatsachen vor, die objektiv gesehen dem Beweis zugänglich und als unwahr bzw. falsch anzusehen sind. Die Täuschungshandlung liegt in der falschen Beratung, also in einem aktiven Verhalten.

²⁶ HUGUENIN, OR AT BT, N 544; CHK OR-KUT, Art. 28 N 10.

²⁷ CHK OR-KUT, Art. 28 N 11; BK OR-SCHMIDLIN, Art. 28 N 96.

²⁸ BGE 63 II 77 E. 2; HUGUENIN, OR AT BT, N 546.

²⁹ BGE 4A_70/2007 E. 5.2.3; BSK OR-SCHWENZER, Art. 28 N 16.

³⁰ HUGUENIN, SJZ 1999, 266 ff.

³¹ Vgl. dazu auch BGE 63 II 77 E. 2.

1.2.3. Täuschungsabsicht

Van Hippel weiss, dass Ansula mit Pferden und dem Springreiten unerfahren ist, und er will mit seinem Verhalten gerade erreichen, dass Ansula sich über die Sprungkraft des «Celerino» irrt. Dies beabsichtigt van Hippel, damit es zum Vertragsschluss zwischen Ansula und Beat kommt und van Hippel folglich seine «Provision» erhält.

1.2.4. Kein Rechtfertigungsgrund

Es sind keine Rechtfertigungsgründe ersichtlich. Insbesondere ist die in Aussicht gestellte Provision keine Rechtfertigung für van Hippels Täuschung.

1.2.5. (Unwesentlicher) Motivirrtum

Ansula hat sich eine Falschvorstellung über die Sprungkraft von «Celerino» gebildet.

1.2.6. Kausalzusammenhang

Van Hippels falsche Beratung ist ursächlich dafür, dass Ansula nun glaubt, «Celerino» besäße eine ausgeprägte Sprungkraft und entspreche ihren Wünschen. Dieser Irrtum veranlasst sie zum Vertragsschluss.

1.2.7. Kenntnis oder Kennenmüssen des Vertragspartners (Art. 3 Abs. 2 ZGB)

Schliesslich verlangt das Gesetz, dass der Vertragspartner der Getäuschten im Zeitpunkt des Vertragsschlusses die Täuschung kannte oder diese hätte kennen sollen (Art. 28 Abs. 2 OR; Art. 3 Abs. 2 ZGB). Entgegen dem Gesetzeswortlaut geht die Lehre davon aus, dass blosser fahrlässiger Unkenntnis der Täuschung nicht genügt. Der Gesetzestext gehe zu weit und sei daher teleologisch auf die Kenntnis der täuschenden Vertragspartei zu reduzieren.³²

³² Ausführlich zur teleologischen Reduktion von Art. 28 OR HUGUENIN, SJZ 1999, 263 ff.; s. ferner auch CHK OR-KUT, Art. 28 N 11; BSK OR-SCHWENZER, Art. 28 N 15.

³³ BGE 70 II 48 E. 1; bestätigt in BGE 114 II 131 E. 1a; 111 II 67 E. 2.

³⁴ S. etwa BK OR-GIGER, Art. 198 N 31; MAUCHLE, AJP 2012, 947; ZK OR-SCHÖNLE/HIGI, Art. 198 N 29 ff. und Art. 202 N 18. Kritisch in Bezug auf die vom Bundesgericht hinsichtlich des Viehkaufs vorgenommene Differenzierung HONSELL, 140; SCHWENZER, N 39.40.

Beat weiss aufgrund von Anulas Aussage, dass sich diese von van Hippel beraten liess und sich aufgrund der Beratung eine Falschvorstellung über die Sprungkraft des «Celerino» gebildet hat. Er weiss also bei Vertragsschluss mit Sicherheit um die durch van Hippel verursachte Täuschung bzw. den dadurch verursachten Irrtum.

1.2.8. Fazit zur absichtlichen Täuschung nach Art. 28 Abs. 2 OR

Es liegt zusätzlich eine absichtliche Täuschung durch Dritte vor (Art. 28 Abs. 2 OR).

Da Beat sich der Täuschung bewusst war, ergibt sich die Unverbindlichkeit des Vertrages zwischen Ansula und ihm bereits aus Art. 28 Abs. 1 OR: Er täuschte selbst durch Schweigen (also passives Verhalten). In einem solchen Fall muss nicht auf Art. 28 Abs. 2 OR zurückgegriffen werden. Art. 28 Abs. 2 OR ist hier lediglich im Sinne einer Eventualbegründung der Vollständigkeit halber erwähnt.

1.3. Anspruch von Ansula gegen Beat auf Auflösung des Vertrages aus Grundlagenirrtum (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR)

Exkurs: Das Bundesgericht lässt beim Viehkauf (in Abweichung zu Kaufverträgen über andere Kaufgegenstände) die alternative Berufung auf einen Grundlagenirrtum wegen Mängel der Kaufsache nicht zu.³³ Dagegen vertritt ein (neuerer) Teil der Lehre mit guten Gründen die Auffassung, dass sich eine Käuferin auch bei einem Viehkauf alternativ auf einen Grundlagenirrtum im Sinne von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR berufen können soll, wenn sie sich bei Vertragsschluss über die vorhandenen Eigenschaften irrt.³⁴ Dieser Lehrmeinung folgend ist eine Anfechtung des Kaufvertrages wegen Grundlagenirrtums nicht ausgeschlossen und wird deshalb für die vorliegende Falllösung ebenfalls in Betracht gezogen.

1.3.1. Voraussetzungen

Damit ein qualifizierter Motiv- bzw. Grundlagenirrtum (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR) bejaht werden kann, muss die irrende Partei ihren Vertragswillen aufgrund einer falschen oder fehlenden Vorstellung über einen Sachverhalt gebildet haben, welcher für sie eine notwendige Vertragsgrundlage bildete (subjektive Wesentlichkeit) und welcher nach Treu und

Glauben im Geschäftsverkehr als solche angesehen werden durfte (objektive Wesentlichkeit).³⁵ Umstritten ist, ob zusätzlich die Bedeutung, welche die Irrende dem irrtümlich vorgestellten Sachverhalt beimisst, für den Irrtumsgegner erkennbar sein muss.³⁶

1.3.2. Motivirrtum

Zunächst muss bei der irrenden Partei ein Motivirrtum vorliegen. Ein solcher ist zu bejahen, wenn eine Vertragspartei ihren Willen aufgrund einer falschen oder fehlenden (*ignorantia*) Vorstellung über eine Eigenschaft des Vertragsgegenstandes, des Vertragspartners oder eines anderen («vertragsfremden») Sachverhalts bildet.³⁷

Ansula möchte ein Pferd mit besonders guter Sprungkraft kaufen, welches sie als Springpferd einsetzen kann, und entscheidet sich deshalb für den in einem Inserat angepriesenen «Celerino», ein Pferd aus dem Gestüt von Beat. Sie geht dabei fälschlicherweise davon aus (unter anderem auch aufgrund des Rats des Experten van Hippel), dass der «Celerino» für das Springreiten besonders geeignet sei.

Ansula bildet ihren Vertragswillen aufgrund einer falschen Vorstellung hinsichtlich der Sprungkraft des «Celerino» bzw. dessen Eignung als Springpferd. Sie befindet sich somit in einem Motivirrtum.

Exkurs: Ansula könnte den vorliegenden Vertrag alternativ auch aufgrund der Schmiergeldvereinbarung zwischen Beat und van Hippel anfechten. Ansula geht von der falschen Vorstellung aus, dass sie es mit einem loyalen, vertrauenswürdigen Vertragspartner zu tun hat. Dass Ansula nur mit «sauberen» Vertragspartnern Geschäfte abschliessen möchte, scheint plausibel.³⁸ Auf die Darstellung dieser Lösungsvariante wurde vorliegend verzichtet.

1.3.3. Wesentlichkeit des Irrtums

Ein Motivirrtum ist grundsätzlich unbeachtlich, es sei denn, er liegt in der qualifizierten Form eines Grundlagenirrtums im Sinne von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR vor. Ein Grundlagenirrtum setzt demnach voraus, dass sich die anfechtende Partei in einem subjektiv und objektiv wesentlichen Irrtum befindet.³⁹

1.3.4. Subjektive Wesentlichkeit

Die subjektive Wesentlichkeit ist zu bejahen, wenn der irrtümlich vorgestellte Sachverhalt für die Wil-

lenserklärung der Erklärenden eine unerlässliche Voraussetzung für den Vertrag, eine sog. *conditio sine qua non*, war. Das heisst, die Erklärende hätte den Vertrag bei Kenntnis des wahren Sachverhalts nicht oder aber mit einem anderen Inhalt abgeschlossen.⁴⁰

Ansula äussert sich mehrfach zur Bedeutung, welche sie der Sprungkraft von «Celerino» beimisst. So thematisiert sie diese unter anderem, als sie sich vom Experten van Hippel beraten liess. Auch im Verkaufsgespräch mit Beat gibt sie letzterem zu verstehen, dass sie den «Celerino» kaufen möchte, um diesen als Springpferd einzusetzen. Sie schliesst den Kaufvertrag mit Beat also nur ab, weil sie davon ausgeht, dass «Celerino» über die nötigen Qualitäten als Springpferd verfügt. Die falsche Vorstellung hinsichtlich der Fähigkeit von «Celerino», Hindernisse bewältigen zu können, stellt somit *conditio sine qua non* für den Vertragsschluss von Ansula dar. Die subjektive Wesentlichkeit des Irrtums ist zu bejahen.

1.3.5. Objektive Wesentlichkeit

Objektive Wesentlichkeit liegt vor, wenn die Irrende den vorgestellten Sachverhalt auch objektiv gesehen, also nach «Treu und Glauben im Geschäftsverkehr», als notwendige Grundlage des Vertrages betrachten durfte (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR). Entscheidend ist, ob auch eine durchschnittliche Drittperson in der Position der Irrenden den Vertrag in Kenntnis der wahren Sachlage nicht oder nur mit einem anderen Inhalt abgeschlossen hätte.⁴¹

In casu handelt es sich um eine Käuferin, welche ein Pferd kaufen will, um dieses als Springpferd einzusetzen. Da bei einem Viehkauf das Vorhandensein bestimmter (zugesicherter) Eigenschaften von

³⁵ Statt vieler BGE 136 III 528 E. 3.4.1; 135 III 537 E. 2.2; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 778 ff.; HUGUENIN, OR AT BT, N 507.

³⁶ S. sogleich 1.3.6.

³⁷ CHK OR-KUT, Art. 23–24 N 25.

³⁸ S. dazu auch WYSS/VON DER CRONE, SZW 2003, 37 und 39.

³⁹ BGE 136 III 528 E. 3.4.1; HUGUENIN, OR AT BT, N 511 m.w.H.

⁴⁰ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 779; HUGUENIN, OR AT BT, N 511.

⁴¹ HUGUENIN, OR AT BT, N 512.

zentraler Bedeutung ist, kann davon ausgegangen werden, dass auch für eine durchschnittliche Drittperson in der Position von Ansula die Sprungkraft des Pferdes eine notwendige Vertragsgrundlage darstellt. Eine durchschnittliche Drittperson hätte bei Kenntnis des wahren Sachverhalts, nämlich dass «Celerino» zum Springreiten ungeeignet ist, den Kaufvertrag nicht oder nur mit einem anderen Inhalt (zum Beispiel zu einem tieferen Kaufpreis) abgeschlossen. Die objektive Wesentlichkeit des Irrtums kann somit ebenfalls bejaht werden.

1.3.6. Erkennbarkeit?

Rechtsprechung und Lehre sind sich uneinig darüber, ob es für die Gegenpartei erkennbar sein muss, welche (grundlegende) Bedeutung der irrtümlich vorgestellte Sachverhalt für die Irrende hat.⁴²

Für den vorliegenden Fall ist dieser Lehrstreit insofern nicht relevant, als dass Ansula gegenüber Beat klar zu erkennen gibt, dass die Sprungkraft des «Celerino» für ihren Kaufentschluss wesentlich ist. Beat weiss also, dass diese Eigenschaft von entscheidender Bedeutung ist. Die Erkennbarkeit ist somit ohnehin gegeben.

1.3.7. Keine Geltendmachung gegen Treu und Glauben (Art. 25 OR)

Gemäss Art. 25 OR darf die Geltendmachung des Irrtums⁴³ sodann nicht «unstatthaft» sein, das heisst nicht gegen Treu und Glauben verstossen. Ein sol-

cher Verstoss liegt vor, wenn es sich um eine unnütze Rechtsausübung handelt oder ein krasses Missverhältnis der Interessen besteht.⁴⁴

In casu sind keine Gründe ersichtlich, wonach die Geltendmachung des Irrtums durch Ansula gegen Treu und Glauben verstossen könnte. Denn mit der Anfechtung des Kaufvertrages wegen Grundlagenirrtums verteidigt Ansula gerade ihre Interessen, die mit Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR geschützt werden sollen. Sie will nämlich verhindern, dass sie den Kaufpreis für ein Pferd bezahlen muss, das nicht über die vorausgesetzten und ihr auch zugesicherten Fähigkeiten (*in casu* Sprungkraft) verfügt. Bei Kenntnis der wahren Sachlage hätte sie den «Celerino» nicht gekauft.⁴⁵ Dem Sachverhalt lassen sich zudem keine Anhaltspunkte entnehmen, dass die Anfechtung des Vertrages Ansula kaum Vorteile bringt, diese Beat dagegen schwer treffen würde.⁴⁶ Eine treuwidrige Geltendmachung ist somit zu verneinen.

1.3.8. Fazit

Die Voraussetzungen des Grundlagenirrtums nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR sind somit erfüllt.

2. Rechtsfolgen der erfolgreichen Irrtumsanfechtung wegen Täuschung oder Grundlagenirrtums

2.1. Ungültigerklärung

In casu kann Ansula den Vertrag mit Beat erfolgreich wegen absichtlicher Täuschung und Grundlagenirrtums anfechten. Die Ungültigerklärung erfolgt mittels Erklärung der anfechtungsberechtigten Partei, dass sie den Vertrag nicht halten wolle (vgl. Art. 31 Abs. 1 OR).

2.2. Keine Verwirkung (Art. 31 OR)

Nach Art. 31 OR muss die Irrende ihren Willensmangel innert Jahresfrist seit dessen Entdeckung geltend machen, da sie ansonsten den Vertrag genehmigt und so ihr Recht auf Ungültigerklärung des Vertrages verwirkt. Der Vertrag wird demnach bei unbenütztem Ablauf der Frist verbindlich.⁴⁷

Gemäss Sachverhalt sucht Ansula eine Woche nach dem Kauf von «Celerino» einen weiteren Experten auf, welcher ihr in der Folge bestätigt, dass

⁴² Ablehnend etwa GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 781 und N 786; HUGUENIN, OR AT BT, N 513 ff.; KOLLER, N 14.61. Befürwortend dagegen etwa BGE 127 V 301 E. 3c; 118 II 297 E. 2b; 110 II 293 E. 5b; BK OR-SCHMIDLIN, Art. 23/24 N 180; BSK OR-SCHWENZER, Art. 24 N 23.

⁴³ Entsprechend seiner systematischen Stellung gelangt Art. 25 OR nur bei Geltendmachung von Irrtümern im Sinne von Art. 23 f. OR zur Anwendung, nicht aber bei Unverbindlichkeit wegen Täuschung (Art. 28 OR) oder Furchterregung (Art. 29 f. OR); s. BSK OR-SCHWENZER, Art. 25 N 2.

⁴⁴ BGE 132 III 737 E. 1.3; 123 III 200 E. 2b; CHK OR-KUT, Art. 25 N 1.

⁴⁵ Vgl. dazu auch BGE 123 III 200 E. 2b aa.

⁴⁶ Vgl. dazu auch BGE 4A_146/2009 E. 5.3; 132 III 737 E. 3.1; dazu kritisch CHK OR-KUT, Art. 25 N 2.

⁴⁷ HUGUENIN, OR AT BT, N 578.

dieser als Springpferd völlig ungeeignet sei. Es kann angenommen werden, dass Ansula spätestens zu diesem Zeitpunkt Kenntnis vom Willensmangel und vom täuschenden Verhalten von Beat und van Hippel hat.

Die Jahresfrist zur Geltendmachung der Täuschung bzw. des Grundlagenirrtums ist also noch nicht verstrichen.

2.3. Ungültigkeitstheorien

Die Rechtsfolge der Täuschung bzw. des Grundlagenirrtums ist grundsätzlich die einseitige Unverbindlichkeit des Vertrages (Art. 23 OR).⁴⁸ Solange die von einem Irrtum betroffene Partei weder den Vertrag genehmigt noch diesen fristgerecht angefochten hat, befindet sich der Vertrag in einem Schwebezustand. Die Rechtslage während des Schwebezustands ist in Rechtsprechung und Lehre umstritten.⁴⁹

2.3.1. Ungültigkeitstheorie

Gemäss der vom Bundesgericht und einem Teil der Lehre vertretenen Ungültigkeitstheorie ist der mit einem Willensmangel behaftete Vertrag von Anfang an ungültig, das heisst er entfaltet keinerlei Wirkungen.⁵⁰ Genehmigt die irrende Partei den Vertrag nachträglich oder ficht diesen nicht fristgemäss an, so wird der Vertrag *ex tunc* gültig. Der Vertrag steht also unter der aufschiebenden Bedingung, dass keine Ungültigerklärung erfolgt.⁵¹

2.3.2. Anfechtungstheorie

Die mehrheitliche Lehre folgt der Anfechtungstheorie. Diese geht davon aus, dass der mangelbehafte Vertrag zunächst gültig ist. Dieser kann aber durch die betroffene Partei mittels Geltendmachung des Willensmangels *ex tunc* aufgelöst werden. Der Vertrag ist somit auflösend bedingt.⁵²

2.3.3. Theorie der geteilten Ungültigkeit

Die Befürworter der sog. Theorie der geteilten Ungültigkeit sind der Auffassung, dass der Vertrag für die Partei, welche einem Willensmangel unterliegt, von Anfang an ungültig (und somit aufschiebend bedingt) ist; für die andere Partei ist er dagegen, solange die Anfechtung noch nicht erfolgreich erklärt worden ist, wirksam (und somit auflösend bedingt).⁵³

2.3.4. Zwischenfazit

Letztlich kann hier offen bleiben, welcher Theorie man folgen möchte. Nach erfolgreicher Anfechtung wegen Täuschung oder Grundlagenirrtums besteht kein gültiger Vertrag (mehr) zwischen Ansula und Beat.⁵⁴ Die Unwirksamkeit des Vertrages hat zur Folge, dass die versprochenen Leistungen nicht mehr zu erbringen sind; bereits erbrachte Leistungen sind zurückzuerstatten.⁵⁵

2.4. Rückabwicklung des Vertrages

Gemäss Sachverhalt hat Ansula den Kaufpreis bereits bezahlt. Sie kann diesen wie folgt von Beat zurückverlangen:

2.4.1. Traditionelle Lehre: Vindikation und Kondiktion

Nach traditioneller Lehre richten sich die Rückforderungsansprüche bei Willensmängeln nach ausservertraglichen Regeln. Das heisst, bereits erbrachte Sachleistungen sind zu vindizieren (Art. 641 Abs. 2 ZGB) und Geldleistungen nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung (Art. 62 ff. OR) zurückzuerstatten.⁵⁶

Folgt man dieser Doktrin, so kann Ansula bei erfolgreicher Geltendmachung des Willensmangels den bereits bezahlten Kaufpreis nach Bereicherungsrecht (Art. 62 ff. OR) zurückfordern. Die Anfechtungserklärung beseitigt die *causa* des Erwerbs. Beat ist durch die entsprechende Kaufpreiszahlung

⁴⁸ CHK OR-KUT, Art. 31 N 1.

⁴⁹ HUGUENIN, OR AT BT, N 564.

⁵⁰ BGE 114 II 131 E. 3b; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 890 m.w.H.; TERCIER/PICHONNAZ, N 773.

⁵¹ BGE 114 II 131 E. 3b.

⁵² BUCHER, 209 ff.; HUGUENIN, OR AT BT, N 564; BK OR-SCHMIDLIN, Art. 23/24 N 379; SCHWENZER, N 39.07.

⁵³ VON TUHR/PETER, 329 und 338.

⁵⁴ S. auch BGE 129 III 320 E. 7.1.1: «Unabhängig davon, ob der so genannten Anfechtungs- oder der so genannten Ungültigkeitstheorie gefolgt wird [...], ist Rechtsfolge der begründeten Geltendmachung des Willensmangels grundsätzlich das Dahinfallen des Vertrags *ex tunc*.»

⁵⁵ HUGUENIN, OR AT BT, N 582 m.w.H.; CHK OR-KUT, Art. 31 N 25.

⁵⁶ BGE 137 III 243 E. 4.4.3; 129 III 320 E. 7.1.1; 114 II 131 E. 3; BUCHER, 214; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 892.

bereichert. Es ist zudem davon auszugehen, dass die geleistete Kaufpreiszahlung aus dem Vermögen der Ansula stammt, welche um diesen Betrag entreichert ist. Mangels *causa* liegt auch kein Rechtfertigungsgrund für die Bereicherung (geleistete Kaufpreiszahlung) mehr vor. Im Gegenzug kann Beat den «Celerino» von Ansula vindizieren.

2.4.2. Neuere Lehre:

Vertragliches Rückabwicklungsverhältnis

Eine neuere Lehrmeinung nimmt an, dass der Vertrag mit der Geltendmachung des Willensmangels in ein vertragliches Rückabwicklungsverhältnis umgewandelt wird. Die Rückforderungsansprüche für Sach- und Geldleistungen sind demnach vertraglicher Natur.⁵⁷

Wird dieser Lehrmeinung gefolgt, so muss Beat bei erfolgreicher Anfechtung des Vertrages die bereits erhaltene Kaufpreiszahlung samt Zinsen aus vertraglichem Liquidationsverhältnis zurückerstaten; im Gegenzug muss Ansula das Pferd zurückgeben.

3. Welche Vorgehensweise ist Ansula zu empfehlen?

Ansula kann sich im vorliegenden Fall wahlweise auf absichtliche Täuschung (Art. 28 OR) oder Grundlagenirrtum (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR) berufen.⁵⁸ Ansula sollte in erster Linie die Ungültigkeit des Vertrages wegen absichtlicher Täuschung nach

Art. 28 Abs. 1 OR geltend machen: Die absichtliche Täuschung räumt ihr insofern eine bessere Rechtstellung ein, als dass im Gegensatz zum Grundlagenirrtum kein qualifizierter Motivirrtum vorliegen muss.⁵⁹ Ausserdem wird Ansula bei erfolgreicher Geltendmachung einer absichtlichen Täuschung nicht schadenersatzpflichtig nach Art. 26 OR, selbst wenn sie die Täuschung fahrlässig nicht erkannt hätte.⁶⁰ Ansula ist deshalb die Geltendmachung der absichtlichen Täuschung zu empfehlen.

Hinweis: Es gilt zu berücksichtigen, dass Ansula als Getäuschte die Beweislast für sämtliche Voraussetzungen des Art. 28 OR trägt.⁶¹ Der Nachweis der Täuschungsabsicht und der Täuschungshandlung kann einer getäuschten Partei unter Umständen Schwierigkeiten bereiten, weil sie nicht die gleiche Einsicht in das Denken und Handeln der Gegenseite hat wie in ihr eigenes. Diese Tatbestandsmerkmale dürften in der Regel nur indirekt mittels Indizien nachgewiesen werden können. Bei einer Täuschung durch einen Dritten (Art. 28 Abs. 2 OR) muss die getäuschte Partei ausserdem nachweisen können, dass der Vertragsgegner die Täuschung durch den Dritten kannte.⁶² In der Regel dürfte sich dies ebenfalls nur mittels Indizien nachweisen lassen. Die Tatbestandsvoraussetzungen des Grundlagenirrtums scheinen dagegen einfacher zu beweisen zu sein. Mit entsprechender Begründung wurde deshalb auch diese Argumentation zugelassen. Pro memoria ist jedoch darauf hinzuweisen, dass beim Viehkauf nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung eine alternative Berufung auf Grundlagenirrtum ausgeschlossen⁶³ ist.

4. Frage 2: Ist der Vertrag zwischen Beat und van Hippel gültig?

Ob ein zustande gekommener Vertrag auch gültig ist, hängt unter anderem davon ab, ob die Formvorschriften sowie die Schranken der Inhaltsfreiheit eingehalten worden sind.⁶⁴ Im Sachverhalt finden sich keine Hinweise für Formmängel. Es stellt sich daher die Frage, ob der Vertrag allenfalls an einem Inhaltsmangel leidet.

Gemäss Art. 19 Abs. 1 OR können die Parteien den Inhalt eines Vertrages innerhalb der Schranken des Gesetzes beliebig regeln (sog. Vertragsfreiheit). Die rechtlichen Schranken der Vertragsfreiheit sind in den Art. 19 Abs. 2 und Art. 20 Abs. 1 OR sowie

⁵⁷ HUGUENIN, OR AT BT, N 583; BK OR-SCHMIDLIN, Art. 31 N 12 ff., N 54 ff. und N 101 f.

⁵⁸ Zur Konkurrenz s. auch BSK OR-SCHWENZER, Art. 28 N 22.

⁵⁹ HUGUENIN, OR AT BT, N 600; s. hierzu auch BK OR-SCHMIDLIN, Art. 28 N 134.

⁶⁰ BGE 40 II 534 E. 4; BSK OR-SCHWENZER, Art. 28 N 20; s. ferner auch CHK OR-KUT, Art. 26 N 9: «Aus Wortlaut und systematischer Einordnung ergibt sich, dass OR 26 bei absichtlicher Täuschung und Furchterregung nicht anwendbar ist.»

⁶¹ S. etwa BGE 4A_527/2014 E. 3.2.2.

⁶² BSK OR-SCHWENZER, Art. 28 N 26.

⁶³ S. BGE 70 II 48 E. 1; bestätigt in BGE 114 II 131 E. 1a; 111 II 67 E. 3.

⁶⁴ HUGUENIN, OR AT BT, N 336.

Art. 27 Abs. 2 ZGB festgelegt.⁶⁵ Demnach darf ein Vertrag keinen widerrechtlichen, gegen die öffentliche Ordnung verstossenden, sittenwidrigen, persönlichkeitsrechtswidrigen oder unmöglichen Inhalt haben.⁶⁶

Vorliegend ist zu prüfen, ob der Vertrag zwischen Beat und van Hippel einen widerrechtlichen oder sittenwidrigen Inhalt aufweist.

4.1. Widerrechtlichkeit

Widerrechtlich im Sinne von Art. 19 Abs. 2 bzw. Art. 20 Abs. 1 OR ist ein Vertrag dann, wenn sein Inhalt gegen eine zwingende objektive, privat- oder öffentlich-rechtliche Norm des (geschriebenen oder ungeschriebenen) schweizerischen Rechts verstösst.⁶⁷

In Betracht fallen *in casu* die Art. 322^{octies} und Art. 322^{novies} StGB sowie Art. 4a Abs. 1 UWG, welche die aktive wie auch die passive Privatbestechung für unlauter bzw. widerrechtlich erklären und unter Strafe stellen.⁶⁸

In casu vereinbaren Beat und van Hippel, dass letzterer sich künftig bei Verkaufsgesprächen gegenüber Dritten nicht mehr negativ über die Pferdezucht von Beat äussere. Mit dem Sachverhalt ist davon auszugehen, dass van Hippel insbesondere nicht mehr erwähnen soll, die von Beat verwendete Rasse sei vom Körperbau her ungeeignet zum Springreiten. Bei einem erfolgreichen Vertragsabschluss mit einem Dritten potentiellen Käufer beteiligt Beat den van Hippel als Gegenleistung am Verkaufsgewinn. Die vorliegend vereinbarte Verkaufsprovision («Schmiergeldvereinbarung») ist als nicht gebührender (unrechtmässiger) Vorteil im Sinne der zuvor erwähnten Bestimmungen zu qualifizieren. Sie ist als solche geeignet, den Wettbewerb gegenüber den anderen mitkonkurrierenden Pferdehändlern zu verfälschen. Beat «erkauft» sich eine unrechtmässige Bevorzugung gegenüber seinen Mitkonkurrenten. Die entsprechende Vereinbarung verstösst deshalb gegen die Art. 322^{octies}, Art. 322^{novies} StGB und Art. 4a Abs. 1 UWG.⁶⁹

Ein Vertrag, welcher gegen eine öffentlich-rechtliche Norm verstösst, ist jedoch nicht automatisch nichtig. Vielmehr muss im Einzelfall geprüft werden, ob die Rechtsfolge der Nichtigkeit ausdrücklich im entsprechenden Gesetz vorgesehen ist bzw. diese nach Massgabe des Schutzzwecks der verletz-

ten Norm eintreten soll.⁷⁰ Als Strafbestimmungen sind diese Normen zwingender Natur. Ihr Schutzzweck besteht gerade darin, solche Bestechungshandlungen wie die vorliegende Schmiergeldvereinbarung zu unterbinden. Auch nach Meinung des Bundesgerichts sind Schmiergeldversprechen als rechtswidrig («*illicite*») und damit nichtig zu beurteilen.⁷¹

Zwischen Beat und van Hippel liegt somit eine widerrechtliche und nichtige Vereinbarung vor.

4.2. Sittenwidrigkeit bzw. öffentliche Ordnung

Ein Vertrag ist sittenwidrig im Sinne von Art. 19 Abs. 2 und Art. 20 Abs. 1 OR, wenn dieser gegen die herrschende Moral, das heisst gegen das allgemeine Anstandsgefühl oder die der Gesamtrechtsordnung immanenten ethischen Prinzipien und Wertmassstäbe verstösst.⁷² Verträge über Schmiergeldzahlungen, welche den Empfänger zur Verletzung seiner vertraglichen Pflichten verleiten sollen, sind gemäss Rechtsprechung und Lehre sittenwidrig.⁷³

Sinn und Zweck der hier fraglichen «Provisionsvereinbarung» ist einzig und allein, dass van Hippel

⁶⁵ HUGUENIN, OR AT BT, N 392 und N 394; BK OR-KRAMER, Art. 19–20 N 123.

⁶⁶ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 639.

⁶⁷ BSK OR-HUGUENIN/MEISE, Art. 19/20 N 15 m.w.H.

⁶⁸ Dazu ausführlich BSK UWG-FRICK, Art. 4a N 1 ff.; BSK StGB-PIETH, Art. 322^{octies} N 1 ff. und Art. 322^{novies} N 1.

⁶⁹ Ausführlich zum nicht gebührenden Vorteil BSK UWG-FRICK, Art. 4a N 46 f.; BSK StGB-PIETH, Art. 322^{octies} N 6 ff.

⁷⁰ BGE 143 III 600 E. 2.8.1 m.w.H.; BSK OR-HUGUENIN/MEISE, Art. 19/20 N 54 m.w.H.

⁷¹ BGE 119 II 380 E. 4b; gl.M. auch UWG Komm.-ANDREOTTI/SETHE, Art. 4a N 199 m.w.H.; BSK UWG-FRICK, Art. 4a N 67.

⁷² S. BGE 136 III 474 E. 3; 133 III 167 E. 4.3; 129 III 604 E. 5.3; 115 II 232 E. 4a; BUCHER, 256; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 668; SCHWENZER, N 32.18. Nach einer anderen Lehrmeinung beschränkt sich die Reichweite der Sittenwidrigkeit auf die «konsensfähige Konventionalethik». Die der Rechtsordnung immanenten Prinzipien und Wertmassstäbe seien vielmehr unter dem Kontrollkriterium der öffentlichen Ordnung nach Art. 19 Abs. 2 OR zu prüfen; vgl. etwa CR CO-GUILLOD/STEFFEN, Art. 19 et 20 N 69; HUGUENIN, OR AT BT, N 407 und N 411; BK OR-KRAMER, Art. 19–20 N 151 ff. und N 174.

⁷³ BGE 95 II 37 E. 2; HUGUENIN, OR AT BT, N 417; BK OR-KRAMER, Art. 19–20 N 200; WYSS/VON DER CRONE, SZW 2003, 38 FN 31.

Dritten potentiellen Käufern, welche bei ihm Rat suchen, absichtlich eine unrichtige Auskunft über Beats Pferdezucht, insbesondere die Sprungkraft der Pferde erteilt. Veranlasst durch die versprochenen Provisionen lobt van Hippel in der Folge denn auch um des eigenen persönlichen Vorteils willens gegenüber Ansula die Sprungkraft des «Celerino». Im Ergebnis widerspricht die vorliegende Schmiergeldvereinbarung dem allgemeinen Anstandsgefühl und ist daher als sittenwidrig und nichtig zu qualifizieren.

4.3. Fazit

Das Schmiergeldversprechen ist widerrechtlich und sittenwidrig im Sinne von Art. 19 Abs. 2 und Art. 20 Abs. 1 OR und daher nichtig.

Nach traditioneller Auffassung entfaltet ein nichtiger Vertrag keinerlei rechtsgeschäftliche Wirkungen, die Nichtigkeit besteht von allem Anfang an (*ex tunc*), ist absolut und unheilbar, von Amtes wegen zu berücksichtigen und jedermann kann sich jederzeit auf die Nichtigkeit berufen.⁷⁴ Ein anderer Teil der Lehre spricht sich dagegen für einen flexiblen Ungültigkeitsbegriff aus; die einzelnen Merkmale der Nichtigkeit sollen erst im Kontext der verletzten Norm und nicht bereits im Voraus bestimmt werden.⁷⁵

Unabhängig davon, welcher Lehrmeinung man folgt, gelangt man im vorliegenden Fall zum Ergebnis, dass Beat sich auf die Nichtigkeit des Vertrages berufen und van Hippel gegenüber die Zahlung der «Provisionsgebühr» verweigern kann, falls er diese noch nicht ausbezahlt hat. Denn mit den erwähnten (Straf-)Bestimmungen soll ein fairer Wettbewerb und der redliche Geschäftsverkehr gewährleistet werden.⁷⁶ Es würde daher Sinn und Zweck der einschlägigen Normen wie auch dem allgemeinen Anstandsgefühl widersprechen, wenn van Hippel von

Beat die versprochene Schmiergeldzahlung einfordern könnte. Hat Beat die Schmiergeldzahlung dagegen bereits an van Hippel geleistet, so dürfte sein Rückforderungsanspruch nach herrschender Lehre an Art. 66 OR scheitern.⁷⁷

Literaturverzeichnis

- BSK OR, Basler Kommentar, Obligationenrecht I (Art. 1–529 OR) mit PrHG und PauRG, hrsg. von HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG, 6. Aufl., Basel 2015 (zit.: BSK OR-BEARBEITERIN)
- BSK StGB, Basler Kommentar, Strafrecht, Strafgesetzbuch, Jugendstrafgesetz, hrsg. von NIGGLI MARCEL ALEXANDER/WIPRÄCHTIGER HANS, 4. Aufl., Basel 2018 (zit.: BSK StGB-BEARBEITERIN)
- BSK UWG, Basler Kommentar, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, hrsg. von HILTY RETO M./ARPAGAU RETO, Basel 2013 (zit.: BSK UWG-BEARBEITERIN)
- BUCHER EUGEN, Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl., Zürich 1988
- CHK OR, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, hrsg. von FURRER ANDREAS/SCHNYDER ANTON K., 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016 (zit.: CHK OR-BEARBEITERIN)
- CHK OR, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe, hrsg. von MÜLLER-CHEN MARKUS/HUGUENIN CLAIRE, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016 (zit.: CHK OR-BEARBEITERIN)
- CR CO, Commentaire romand, Code des obligations I (Art. 1–529 CO), hrsg. von THÉVENOZ LUC/WERRO FRANZ, 2. Aufl., Basel 2012 (zit.: CR CO-BEARBEITERIN)
- GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014
- GIGER HANS, Das Obligationenrecht, Kauf und Tausch – Die Schenkung (Art. 184–252 OR), Zweite Lieferung: Art. 189–210 OR, Berner Kommentar, Band VI, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 1. Teilband, Bern 1977 (zit.: BK OR-GIGER)

⁷⁴ S. BGE 129 III 209 E. 2.2; 97 II 108 E. 4; BUCHER, 241 f.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 681; VON TUHR/PETER, 225 f.

⁷⁵ BSK OR-HUGUENIN/MEISE, Art. 19/20 N 55; HUGUENIN, OR AT BT, N 433 m.w.H.

⁷⁶ Vgl. hierzu auch HUGUENIN/DREYER, 1213.

⁷⁷ S. etwa UWG Komm.-ANDREOTTI/SETHE, Art. 4a N 200; BSK OR-FRICK, Art. 4a N 67 m.w.H. A.M. HUGUENIN/DREYER, 1214, welche in diesem Fall von einem vertraglichen Rückabwicklungsverhältnis ausgehen, weshalb der bereicherungsrechtliche Art. 66 OR nicht anwendbar sei.

- HEIZMANN RETO/LOACKER LEANDER D. (Hrsg.), UWG, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Zürich/St.Gallen 2018 (zit.: UWG Komm.-BEARBEITERIN)
- HONSELL HEINRICH, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 10. Aufl., Bern 2017
- HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2019 (zit.: HUGUENIN, OR AT BT, N ...)
- HUGUENIN CLAIRE, Die absichtliche Täuschung durch Dritte – Art. 28 Abs. 2 OR, SJZ 1999, 261 ff. (zit.: HUGUENIN, SJZ 1999)
- HUGUENIN CLAIRE/DREYER OLIVER, Vertragsungültigkeit als Sanktion bei UWG-Verstößen, in: Festschrift Schnyder, Zürich/Basel/Genf 2018, 1197 ff.
- KOLLER ALFRED, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Bern 2017
- KRAMER ERNST A., Das Obligationenrecht, Art. 19–22 OR, Berner Kommentar, Band VI, 1. Abteilung, 1. Teilband: Allgemeine Bestimmungen, Unterteilband 1a: Inhalt des Vertrages, Bern 1991 (zit.: BK OR-KRAMER)
- MAUCHLE YVES, Normenkonkurrenzen im Obligationenrecht – zugleich ein Beitrag zum Verhältnis von Irrtumsanfechtung und Sachmängelhaftung, AJP 2012, 933 ff.
- SCHMIDLIN BRUNO, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Mängel des Vertragsabschlusses, Art. 23–31 OR, Berner Kommentar, Bern 2013 (zit.: BK OR-SCHMIDLIN)
- SCHÖNLE HERBERT/HIGI PETER, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Teilband V 2a, Kauf und Schenkung, Zweite Lieferung Art. 192–204 OR, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2005 (zit.: ZK OR-SCHÖNLE/HIGI)
- SCHWENZER INGEBORG, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Bern 2016
- TERCIER PIERRE/PICHONNAZ PASCAL, Le droit des obligations, 5. Aufl., Genf/Zürich/Basel 2012
- VON TUHR ANDREAS/PETER HANS, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I, 3. Aufl., Zürich 1979
- WYSS EVELINE/VON DER CRONE HANS CASPAR, Besteuerung bei Vertragsschluss, SZW 2003, 35 ff.
-