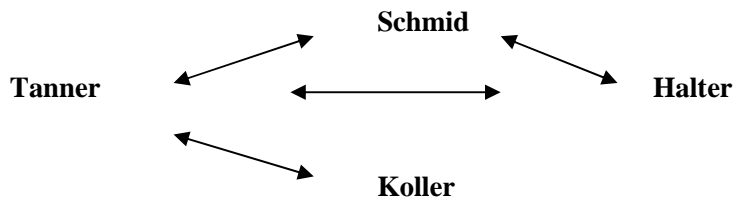


## **Lösungsvorschlag zu Fall 1**

### **Methode**

Zu Beginn startet man wie immer mit einer Skizze, um eine gute Übersicht über den Sachverhalt zu gewinnen:



Die relevante Frage zur Lösung der offenen Fragestellung nach der Rechtslage im Sachverhalt lautet: **Wer will was von wem woraus?** Wir beginnen mit der Person, die das grösste Problem hat. Die erste Analyse des Sachverhalts und der relevanten Verträge ergibt, dass Tanner und Koller vorliegend das grösste Problem haben. Der Vertrag, den Schmid als Vertreter Tanners abgeschlossen hat, ist nämlich gültig. Durch die Ausfertigung einer zu weit formulierten Urkunde hat Tanner eine Vollmacht kundgetan im Sinne des Art. 33 Abs. 3 OR – Halter kommt in den Genuss des Vertrauensschutzes. Tanner hätte aber einen besseren Vertrag abschliessen können mit Koller, der über die frustrierten Aufwendungen zur Vorbereitung des Vertrages ebenfalls erbost ist. Koller will Geld von Tanner, Tanner will Geld von Schmid.

Die Frage nach der Gültigkeit des Kaufvertrages mit Halter ist relevant für beide Ansprüche. Zwischen Tanner und Koller ist dies deshalb als Vorfrage direkt einzubauen. Es empfiehlt sich, den Anspruch Kollers gegen Tanner zuerst zu prüfen, um festzustellen, wie hoch der Schaden ist, den Koller erleidet. Die Forderung Kollers aus culpa in contrahendo gegen Schmid erhöht den Schaden der Vertragsverletzung, den Schmid verursacht hat. Der effiziente Aufbau der Fallbearbeitung beginnt deshalb mit dem nachfolgenden Anspruch.

### **Koller vs Tanner: Fr. 2'000 aus culpa in contrahendo**

#### **Vorfrage: Gültigkeit des Verkaufs an Halter**

Schmid und Tanner haben einen Verwaltungsvertrag für das Haus abgeschlossen. Diese Tätigkeit fällt als Tätigwerden in fremdem Interesse unter das Auftragsrecht im Sinne von Art. 394 ff. OR. Schmid hatte zu Legitimationszwecken eine Vollmachtsurkunde, die weiter ging als die tatsächlich bestehende Vollmacht. Der Verkauf der Liegenschaft war von der Vollmachtsurkunde gegenüber Dritten gedeckt, nicht aber im Innenverhältnis. Schmid wusste gemäss Sachverhalt, dass Tanner gegen einen Verkauf an Halter eingestellt war und dass bei jeder Handlung die explizite Ermächtigung Tanners vorbehalten war. Aus der Verwalterstellung Schmidts ergab sich die Vollmacht zum Verkauf der Liegenschaft noch nicht – das wäre der Fall von Art. 33 Abs. 2 OR. Die Vertretungsbefugnis deckte somit den Verkauf an Halter nicht – dennoch wickelte er den Verkauf im Namen Tanners ab, somit als *direkter Stellvertreter* Tanners im Sinne von Art. 32 Abs. 1 OR.

Vorliegend erfüllte die Vollmachtsurkunde mit der öffentlichen Beurkundung sogar die für das vorgesehene Geschäft notwendige Form. Ob dies notwendig ist, kann daher offenbleiben.<sup>1</sup>

Gegenüber Halter gilt die Vertretungsmacht, sofern er bezüglich der Vertretungsbefugnis gutgläubig ist. Anwendbar ist Art. 33 Abs. 3 OR, wenn die Ermächtigung zum Verkauf von Tanner gegenüber Halter kundgegeben worden ist. Vorliegend hat Schmid, nicht Tanner die Vollmachtsurkunde Halter gezeigt. Diese Handlung ist jedoch Tanner ebenfalls zuzurechnen, da dieser als Bote Tanners gehandelt hat.<sup>2</sup>

Die Vollmacht beurteilt sich jedoch nur dann gemäss der Vollmachtsurkunde, wenn Halter bezüglich der tatsächlich bestehenden Vertretungsbefugnis gutgläubig war. Diese Voraussetzung steht nicht im Gesetz, ist aber auch gemäss Bundesgericht notwendig, weil Art. 33 Abs. 3 OR dem Schutz des guten Glaubens im Verkehr dient.<sup>3</sup> Koller erklärt die Anwendung von Art. 3 Abs. 2 ZGB bei Art. 33 Abs. 3 OR aufgrund systematischer und teleologischer Überlegungen:<sup>4</sup> „Dies folgt wiederum aus dem systematischen Zusammenhang zwischen Art. 33 Abs. 3 und 34 Abs. 3 OR: Diese Bestimmung macht die Vertretungswirkung klarerweise von berechtigtem guten Glauben abhängig (...); für Art. 33 Abs. 3 OR kann angesichts seiner engen Verwandtschaft nichts anderes gelten.“<sup>5</sup>

Es ist zu prüfen, ob Halter gutgläubig bezüglich der Vertretungsbefugnis war, d.h. ob er nicht wusste oder wissen musste, dass der Verkauf der Liegenschaft von der Vollmacht nicht gedeckt war. Dafür genügt es nicht, sich einfach auf die Vermutung des guten Glaubens zu berufen (Art. 3 Abs. 1 ZGB). Dies ist lediglich eine Beweisvorschrift und sagt noch nichts über das tatsächliche Vorliegen des guten Glaubens aus. Es gilt der Massstab des Art. 3 Abs. 2 ZGB. Tanner würde in einem Prozess sicher Fakten vorbringen, dass Halter bösgläubig gewesen sei. Die Vermutung würde dadurch widerlegt. Es wäre dann an Halter, das Vorliegen des guten Glaubens dazulegen. Auf das Vorliegen des guten Glaubens ist deshalb genauer einzugehen.

Halter versuchte gemäss Sachverhalt schon einmal im Jahre 1999, die Liegenschaft zu erwerben. Die ablehnende Antwort Tanners war mit seiner möglichen Rückkehr in die Schweiz begründet. Dass sich dies in acht Jahren ändern kann, ist gut möglich und muss noch keinen Verdacht wecken. Der wirkliche Grund – dass Tanner Halter nicht mochte – erfuhr nur Schmid, nicht aber Halter. Aber auch dieser Grund hätte mit der Zeit überwunden werden können. Damals antwortete Tanner direkt. Auch dies ist nicht problematisch, denn beim Kauf hatte Schmid die Vollmacht, die er damals noch nicht hatte.

Ein weiteres Indiz für die Bösgläubigkeit Halters könnte der tiefere Preis sein. Koller wäre immerhin bereit, Fr. 50'000 mehr zu zahlen. Die Differenz ist jedoch nicht gravierend, als dass sie den guten Glauben in die Vertretungsbefugnis Schmidts zerstören würde.

Ebenfalls problematisch ist die „alte“ Vollmachtsurkunde. Die Urkunde wurde im Jahr 2003 erstellt, war also fünf Jahre alt. Das Bundesgericht schützte das Vertrauen in eine Urkunde von 1931 anlässlich eines Erwerbs im Jahre 1948.<sup>6</sup> In diese Zeit fällt zwar ein Krieg, aber dennoch zeigt es die Relationen. Eine fünfjährige Urkunde kann nach wie vor verwendet werden, gerade dann, wenn der Vertretene sich im Ausland befindet und eine Kontaktnahme sich schwierig gestaltet.

Für den guten Glauben Halters spricht der Umstand, dass er das Geld direkt auf Tanners Konto überweisen musste. Er wusste, dass Schmid Tanners Verwalter war und dass er über ihn schon einmal ein Ange-

---

<sup>1</sup> Vgl. BK-Zäch, OR 33 N 57, der für die Vollmacht zum Grundstückskauf die öffentliche Beurkundung fordert, mit weiteren Hinweisen; vgl. Bucher, OR AT, S. 163 Fn. 9; BGE 84 II 151 ff., 157. Die Vollmacht zur Eingehung einer Bürgschaft bedarf der gleichen Form wie die Bürgschaft (Art. 493 Abs. 6 OR). Aufgrund des identischen Schutzzweckes ist eine analoge Anwendung dieser Norm angezeigt.

<sup>2</sup> Vgl. BGE 77 II 138 ff., 142.

<sup>3</sup> Vgl. BGE 77 II 138 ff., 142 f.

<sup>4</sup> Koller, Guter Glaube, N 201.

<sup>5</sup> Koller, Guter Glaube, Fn. 361.

<sup>6</sup> Vgl. BGE 77 II 138 ff., 141.

bot an Tanner gerichtet hat. In Anbetracht dieser Umstände ist Halter als gutgläubig bezüglich Schmidts Vertretungsbefugnis zu betrachten. Die Vertretungswirkung tritt folglich ein. Tanner ist an den Vertrag mit Halter gebunden.

Art. 36 OR ist auf diesen Sachverhalt nicht anwendbar. Das Mandat bestand nach wie vor. Es war deshalb nicht Tanners Pflicht, die Rückgabe der Urkunde zu verlangen. Das Verhältnis von Art. 36 OR zu Art. 33 Abs. 3 und 34 Abs. 3 OR ist unklar. In der Ausstellung einer Vollmachtsurkunde liegt auch die Kundgabe einer Vollmacht. Art. 36 OR gewährt jedoch nur Schadenersatz und keinen positiven Vertrauensschutz im Sinne des Eintritts der Vertretungswirkungen.<sup>7</sup> Art. 34 Abs. 3 OR ist vorliegend ebenfalls nicht anwendbar, denn es liegt kein Widerruf der Vollmacht vor.

### **Zustandekommen des Vertrages zwischen Koller und Tanner**

Koller kann die Liegenschaft von Tanner nicht mehr erwerben. Tanner und Koller waren sich handelseinig, bloss die nach Art. 657 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 216 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 11 Abs. 1 OR notwendige Beurkundung fehlte. Gemäss Sachverhalt gab es bereits einen Termin dafür. Es handelte sich somit noch um eine „Formsache“, doch war diese nicht mehr zu bewerkstelligen, da Schmid ihnen zuvorgekommen ist. Somit entfallen vertragliche Ansprüche, denn die formungültige Einigung über den Verkauf der Liegenschaft ist ungültig.<sup>8</sup>

Es stellt sich die Frage, ob er Tanner für die Aufwendungen im Zusammenhang mit der Vertragsvorbereitung haftbar machen kann. Der in Art. 36 Abs. 2 OR vorgesehene Fall ist ähnlich und anschaulich. Der Aussteller einer mittlerweile widerrufenen Vollmachtsurkunde muss dem gutgläubigen Dritten Schadenersatz bezahlen, wenn dieser mit dem vollmachtlosen Stellvertreter einen nichtigen Vertrag im Vertrauen auf die nicht mehr gültige Urkunde geschlossen hat. Der hier vorliegende Fall verhält sich dazu spiegelbildlich. Wer mit dem Eigentümer einen Vertrag abschliesst, aber ein anderer mit dessen Vertreter vorher kontrahiert, erleidet einen vergleichbaren Schaden wie der gutgläubige Dritte in Art. 36 Abs. 2 OR, der mit dem Vertreter einen Vertrag schliesst, der nicht zustandekommt. Art. 36 Abs. 2 OR ist ein Anwendungsfall der culpa in contrahendo.<sup>9</sup>

Es stellt sich die Frage, ob Koller einen Anspruch aus culpa in contrahendo hat. Es gibt fünf Voraussetzungen: Beide Parteien müssen über einen Vertrag verhandeln. Das haben sie zweifellos getan. Die schädigende Partei muss zweitens eine vorvertragliche Pflicht verletzen. Diese Verletzung liegt im anderweitigen Verkauf, der für Tanner bindend ist (siehe unten). Drittens muss die andere Partei einen Schaden erleiden. Vorliegend sind es Fr. 2'000, die Koller nutzlos ausgegeben hat. Dieser Schaden muss adäquat-kausale Folge der Pflichtverletzung sein. Diese Voraussetzung wird anschliessend geprüft. Fünftens muss die Schädigerin ein Verschulden treffen.<sup>10</sup> Auch dies wird im Anschluss detailliert geprüft.

Die Handlungen seines Vertreters muss sich Tanner wie seine eigenen anrechnen lassen. Zwar wollte Tanner diese spezifische Handlung explizit nicht. Es war eine Veruntreuung, somit ein Delikt. Schmid war sein Vertreter, dies hat er durch die Vollmacht kundgetan. Somit hat im Ergebnis Tanner mit Koller verhandelt, obwohl er (Tanner) die Liegenschaft an Halter verkauft hat. Aufgrund der Zurechnung der Handlungen Schmidts geschahen Tanners Handlungen vorsätzlich. Der Fall ist mit BGE 108 II 419 ff. (Goldgruben-Fall) vergleichbar. Die Eigentümerin hatte eine Abschlussgehilfin, die beim Vertragsschluss den Vertragspartner arglistig getäuscht hat. Eine Zurechnung dieser Täuschungshandlungen war nach Art. 55 OR denkbar, würde aber zu stossenden Ergebnissen führen, weil dem Geschäftsherr dann der Exzeptionsbeweis offen stünde. Bei Art. 101 OR ist dieser nicht gegeben, was besser zum *vertragsähnlichen Charakter*

<sup>7</sup> Vgl. zum Verhältnis zwischen den Artikeln BSK-Watter/Schneller, OR 36 N 8, mit weiteren Hinweisen.

<sup>8</sup> BSK-Hess, OR 216 N 10, mit weiteren Hinweisen.

<sup>9</sup> BSK-Bucher, OR 1 N 80.

<sup>10</sup> Alle Voraussetzungen nach Huguenin, OR AT, N 956.

ter der culpa in contrahendo passt.<sup>11</sup> Gemäss Art. 101 Abs. 1 OR muss die Hilfsperson den Schaden in Erfüllung ihrer Verrichtung verursachen. Dies ist gegeben, wenn die schädigende Handlung zugleich eine Schlechterfüllung der Schuldpflicht darstellt. Das ist hier so. Schmid hat die Weisung missachtet, die Liegenschaft nur mit seinem Einverständnis zu verkaufen und damit den Auftrag verletzt. Die Tat muss Tanner hypothetisch vorwerfbar sein. Hätte Tanner die Liegenschaft selber verkauft (d.h. ohne Stellvertretung, denn Tanner hat die Liegenschaft i.c. auch selber verkauft, aber über einen Stellvertreter), obwohl er mit Koller schon einen Termin für die Beurkundung hat, wäre es ein klarer Fall der culpa in contrahendo.

Somit ist Tanner so zu behandeln, als hätte er die Liegenschaft selber an Halter verkauft. Dieser Fall ist typisch für die culpa in contrahendo. Es sind Vertragsverhandlungen, die ohne Absicht des Vertragschlusses gehalten werden oder die Weigerung, einen zur Vorbereitung verfassten, noch formungültigen Vertrag formgültig abzuschliessen.<sup>12</sup> Tanner wusste vorliegend von den Verkaufsverhandlungen Schmidts und vom erfolgten Verkauf nichts. Durch die viel zu weite Fassung der Vollmachtsurkunde ist er aber an den von Schmid geschlossenen Vertrag gebunden. Die Zurechnung der Gefahr, die durch die zu weite Vollmachtsurkunde geschaffen worden ist und die Zurechnung der Gefahr, dass ihm der Vertreter beim Verkauf der Liegenschaft zuvorkommen könnte, ist dieselbe. Die Wertungen, die in Art. 36 Abs. 2 OR für den gutgläubigen Dritten aufgestellt worden sind, gelten spiegelbildlich auch für den potentiellen Vertragspartner Koller.

Der Schaden beträgt Fr. 2'000 und besteht in nutzlos gewordenen Aufwendungen. Ohne den Verkauf an Koller wären diese nicht nutzlos geworden (conditio sine qua non des eingetretenen Schadens). Es ist nach dem Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung zu erwarten, dass durch den fehlenden Abschluss diverse Vorbereitungsarbeiten nutzlos werden. Der Schaden verhält sich somit natürlich und adäquat kausal zur schädigenden Handlung.

**Tanner vs Schmid: Fr. 50'000 und Fr. 2'000 aus Art. 97 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 398 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 321e Abs. 2 OR**

### **Vertragsverletzung: Schlechterfüllung**

#### **Vorfrage: Ausschluss der GoA**

Eine relevante Vorfrage lautet, ob die Vertragsverletzung oder die Geschäftsführung ohne Auftrag anwendbar ist. Bei Überschreitung vertraglich eingeräumter Kompetenzen sind ausschliesslich die entsprechenden Vertragsnormen anwendbar (strittige Meinung).<sup>13</sup>

#### **Verletzung der Weisung vs Verletzung der Treuepflicht**

Fraglich ist, wie die Vertragsverletzung vorliegend definiert wird. Möglich ist die Verletzung einer Weisung (Art. 397 OR) oder die Verletzung der Treuepflicht, die sich aus Art. 398 OR ergibt. Die Weisung und das Weisungsrecht basieren auf dem Vertrag und folgen diesem chronologisch später.<sup>14</sup> Hier existierte der Vertrag zwischen Tanner und Halter schon länger, seit 1999. Die Vollmacht bestand formlos bis 2003 (vgl. aber Art. 396 Abs. 2 OR), danach gab es eine schriftliche Vollmachtsurkunde, die zu weit gefasst war. Die „Weisung“ Tanners, ohne Einwilligung bzw. Aufforderung nichts zu unternehmen, war somit eigentlich nur eine Klarstellung, dass trotz zu weiter Vollmachtsurkunde alles wie vorher bleibt. Vorliegend hat Halter den Vertrag verletzt, nicht die Weisung. Im Ergebnis spielt dies aber keine Rolle, denn haftbar wird man für beide Verletzungen.<sup>15</sup>

<sup>11</sup> BGE 108 II 419 ff., 422; vgl. BSK-Bucher, OR 1 N 96.

<sup>12</sup> Vgl. BSK-Bucher, OR 1 N 82 f.; vgl. BGE 77 II 135 ff., 137 f.

<sup>13</sup> Vgl. ZK-Schmid, OR 419 N 79 und 83 und BSK-Weber, Vorbemerkungen OR 419-424 N 16, je mit weiteren Hinweisen.

<sup>14</sup> Vgl. BK-Fellmann, OR 397 N 22.

<sup>15</sup> Vgl. BK-Fellmann, OR 397 N 23; vgl. Auch BSK-Weber, OR 398 N 21.

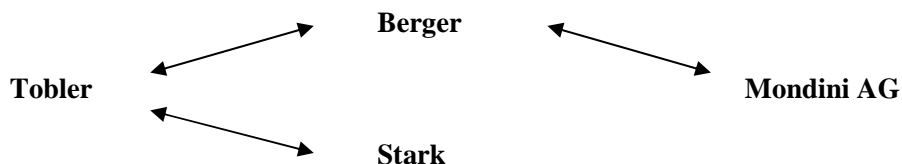
Schmid hat den Verwaltungsvertrag verletzt, denn er hat die vertragliche Abmachung, nur mit explizitem Einverständnis zu verkaufen, nicht befolgt. Dies wäre, wenn man die „Weisungen“ Tanners als „Vorschriften“ (d.h. Weisungen im rechtlichen Sinne) im Sinne des Art. 397 Abs. 1 OR betrachtet, auch gegen den explizit geäusserten Willen Tanners geschehen. Man kann deshalb nicht von einer mutmasslichen Einwilligung im Sinne des Art 397 Abs. 1 OR ausgehen. Er schloss den Verkauf im Wissen um die entgegenstehende Weisung ab, somit mit Vorsatz. Das Verschulden ist damit erstellt. Die notwendige Sanierung des Gebäudes zwang ihn nicht zu dieser Massnahme. Er hat gemäss Sachverhalt zwar keine Antwort von Tanner erhalten, was ihn aber nicht unbedingt zu dieser drastischen Massnahme hätte bewegen müssen. Er hätte die Ersatzvornahme der Behörde abwarten können oder das Verwaltungsmandat niederlegen können. Das Recht dazu hätte er gehabt, insbesondere aufgrund der fehlenden Reaktion Tanners auf die Briefe. Auch hätte er Einnahmen aus der Liegenschaft zurückhalten können, um damit die notwendige Sanierung zu bestreiten.

Der Schaden beträgt Fr. 50'000. Geschuldet ist das positive Interesse. Gemäss Sachverhalt wäre Koller immer noch bereit, diesen Kaufpreis zu bezahlen. Es ist der entgangene Gewinn (*lucrum cessans*). Dieser Schaden liegt in einem natürlichen und adäquaten Kausalzusammenhang zum Verhalten Schmidts. Hätte er die Weisung nicht verletzt, wäre der Verkauf an Koller noch möglich. Es ist nach der Lebenserfahrung auch zu erwarten, dass diese Vertragsverletzung die Interessen Tanners in diesem Ausmass verletzen könnte. Hinzu kommt der Schaden, den Tanner aus culpa in contrahendo bezahlen muss in der Höhe von Fr. 2'000. Dabei handelt es sich um *damnum emergens*.

## Lösungsvorschlag zu Fall 2

### Methode

Zu Beginn startet man mit einer Skizze, um eine gute Übersicht über den Sachverhalt zu gewinnen:



Mit dieser *Skizze* ist jedoch noch nicht viel gewonnen. Empfehlenswert ist auch eine *Übersicht*, was mit den einzelnen Uhren passiert ist:

**Omega:** Tobler erhält den Zuschlag. Die Uhr wird übergeben, bezahlt und für Fr. 50 aufgewertet. Die Uhr wurde aber vor zwei Jahren Stark gestohlen. Dieser macht vorläufig keine Anstalten, die Uhr zurückzubekommen, obwohl sein Anspruch gegeben wäre.

**IWC:** Tobler erhält den Zuschlag, Berger verweigert jedoch die Lieferung und die Annahme des Kaufpreises, weil der Preis zu niedrig sei. Dadurch geht ein Folgegeschäft bachab.

**Mondini:** Nicht Tobler hat den Zuschlag erhalten, sondern die Mondini AG. Diese hat aus seltsamen Gründen ein für gewöhnliche Käufer unübliches Interesse, möglichst viel zu bezahlen. Berger, der Anbieter, hat im Gegensatz dazu ein natürliches Interesse an hohen Preisen und half der Preisentwicklung durch verdecktes Mitbieten nach.

Es stellt sich die Frage, wer das grösste Problem hat. Die erste Analyse des Sachverhalts und der relevanten Verträge ergibt, dass Tobler das grösste Problem hat. Tobler hat die IWC nicht bekommen, obwohl die

Auktion ihm als Höchstbietenden den Zuschlag gegeben hat. Der von ihm geplante Weiterverkauf der Uhr ist deswegen geplatzt. Dies ist vorliegend der teuerste Schadensposten. Eine der wichtigsten Vorfragen für die Gewährleistung und für die Haftung ist die Frage, ob ein Zuschlag bei einer online-Auktion dieselbe Bindungswirkung wie der Zuschlag bei einer herkömmlichen Auktion hat. Weiter hat er eine gestohlene Omega gekauft und weiss nicht, ob er sie wird behalten können. Wenn er sie stark herausgeben muss, hat er dann das Lösungsrecht nach Art. 934 Abs. 2 ZGB? Davon hängt auch die Frage ab, ob er gegen Berger überhaupt vorgehen muss. Es empfiehlt sich deshalb, die Besitzesrechtsklage Starks vor der Rechtsge-  
währleistung nach Art. 192 ff. OR zu prüfen, auch wenn er die Uhr noch nicht für sich zu beanspruchen scheint. Bei der Mondini hat er den Zuschlag nicht bekommen, hat aber Unregelmässigkeiten beim Bieten feststellen können – hier sind die Möglichkeiten einer Anfechtung der Auktion zu prüfen.

## **Tobler vs Berger: Schadenersatz in der Höhe von Fr. 1'600 aus Art. 107 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 184 Abs. 1 OR**

### **Vorfrage: Gültigkeit des Zuschlags an Tobler**

Berger weigert sich, die IWC zu liefern. Die online-Auktion ist eine gewöhnliche freiwillige Versteigerung im Sinne des Art. 229 Abs. 2 OR mit dem Unterschied, dass sie im Internet und über einen längeren Zeitpunkt abgewickelt wird.<sup>16</sup> Was im Internet geschieht, ist öffentlich – jedermann kann mitbieten und die Angebote sind für die ganze Welt ersichtlich.<sup>17</sup> Damit sind alle Voraussetzungen einer freiwilligen öffentlichen Versteigerung im Sinne des Art. 229 Abs. 2 OR auch bei online-Auktionen gegeben.

Ein Maximalgebot führt dazu, dass ein elektronischer Biet-Agent jeweils bis zu einer Obergrenze automatisch mitbietet, was bei herkömmlichen Auktionen einem Bietauftrag entspricht.<sup>18</sup> Der Zuschlag erfolgt mangels spezieller Steigerungsbedingungen oder Kundgabe Bergers gemäss Art. 229 Abs. 3 OR an das höchste Angebot – durch „den Leitenden“. Hier ist es die Online-Auktionsbörse, die den Zuschlag automatisch generiert. Ein anderer geäussertes Wille des Veräusserers, beispielsweise die vorbehaltene Genehmigung des Zuschlags durch den Veräusserer oder ein vorbehaltener Mindestkaufpreis (vgl. Art. 229 Abs. 3 OR) wären bei vorgängiger Kundgabe an alle Teilnehmer möglich,<sup>19</sup> sind im Sachverhalt aber nicht erwähnt. Ein *erst nach dem Zuschlag* gebildeter oder geäussertes Wille kann diesbezüglich keine Rolle mehr spielen. Der Zuschlag ist bindend, auch wenn der Preis nicht den Vorstellungen des Veräusserers entspricht.

Berger kann sich nicht auf einen wesentlichen Irrtum stützen. Seine Meinung, dass erst die ernstzunehmenden Angebote bindend seien, ist falsch. Dieser Irrtum über eine Rechtslage ist nicht wesentlich.

---

<sup>16</sup> Vgl. Honsell, OR BT, S. 179 und Martin Skripsky, Die online-Kunstauktion, Diss. Zürich 2006, S. 83; die gesetzliche Regelung für Auktionen passt jedoch in mehreren Bereichen nicht zum Typus der online-Auktion, siehe dazu ausführlich Oliver Frei, Der Abschluss von Konsumentenverträgen im Internet, Diss. Zürich 2001, N 501 ff.

<sup>17</sup> Vgl. BSK-Ruoss, vor OR 229-236 N 19, sieht die Öffentlichkeit darin, dass die Auskündigung öffentlich erfolgt und ein freies Bietrecht vorliegt, d.h. keine vom Willen des Veräusserers abhängige Beschränkungen gegeben sind.

<sup>18</sup> Vgl. Skripsky, S. 81.

<sup>19</sup> Vgl. BGE 109 II 123 ff., 126 f.: „*Dass der Einlieferer auf das Steigerungsergebnis Einfluss nimmt, ist durchaus geläufig. Er kann eine Preislimite festsetzen oder die Zustimmung zu einem Zuschlag vorbehalten (Art. 229 Abs. 3 OR). Im einen wie im andern Fall handelt es sich um ein offenes Vorgehen, das den Wettbewerb nicht verfälscht. Die Abrede im "Auktionsauftrag", Kempf werde als Käufer behandelt, stellte ihn in keiner Weise gleich mit andern Kaufsinteressenten. Unbekümmert darum, ob die Beklagte in seinem Namen verkaufte oder - was eher zutreffen dürfte - als Kommissionärin im eigenen Namen handelte, geschah das jedenfalls auf Rechnung Kempfs (Art. 425 OR). Er riskierte deshalb im ungünstigsten Fall, das für die Beklagte bestimmte Aufgeld von höchstens 20% bezahlen zu müssen. Darin liegt ein Unterschied zur Zwangsversteigerung, wo der Einlieferer zwar mitbieten darf, aber wie jeder andere Teilnehmer den ganzen Zuschlagspreis bezahlen muss. Das Mitbieten Kempfs verfälschte daher den Wettbewerb, indem es zwar intern vorgesehen, den Steigerungsteilnehmern aber nicht in einer Form bekannt gemacht wurde, dass jedermann mit dieser Möglichkeit rechnen musste (...). Bei einer Versteigerung müssen klare, saubere Verhältnisse herrschen, und jede Irreführung der Steigerungsteilnehmer ist zu vermeiden (BGE 95 III 24 mit Verweisung). Zwar ist ein Verkäufer im allgemeinen nicht gehalten, dem Käufer Tatsachen mitzuteilen, welche die Preisbildung durch Angebot und Nachfrage beeinflussen (...). Die Natur einer öffentlichen Versteigerung in Verbindung mit der Sondernorm von Art. 230 OR verlangt jedoch eine strengere Offenbarungspflicht. Dass im übrigen die an einer öffentlichen Versteigerung herrschende Anonymität den Nachweis sittenwidriger Einflussnahme erschwert, gilt auch in andern Fällen und ist nicht entscheidend.*“

## Verzug und Wahlrechte

Gemäss Sachverhalt weigert sich Berger, die IWC zu liefern, obwohl ihm Tobler das Geld bar angeboten hat. Bei Versteigerungen ist gemäss den Versteigerungsbedingungen oder bar zu leisten. Vorliegend haben sich Tobler und Berger gemäss Sachverhalt auf ein Treffen geeinigt, bei dem die Leistungen ausgetauscht werden sollen. Die Leistung der Kaufsache ist somit auf diesen Zeitpunkt hin fällig. Da er an diesem Treffen die Zahlung nicht annimmt und nicht leistet, befindet er sich im Verzug. Eine Mahnung ist nicht notwendig, denn es war klar, dass beim vereinbarten Treffen geleistet werden sollte (vgl. Art. 102 Abs. 2 OR). Es liegt kein kaufmännischer Verkehr vor. Dieser zeichnet sich als Kauf zum Wiederverkauf aus, was hier zwar gegeben ist. Zusätzlich muss dies aber für die Gegenpartei erkennbar sein.<sup>20</sup> Weiter ist problematisch, dass auch Berger kein Kaufmann ist – er bot die Uhren aus seiner Sammlung gemäss Sachverhalt aus Geldnot an.<sup>21</sup> Art. 190 ff. OR sind folglich nicht anwendbar, sondern Art. 102 ff. OR.

Tobler hat folglich die Wahlrechte gemäss Art. 107 Abs. 2 OR. Eine Nachfrist ist aufgrund der deutlichen Leistungsverweigerung Bergers nicht notwendig (vgl. Art. 108 Ziff. 1 OR).<sup>22</sup> Tobler hat Berger bereits mitgeteilt, dass er auf die Uhr verzichte und Schadenersatz wolle. Dies ist als Erklärung im Sinne des Art. 107 Abs. 2 OR zu werten, wonach er auf die Leistung verzichte. Er hat damit aber nicht gesagt, ob er vom Vertrag zurücktritt oder daran festhält und Schadenersatz aus der Nichterfüllung verlangt. Es ist umstritten, ob er dies überhaupt tun muss.<sup>23</sup> Der Unterschied ist den meisten Rechtsgenossen ohnehin nicht bekannt<sup>24</sup>, weshalb die gleichzeitige Mitteilung der Wahl nicht ernsthaft verlangt werden kann.

Der Schaden beläuft sich auf Fr. 1'600 und stellt entgangenen Gewinn aus einem Weiterverkauf dar, berechnet nach der Differenztheorie. Dieser ist nur beim positiven Interesse geschuldet, somit beim Schadenersatz wegen Nichterfüllung.<sup>25</sup> Beim Rücktritt ist lediglich das negative Interesse geschuldet, d.h. der Vertragspartner ist so zu stellen, wie wenn er den Vertrag nie geschlossen hätte.<sup>26</sup>

Bezüglich der Voraussetzungen ist Art. 97 Abs. 1 OR anwendbar.<sup>27</sup> Es ist somit ein natürlicher und adäquater Kausalzusammenhang notwendig sowie Verschulden. Die Leistungsverweigerung von Berger ist verschuldet, denn er leistet nicht, obwohl er leisten muss und kann. Er leistet somit vorsätzlich nicht. Ist der entgangene Gewinn adäquat kausal zur Leistungsverweigerung? Die Vertragsverletzung muss nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der allgemeinen Lebenserfahrung an sich geeignet sein, einen Erfolg von der Art des eingetretenen Schadens herbeizuführen. Der Schadenseintritt erscheint dabei durch die Vertragsverletzung allgemein als begünstigt (vgl. BGE 123 III 110 ff., 112). Dies ist eindeutig der Fall. Wird eine Sache nicht geliefert, ist damit zu rechnen, dass ein weiteres Geschäft nicht durchgeführt werden kann. Dass der bei der Auktion erzielte Preis zu niedrig war und ein Weiterverkauf folglich mehr erzielen könnte, war Berger offensichtlich bekannt – er macht es sogar selber geltend.

## Toblers Anfechtung des Zuschlags für die Mondini nach Art. 230 Abs. 1 OR gegen Mondini AG und Berger

Beim Zuschlag für die Mondini haben Berger über das Benutzerkonto seiner Freundin und die Mondini AG mitgeboten. Berger und die Mondini AG taten es, um die Preise hochzutreiben. Die Freundin Bergers wird den Kaufpreis gegenüber Berger kaum begleichen, da er das Angebot selber abgegeben hat. Gegenüber Drittanbietern wäre ein solches Angebot möglicherweise bindend. Durch die Weitergabe des Pass-

<sup>20</sup> Vgl. BSK-Koller, OR 190 N 7 ff. und 14.

<sup>21</sup> BSK-Koller, OR 190 N 14.

<sup>22</sup> Vgl. BSK-Wiegand, OR 108 N 2.

<sup>23</sup> Vgl. BSK-Wiegand, OR 107 N 15, mit weiteren Hinweisen.

<sup>24</sup> Vgl. BSK-Wiegand, OR 107 N 15: „...dass die rechtliche Unterscheidung einem Nichtjuristen normalerweise nicht geläufig ist...“

<sup>25</sup> BSK-Wiegand, OR 107 N 17.

<sup>26</sup> BSK-Wiegand, OR 109 N 8.

<sup>27</sup> BSK-Wiegand, OR 107 N 17.

wortes muss seine Freundin für Angebote einstehen, die von ihrem Benutzerkonto abgegeben werden. Dies gilt aber nicht *inter partes*, d.h. gegenüber dem manipulierenden Anbieter. Gemäss Sachverhalt hat er dies schon mehrere Male getan. Seine Freundin ist eine „Strohfrau“. Es handelt sich somit um ein Benutzerkonto, das Berger zuzuordnen ist. Im Ergebnis hat er somit für das eigene Angebot mitgebieten. Möglich ist auch die Interpretation, dass ein *pactum de licitando* vorliegt – eine Abrede, wonach der Zuschlag für die mitbietende Person nicht bindend ist. Es stellt sich die Frage, ob dies sitten- oder rechtswidrig im Sinne von Art. 230 Abs. 1 OR ist und ob sich Tobler, der die Uhr gar nicht erstanden hat, darauf berufen kann.

Gemäss Art. 230 Abs. 1 OR kann jedermann klagen, der ein Interesse hat. Tobler als überbotener Mitbieter hat ein Interesse daran.<sup>28</sup> Der Zuschlag an die Mondini AG verletzt seine Interessen, denn möglicherweise hätte er den Zuschlag erhalten, wenn Berger und die Mondini AG die Preise nicht hochgetrieben hätten. Tobler muss nicht zeigen, dass er den Zuschlag erhalten hätte. Das Rechtsbegehren zielt auch lediglich auf eine Aufhebung des Zuschlags ab.<sup>29</sup> Die Anfechtungsklage richtet sich in diesem Fall gegen den Verkäufer und den Käufer.<sup>30</sup>

Das *pactum de licitando* ist die Abrede, wonach ein Mitbieter nicht an den Zuschlag gebunden ist. Da es das Bietverhalten und die korrekte Preisermittlung – das sind die Ziele einer Auktion – erheblich stört, ist es sittenwidrig. Die Bieter haben ungleich lange Spiesse: während die einen Bieter tatsächlich zahlen müssen, können die anderen ohne Verpflichtung mitbieten.<sup>31</sup> Bietet der Anbieter verdeckt auch mit und erhält er den Zuschlag, muss er zwar wahrscheinlich dem Auktionator dennoch eine Provision bezahlen.<sup>32</sup> Diese dürfte bei online-Auktionen jedoch eher gering sein.<sup>33</sup> Bei der *Zwangsversteigerung* stellt das Mitbieten des Eigentümers kein Problem dar. Er muss schliesslich den Preis wie alle anderen Bietenden zugunsten des *Gläubigers* entrichten. Das Mitbieten durch den Anbieter *bei freiwilligen Auktionen* ist dann problemlos, wenn es alle Mitbietenden schon vor Beginn der Auktion wissen.<sup>34</sup> Das Mitbieten Bergers war somit sittenwidrig, sowohl in der Interpretation als *pactum de licitando*, als auch als eigenes Mitbieten. Dies allein würde genügen, um die Auktion aufzuheben. Ob ohne die Einwirkung ein anderer Preis erzielt worden wäre, spielt keine Rolle.<sup>35</sup> Es zählt die *Einwirkung* auf den Steigerungsprozess, nicht der *Eintritt des Erfolgs*.<sup>36</sup>

Dennoch ist auf die Beteiligung der Mondini AG einzugehen. Art. 230 OR bezweckt die Verhinderung der Verfälschung des Steigerungswettbewerbs.<sup>37</sup> Die Mondini AG verfolgt beim Bieten andere Interessen als den unmittelbaren Erwerb der Uhr. Die Mondini AG ist zwar an den Zuschlag gebunden und muss den überhöhten Preis bezahlen. Insofern kann man ihr keinen Vorwurf machen. Die Auktion dient aber gerade der mit unverfälschtem Wettbewerb durchgeführten Preisgestaltung. Die Handlungen der Mondini AG torpedieren dieses Ziel. In der Lehre ist dies anerkannt. Es gilt als Missbrauch der Versteigerung.<sup>38</sup> Der Käufer hat so den natürlichen Käufer-Anreiz verloren, die Sache möglichst günstig zu erwerben. Dadurch gerät die Preisbildung aus den Fugen, vergleichbar mit den Folgen eines *pactum de licitando*. Folglich ist auch dies ein Grund, die Auktion für die Mondini aufzuheben.

---

<sup>28</sup> BK-Giger, OR 230 N 13.

<sup>29</sup> Vgl. BGE 44 III 153 ff.

<sup>30</sup> BK-Giger, OR 230 N 18.

<sup>31</sup> Vgl. BGE 109 II 123 ff., 126.

<sup>32</sup> Vgl. BGE 109 II 123 ff., 127.

<sup>33</sup> Bei Ebay beträgt die Gebühr je nach Höhe des Preises ungefähr 4% des Verkaufspreises. Die Grundgebühr beträgt 10 Rappen.

<sup>34</sup> Vgl. BGE 109 II 123 ff., 127.

<sup>35</sup> Vgl. BGE 109 II 123 ff., 127.

<sup>36</sup> Vgl. BK-Giger, OR 230 N 28.

<sup>37</sup> Vgl. BK-Giger, OR 230 N 53.

<sup>38</sup> Vgl. CHK-Schönenberger, OR 230 N 5; BSK-Ruoss, OR 230 N 7; vgl. dazu auch Stacy Meichtry, *Invisible Hand: How Top Watchmakers Intervene in Auctions*, Wall Street Journal vom 8. Oktober 2007, S. A1, abrufbar im Internet: [http://online.wsj.com/article/SB119178753176051433.html?mod=hpp\\_us\\_pageone](http://online.wsj.com/article/SB119178753176051433.html?mod=hpp_us_pageone) (abgerufen am 14. März 2008).



Die Anfechtung ist innert zehn Tagen möglich (Art. 230 Abs. 1 OR). Gemäss Sachverhalt hat Tobler einen Tag nach dem Zuschlag von den Machenschaften erfahren. Die Folge davon ist, dass der Richter die Versteigerung aufhebt. Er kann keine Neuversteigerung anordnen. Der Veräusserer ist frei, die Sache ohne Versteigerung zu verkaufen.<sup>39</sup>

### **Anfechtung des Zuschlags durch Mondini**

Es stellt sich die Frage, ob die Mondini AG den Zuschlag ebenfalls anfechten könnte, weil Berger mitgeboten hat. Sie wird dies kaum tun, denn sie ist an hohen Preisen interessiert. Würde sie es trotzdem tun, wäre die Rechtsmissbräuchlichkeit der Geltendmachung der Anfechtung zu prüfen. Sie würde in diesem Fall anderen Leuten vorwerfen, was sie selber auch getan hat. Bei Art. 230 OR geht es um die Lauterkeit des Auktionsverfahrens. Wer diese selber unterläuft, soll sich nicht auf die unlauteren Handlungen der anderen Teilnehmer berufen können.<sup>40</sup>

### **Stark vs Tobler: Besitzesrechtsklage, Art. 934 Abs. 1 ZGB**

Gemäss Sachverhalt wurde die Omega vor zwei Jahren gestohlen. Stark kann, muss aber nicht, die Omega gemäss Art. 934 Abs. 1 ZGB zurückfordern. Die Voraussetzungen der beweglichen Sache, die ihm gegen seinen Willen abhanden gekommen ist (Art. 934 Abs. 1 ZGB), sind erfüllt. Die Frist von fünf Jahren ist ebenfalls noch nicht abgelaufen. Somit kann Stark gegen jeden Besitzer der Sache vorgehen, hier ist es Tobler.

Es stellt sich die Frage, ob Tobler das Lösungsrecht gemäss Art. 934 Abs. 2 ZGB hat. Er müsste dann die Omega nur gegen Erstattung des Kaufpreises herausgeben. Art. 934 Abs. 2 ZGB erwähnt den hier vorliegenden Fall der öffentlichen Versteigerung. An einer online-Auktion kann jedermann teilnehmen.<sup>41</sup> In Deutschland gilt eine online-Auktion nicht als öffentliche Versteigerung nach § 935 Abs. 2 BGB, weil kein Beamter daran teilnimmt.<sup>42</sup> Dies sollte in der Schweiz nicht von Relevanz sein. Es gibt zwar kantonale Gesetze, die die Anwesenheit eines Beamten vorsehen.<sup>43</sup> Ob aber die fehlende Präsenz des Gemeindeammanns ausreicht, um eine öffentliche Versteigerung als ungültig zu erachten oder um eine online-Auktion nicht als Versteigerung zu betrachten, ist fraglich. Die online-Auktion ist zwar nicht vertrauenswürdiger als ein gewöhnlicher Verkauf unter anwesenden Personen. Für die Erfassung der online-Auktion als öffentliche Versteigerung im Sinne von Art. 934 Abs. 2 ZGB spricht aber, dass der Gesetzgeber damit einen besonders vertrauenswürdigen – weil öffentlichen – Erwerb schützen wollte. Da alles in der Öffentlichkeit geschehe, müsse der Käufer davon ausgehen, rechtlich unbelastete Ware zu erwerben. Da der Käufer den Verkäufer nicht kenne und ihn nicht überprüfen könne, sei es zusätzlich gerechtfertigt, ein Lösungsrecht zu gewähren.<sup>44</sup> Tobler müsste bei Bestehen des Lösungsrechts die Omega folglich nur gegen Erstattung des Kaufpreises herausgeben.

Die Politur und die ersetzte Dichtung sind nützliche Verwendungen im Sinne von Art. 939 Abs. 1 ZGB, die er Tobler als gutgläubigem Besitzer ersetzen muss, ansonsten er die Uhr nicht zurückverlangen kann (Retentionsrecht). Die Gutgläubigkeit muss sich am Massstab des Art. 3 Abs. 2 ZGB messen, der Sachverhalt erwähnt aber, dass Tobler vom Diebstahl nichts wusste und auch nichts vermuten musste. Die Nützlichkeit ist beim Ersatz der spröden Dichtung ganz sicher gegeben, weil die Uhr sonst nicht wasser-

---

<sup>39</sup> Vgl. BK-Giger, OR 230 N 72.

<sup>40</sup> Vgl. BSK-Ruoss, OR 230 N 11; vgl. BGE 40 III 335 ff., 337. In diesem Entscheid war der Anfechtende jedoch am pactum selber beteiligt.

<sup>41</sup> Zu den Voraussetzungen einer öffentlichen Versteigerung siehe BSK-Stark/Ernst, ZGB 934 N 19.

<sup>42</sup> Vgl. Enno Goldmann, Rechtliche Rahmenbedingungen für Internet-Auktionen, Diss. Bremen 2004, S. 88.

<sup>43</sup> Siehe die Hinweise bei Frei, N 502 und § 223 EG ZGB ZH: „*Freiwillige öffentliche Versteigerungen bedürfen der Mitwirkung des Gemeindeammanns. Ausgenommen sind die Versteigerungen von Staatsbehörden und die Versteigerungen von Gemeinden und öffentlichrechtlichen Korporationen über den Ertrag der Gemeinde- oder Korporationsgüter, die Jahresnutzungen, die Verpachtung der gemeinsamen Grundstücke und über das Halten von Zuchtieren.*“

<sup>44</sup> Vgl. dazu die Ausführungen Wiesers, Gutgläubiger Fahrnisserwerb und Besitzesrechtsklage, Diss. Basel 2004, S. 26.

dicht ist. Bei der Politur lässt sie sich mit der Wertsteigerung durch die Entfernung von Kratzern begründen – die Politur ist dann ökonomisch nützlich.<sup>45</sup> Das Gegenteil liesse sich hier aber auch vertreten. Tobler muss folglich die Uhr nur gegen Erstattung des Kaufpreises von Fr. 201 und der Kosten der Reparatur/Politur von Fr. 50 herausgeben.

### **Stark vs Tobler: rei vindicatio (Art. 641 Abs. 2 ZGB)**

Die *rei vindicatio* (Art. 641 Abs. 2 ZGB) führt ebenfalls dazu, dass Tobler die Omega herausgeben muss. Es ist die Klage des nichtbesitzenden Eigentümers gegen den besitzenden Nichteigentümer.<sup>46</sup> Die Besitzrechtsklage ist jedoch für den Eigentümer einfacher: Er muss nicht sein Eigentum beweisen, es genügt der Beweis des Abhandenkommens.<sup>47</sup> Stark hat sein Eigentum nicht verloren, da kein Erwerb abhanden gekommener Sachen vor Ablauf von fünf Jahren möglich ist (Art. 714 Abs. 2 ZGB i.V.m. Art. 934 Abs. 2 ZGB) und originäre Erwerbsformen nicht ersichtlich sind. Die oben dargestellten Gegenansprüche nach Art. 939 Abs. 1 ZGB bestehen als Einrede auch gegen die *rei vindicatio*.

### **Tobler vs Berger: Eviktionshaftung (Art. 195 OR)**

Tobler hätte bei erfolgreicher Entwehrung durch Stark auch die Ansprüche gemäss Art. 195 Abs. 1 OR. Es sind die Rückzahlung des Kaufpreises (Art. 195 Abs. 1 Ziff. 1 OR). Der Käufer muss aber das Lösungsrecht ausüben. Dies entspricht der Wertung des Art. 194 Abs. 1 OR.<sup>48</sup> Dieser Anspruch ist somit nicht gegeben, da Tobler das Lösungsrecht gegen Stark hat. Die Verwendungen (Politur, Ersatz der Dichtung) sind vom Verkäufer ebenfalls nur unter der Bedingung zu ersetzen, dass der Käufer diese nicht vom berechtigten Dritten (Stark) – erhält (Art. 195 Abs. 1 Ziff. 2 OR). Auch dies ist der Fall (siehe oben). Es gibt folglich keine Ansprüche aus Art. 195 OR. Was bleibt, ist der Verzinsungsanspruch des Kaufpreises gemäss Art. 195 Abs. 1 Ziff. 1 OR.<sup>49</sup> Der Zins beträgt gemäss Art. 73 OR 5%.

### **Rückforderung von Fr. 201 aus ungerechtfertigter Bereicherung gegen Rückerstattung der Uhr (Art. 63 Abs. 1 OR aufgrund der Vertragsanfechtung nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR)**

Tobler ist gemäss Sachverhalt verunsichert, weil er eine gestohlene Uhr gekauft hat und der Eigentümer vorerst keine Anstalten macht, die Uhr herauszuverlangen. Diese Unsicherheit, ob er die Uhr behalten kann, kann er durch die Vertragsanfechtung beenden. Die Tatsache, dass er die Uhr nur gegen Erstattung der Kosten herausgeben müsste, spielt gemäss Bundesgericht keine Rolle.<sup>50</sup> Tobler kann den Erwerb der Omega anfechten aufgrund des Grundlagenirrtums. Dass die Omega gestohlen ist, betrifft einen Sachverhalt, der eine wesentliche Grundlage des Kaufvertrages bildet (Art. 24 Abs.1 Ziff. 4 OR). Dies zeigt sich durch die im Sachverhalt erwähnte Unsicherheit Toblers. Dies muss *conditio sine qua non* für die Willensbildung Toblers gewesen sein. Dies kann man annehmen, ansonsten er nicht verunsichert wäre. Eine gestohlene Sache will kaum jemand kaufen, weil man daran erst nach fünf Jahren Eigentum erwirbt, sofern bis dann der Eigentümer die Sache nicht zurückfordert.<sup>51</sup> Ein Teil der Lehre fordert die Erkennbarkeit

<sup>45</sup> Vgl. dazu BK-Stark, ZGB 939 N 10.

<sup>46</sup> Vgl. BSK-Stark/Ernst, ZGB 641 N 40 ff., speziell N 43 und 47.

<sup>47</sup> Deshalb hat die Besitzrechtsklage die *rei vindicatio* in den meisten Fällen verdrängt, siehe BSK-Stark/Ernst, ZGB 934 N 3.

<sup>48</sup> Vgl. BSK-Honsell, OR 195 N 8.

<sup>49</sup> Vgl. BSK-Honsell, OR 195 N 3 und 5.

<sup>50</sup> Vgl. BGE 109 II 319 ff., 324 ff.

<sup>51</sup> Vgl. BSK-Stark/Ernst, ZGB 934 N 15, BK-Stark, ZGB 934 N 29 f., BGE 109 II 319 ff., 322: "Das Bezirksgericht bejaht die Frage, das Obergericht verneint sie dagegen, weil der Kläger weder den Kaufpreis noch den technischen Zustand des Fahrzeugs beanstandet, den Wagen für sich erworben habe und ihn seinem Verwendungszweck entsprechend ohne Einschränkung habe benützen und sogar veräussern können, selbst wenn er erst nach Ablauf von fünf Jahren vorbehaltlos Eigentümer werde (Art. 934 Abs. 1 ZGB); damit sei für beide Parteien die von ihnen als wesentlich vorausgesetzte Vertragsgrundlage vorhanden gewesen."; vgl. BGE 109 II 319 ff., 322: „Nach ständiger Rechtsprechung hat der Käufer bei sachlich mangelhafter Erfüllung durch den Verkäufer insbesondere die Wahl, ob er gemäss Art. 197 ff. OR auf Gewährleistung klagen oder den Vertrag wegen eines Willensmangels im Sinne von Art. 23 ff. OR anfechten will (...). Die Möglichkeit einer Wahl ist auch gerechtfertigt, wenn es um rechtlich mangelhafte Erfüllung gemäss Art. 192 ff. OR geht (...). Sie drängt sich diesfalls sogar auf, da der Käufer die Entwehrung durch den rechtmässigen Eigentümer abwarten, folglich die damit verbun-

der Bedeutung des irrtümlich vorgestellten Sachverhalts für die Gegenpartei.<sup>52</sup> Der Sachverhalt äussert sich dazu nicht, doch ist die Herkunft der Ware für alle Verkäufer stets wichtig, weil sonst die Eviktionshaftung droht. Somit musste Berger schon aus eigenem Interesse erkennen, dass dies wichtig ist.

Die Anfechtung führt dazu, dass der Vertrag ungültig ist, und zwar nach der bundesgerichtlichen Ungültigkeitstheorie von Anfang an.<sup>53</sup> Tobler hat folglich eine Nichtschuld bezahlt, die nicht mit der *condictio ob causam finitam* (Art. 62 Abs. 2 OR), sondern mit der *condictio indebiti* (Art. 63 Abs. 1 OR) zurückzufordern ist.<sup>54</sup> Die kondizierende Partei hat zu beweisen, dass sie sich über die Schuldpflicht in einem Irrtum befunden hat. Dieser Irrtum über die Schuldpflicht ist der oben beschriebene Grundlagenirrtum über das Faktum, dass die Omega gestohlen worden ist. Berger ist ungerechtfertigt bereichert, weil der Vertrag aufgrund der Anfechtung nicht mehr besteht. Tobler ist im gleichen Ausmass entreichert.

---

denen Nachteile während unbestimmter Zeit auf sich nehmen müsste, wenn er sich trotz eines Willensmangels nur auf rechtlich mangelhafte Erfüllung berufen könnte.“

<sup>52</sup> Vgl. BSK-Schwenzer, OR 24 N 23.

<sup>53</sup> BGE 114 II 131 ff., 142 f.

<sup>54</sup> Vgl. BSK-Schulin, OR 63 N 3 und OR 62 N 15.