

## **Allgemeine Informationen**

Die Korrektoren haben folgende Abkürzungen benützt:

<b>SV</b>	Sachverhaltsfremd, ergibt sich nicht aus dem Sachverhalt
<b>S</b>	Subsumtion mangelhaft
<b>LV</b>	Siehe Lösungsvorschlag
<b>G</b>	Zitat des relevanten Gesetzesartikels fehlt
<b>AS</b>	Auswahlsendung
<b>FF</b>	Folgefehler
<b>B</b>	Begründung/Argumentation mangelhaft

20.18% der Arbeiten waren ungenügend. Der Notenschnitt beträgt 4.23 – die Note dient nur dazu, den Stand während des *weiterlaufenden Lernprozesses* im Vergleich zu den anderen Studierenden zu orten.

## **Fall 1: Der Gartenbaron**

### **Methode**

Die am Schluss des Sachverhalts gestellte Frage lautet: Wie ist die Rechtslage zwischen Tanner und Alder? Das bedeutet, dass alle denkbaren Ansprüche zwischen diesen beiden Personen zu prüfen sind. Es handelt sich bei diesem Fall zwar um ein Standardschema, das im Prüfungsfall ohne Probleme verwendet werden kann. Das Grundgerüst des Falles basiert auf dem Picasso-Fall (BGE 114 II 131 ff.), der beim Kauf die alternative Anwendbarkeit der Sachgewährleistung, der Schlechterfüllung und der Irrtumsanfechtung zulässt. Probleme ergeben sich aber bei den einzelnen Voraussetzungen, bei denen der Sachverhalt genau angesehen werden muss. Darf Tanner erst Monate später prüfen und rügen? Welche Art der Sachgewährleistung liegt vor – ist es in der Terminologie des Art. 197 Abs. 1 OR eine *Zusicherung* oder ein *Mangel*? Resultiert aus dem Mehrverbrauch ein Minderwert oder ein Schaden, oder gleich beides? Bekommt Tanner beides und trifft ihn ein Verschulden? Aber auch ausserhalb der vertraglichen Ansprüche zeigen sich Probleme: Gibt es eine Irrtumsanfechtung bei Gattungsschulden?

### **Tanner vs Alder: Rückzahlung von Fr. 40'000 plus Schadenersatz (Wandlung, Art. 208 OR)**

#### *Wandlung*

Anhand der Vertragsleistungen liegt ein Kauf nach Art. 184 OR vor. Tanner hat bei Alder einen Traktor bestellt und gegen Bezahlung von Fr. 40'000 auch zu Eigentum übertragen erhalten. Tanner hat den Traktor bestellt – es ist möglich, dass er im Zeitpunkt der Bestellung noch gar nicht produziert war. Ein Werkvertrag nach Art. 363 OR kann dennoch ausgeschlossen werden, da es sich bei solchen Traktoren generell um serienmässig gefertigte Produkte handelt, für die das Kaufrecht einschlägig ist.<sup>1</sup>

Die Angabe des Verbrauchs stellt eine *Zusicherung* im Sinne des Art. 197 Abs. 1 OR dar. Der Verkäufer haftet „für das Fehlen *„zugesicherter Eigenschaften“*, d.h. *bestimmt umschriebener, objektiv feststellbarer Tatsachen, von denen er dem Käufer gegenüber behauptet, sie seien vorhanden.*“<sup>2</sup> Darunter fallen auch wirtschaftliche Eigenschaften, wie beispielsweise der zu erwartende Umsatz eines Restaurants oder der Zinsertrag einer Lie-

---

<sup>1</sup> Vgl. BGE 124 III 456 ff., 459; vgl. CHK-Hrubesch-Millauer, OR 185 N 58.

<sup>2</sup> BGE 88 II 410 ff., 416; vgl. Urteil BGer 4C.119/2005, Erw. 2.3; zur Problematik der Verbrauchsangaben beim *Autokauf* siehe Rusch, Problematische Treibstoffverbrauchsangaben beim Autokauf, Jusletter 2. November 2009.

genschaft.<sup>3</sup> Der Treibstoffverbrauch als Kostenfaktor lässt sich problemlos als wirtschaftliche Eigenschaft verstehen und ist objektiv durch Messung feststellbar.<sup>4</sup> Der Traktor verbraucht gemäss Sachverhalt pro Betriebsstunde zwei Liter Diesel mehr. Dieser Verbrauch lässt sich offensichtlich nur mit abgeschaltetem Mähwerk erreichen – doch ist diese Messmethode irrelevant. Das Verständnis der Verbrauchsangabe zu einem Rasenmäher-Traktor richtet sich nach dem Vertrauensprinzip.<sup>5</sup> Der Käufer interessiert sich nicht für den Verbrauch bei einer rein theoretischen Nutzung, sondern für den Verbrauch bei gewöhnlicher Nutzung. Ob die Verletzung der Zusicherung den Wert erheblich mindert oder die Tauglichkeit zum Gebrauch aufhebt, spielt keine Rolle, denn bei Zusicherungen gibt es keine Erheblichkeitsschwelle wie bei normalen Mängeln (vgl. Art. 197 Abs. 1 OR). Die Schweizer Rechtsprechung verlangt allerdings, dass die Zusicherung den Entscheid beeinflusst habe, die Sache überhaupt oder zu diesen Bedingungen zu kaufen.<sup>6</sup> Im Sachverhalt ist erwähnt, dass Tanner explizit nach dem Verbrauch gefragt hat und es offensichtlich vorgezogen hat, Fr. 4'000 mehr für einen Traktor auszugeben, weil er weniger Treibstoff verbraucht. Folglich muss ihm die Verbrauchsangabe etwas bedeutet haben. Diese Kausalität der Zusicherung wird meist aufgrund der Lebenserfahrung vermutet.<sup>7</sup>

Art. 201 Abs. 1 OR sieht die Prüfung der Kaufsache und die Rüge allfällig gefundener Mängel vor. Die Prüfung ist auch bei zugesicherten Eigenschaften notwendig.<sup>8</sup> Vorliegend hat Tanner den Traktor im Januar 2009 erhalten und im April zum ersten Mal verwendet. Das wäre unter normalen Umständen viel zu spät. Rechtsprechung und Lehre machen jedoch eine Ausnahme, wenn eine sinnvolle Prüfung vorher nicht möglich ist – ein gängiges, auch hier passendes Beispiel ist der Kauf eines Schneepfluges im Sommer oder einer Mäh- oder Dreschmaschine im Winter.<sup>9</sup> Der Sachverhalt erwähnt, dass Tanner den Traktor erst nach dem langen Winter im April 2009 verwenden konnte. Es ist auch naheliegend, dass erst dann wieder Gras wächst. Bei einer ordnungsgemässen Prüfung, die alle wesentlichen Funktionen testet, wäre der Mehrverbrauch jedoch gar nicht feststellbar – der Mehrverbrauch ist ein *versteckter Mangel*, den man frühestens nach ein paar Betriebsstunden feststellt (sicher nach 5 h, weil man dann den 50-Liter-Tank bei einem Verbrauch von 10 l/h zwingend nachfüllen muss), nach Ansicht des Verkäufers sogar erst nach 50 Betriebsstunden, weil ein Motor eine Einfahrzeit benötigt. Tanner hat folglich durch die späte Prüfung nichts falsch gemacht. Er hat, wie es Art. 201 Abs. 3 OR gebietet, die verletzte Zusicherung zweimal gemäss Sachverhalt *sofort* gerügt.<sup>10</sup> Prüfung und Rüge sind somit beide rechtzeitig erfolgt.

Tanner ist folglich im Grundsatz berechtigt, die Wandlung zu verlangen. Es stellt sich aber die Frage, ob die Umstände es nicht rechtfertigen, den Kauf mit der Wandlung rückgängig zu machen (Art. 205 Abs. 2 OR). Der Sachverhalt erwähnt, dass Tanner mit dem Traktor eigentlich zufrieden wäre. Wie schon oben erwähnt, scheint Tanner grossen Wert auf den Verbrauch zu legen, wenn er sogar bereit ist, Fr. 4'000 mehr für einen Traktor auszugeben, der den Mehrpreis durch den Verbrauchsvorteil erst nach einer gewissen Zeit amortisieren kann. Dieser Verbrauchsvorteil ist weg, das Dieselmodell von Gartenbaron verbraucht gleich viel wie das Benzinmodell von Honda.

Tanner ist folglich zur Wandlung berechtigt. Tanner hat Alder den Traktor gegen Rückerstattung des Kaufpreises zu übergeben. Während Alder den Kaufpreis verzinsen muss (Art. 208 Abs. 2 OR), hat Tanner die Nutzung

---

<sup>3</sup> Vgl. Urteil BGer 4A\_480/2007, Erw. 3.1.; weitere Beispiele und Fälle bei ZK-Higi, OR 197 N 92; vgl. BGE 63 II 77 ff., 79; vgl. zur identischen Situation im Werkvertragsrecht Gauch, Werkvertrag, N 1364, mit mehreren Beispielen möglicher Zusicherungen „(...) niedrige Betriebskosten, niedriger Wärmedurchlaufwert, sparsamer Verbrauch von Energie (...)“

<sup>4</sup> Der Bernische Appellationshof betrachtete in einem Entscheid aus dem Jahre 1948 die Angaben zum Öl- und Benzinverbrauch als Zusicherung, vgl. ZBJV 86 (1950), S. 322 ff. Es ging um einen Gebrauchtwagen, dessen Verbrauch der Verkäufer mit 18 l/100 km angab, in Tat und Wahrheit waren es aber 30 l/100 km; vgl. BK-Giger, OR 197 N 44.

<sup>5</sup> Vgl. BGE 116 II 431 ff., 435.

<sup>6</sup> Vgl. BGE 87 II 244 ff., 245; vgl. auch den Entscheid des Bernischen Appellationshofes vom 3. November 1948, abgedruckt in ZBJV 86 (1950), S. 322 ff., 324.

<sup>7</sup> Vgl. BGE 71 II 239 ff., 240 f. – die Kausalitätsvermutung greift, wenn die Zusicherung nach der Lebenserfahrung geeignet ist, den Käufer zum Kauf oder zum Kauf zu den konkreten Bedingungen zu beeinflussen; vgl. Urteil BGer 4A\_417/2007, Erw. 5.5.

<sup>8</sup> Vgl. BSK-Honsell, OR 201 N 3; vgl. BK-Giger, OR 201 N 18; vgl. auch den Entscheid des Bernischen Appellationshofes vom 3. November 1948, abgedruckt in ZBJV 86 (1950), S. 322 ff., 324 f.: „Es bedarf keines Beweises, dass es sich beim falschen Kilometerstand, dem übermässigen Benzin- und Ölverbrauch um geheime Mängel handelt, deren Rüge erst nach ihrer Entdeckung erfolgen kann. Gerade der Verbrauch von Brennstoff und Öl ist erst nach längerer Probefahrt feststellbar (...)“

<sup>9</sup> Vgl. BGE 72 II 405 ff., 417 ff.

<sup>10</sup> Zum sofortigen Rügeerfordernis siehe auch BSK-Honsell, OR 201 N 11.

des Traktors zu ersetzen (Art. 208 Abs. 1 OR). Dafür ist festzustellen, welchem Wert der Gebrauch eines Rasenmähers während 50 Stunden entspricht. Es geht dabei nicht um die Wertverminderung des vorher neuen Traktors – die sehr hoch ausfallen würde – sondern um den Ersatz des Gebrauchs.<sup>11</sup> Mangels spezifischer Angaben im Sachverhalt ist es nicht möglich, den Wert des Gebrauchs zu beziffern.

### *Schadenersatz*

Tanner hat überdies einen Schadenersatzanspruch für den zu hohen Dieserverbrauch des Traktors. Er hat den Traktor während 50 h gebraucht. Dies macht bei einem Dieselpreis gemäss Sachverhalt von Fr. 2 und einem *Mehrverbrauch* von 2 l/h gegenüber der Zusicherung eine Summe von Fr. 200 aus.

Dieser Schaden verhält sich natürlich und adäquat-kausal zur unrichtigen Zusage. Hätte Alder einen Traktor geliefert, der wie zugesichert nur 8 l/h benötigt, hätte Tanner keinen Schaden erlitten. Der höhere Mehrverbrauch ist folglich Ursache für den eingetretenen Schaden. Es ist aber auch nach dem Lauf der Dinge und der Lebenserfahrung zu erwarten, dass ein gegenüber der Zusicherung erhöhter Verbrauch geeignet ist, einen Schaden in dieser Höhe zu verursachen.

Es fragt sich, ob Alder ein Verschulden trifft bzw. ob ein Verschulden überhaupt notwendig ist. Nach Art. 208 Abs. 2 OR haftet der Verkäufer für den unmittelbar verursachten Schaden kausal. Erst für den weiteren Schaden im Sinne des Art. 208 Abs. 3 OR bedarf es eines Verkäuferverschuldens. Der diesbezüglich einschlägige BGE 133 III 257 ff. („Mülleramazonen-Papageienfall“) stützt sich zur Unterscheidung auf die Länge der Kausalkette. Der Schaden nach Abs. 2 wird durch die Lieferung mangelhafter Ware verursacht, ohne dass ein weiteres Glied in die Kausalkette hinzutritt. Das Bundesgericht hielt fest, dass die übliche Verwendung der Kaufsache durch den Käufer noch kein weiteres Glied in der Kausalkette darstellt.<sup>12</sup> Der Mehrverbrauch ergibt sich durch den Gebrauch und stellt folglich eine unmittelbare Folge der Lieferung mangelhafter Ware dar. Alder haftet für Fr. 200 also *ohne Verschulden*.

### **Tanner vs Alder: Ersatz des Minderwerts und Schadenersatz (Minderung, Art. 205 Abs. 1 OR, Art. 97 Abs. 1 OR)**

#### *Ersatz des Minderwerts*

Tanner kann an Stelle der Wandlung auch die Minderung verlangen. Der Minderwert bemisst sich nach der relativen Methode.<sup>13</sup> Die zur Berechnung des Minderwerts notwendigen Angaben fehlen. Es ist beispielsweise nicht bekannt, welche objektiven Werte gelten. Ist der Minderwert des Fahrzeugs nicht ziffernmässig nachweisbar, so hat der Richter diesen zu schätzen.<sup>14</sup> Der Sachverhalt erwähnt immerhin, dass das Benzinmodell, das ebenfalls 10 l/h verbraucht, Fr. 4'000 weniger kostet. Dies könnte als Ausgangspunkt für den Minderwert dienen, sofern es auch sonst bezüglich Ausstattung und Qualität vergleichbar ist. Zu bedenken ist allerdings, dass der Mehrverbrauch über die gesamte Lebensdauer von total 5'000 Betriebsstunden total Fr. 20'000 ausmacht (Mehrverbrauch von 2 l/h zu Fr. 2/l während 5'000 h). Dies ist aber ein Schaden, nicht der Minderwert.<sup>15</sup>

<sup>11</sup> Vgl. CHK-Müller-Chen, OR 208 N 5; vgl. BK-Giger, OR 208 N 22 f., mit weiteren Hinweisen auf Gerichtsentscheide

<sup>12</sup> Vgl. BGE 133 III 257 ff., 273: „Im vorliegenden Fall hat sich die Krankheit der gekauften Papageien direkt auf den Vogelbestand des Käufers übertragen, weshalb insoweit ein unmittelbarer Kausalzusammenhang vorliegt. Daran vermag nichts zu ändern, dass die Übertragung erst durch die Einstellung und den damit verbundenen Stress möglich wurde, zumal die neue Einstellung zwingend mit dem Verkauf verbunden war und damit zur üblichen Verwendung gehörte, welche nicht als selbständige hinzutretende Schadensursache zu betrachten ist.“

<sup>13</sup> Vgl. Huguenin, OR BT, N 347.

<sup>14</sup> Vgl. BK-Giger, OR 205 N 23.

<sup>15</sup> Vgl. den bei Reinking/Eggert, Der Autokauf, N 482 erwähnten, aber nicht veröffentlichten Entscheid des Amtsgerichts Mülheim/Ruhr vom 21. Februar 1980 (10 C 333/79, es ging um die als Minderung erfassten Mehrkosten bei einem Fahrzeug, das nur mit teurerem Superbenzin einwandfrei funktionierte, aber auf den Betrieb mit Normalbenzin ausgelegt war) sowie die im ebenfalls nicht veröffentlichten Urteil des Landgerichts Köln vom 17. Oktober 1984 vertretene Gegenmeinung (20 O 178/81, zitiert nach Reinking/Eggert, N 482); vgl. ebenso das Urteil des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 18. August 2008 - 1 U 238/07, Erw. 2.h.bb., das die Mehrkosten des Mehrverbrauchs grundsätzlich nur als Schadenersatz berücksichtigt. Im Urteil BGH vom 14. Februar 1996 - VIII ZR 65/95, Erw. 2b in NJW 1996, S. 1338 gewährte der BGH dennoch eine Minderung, die sich anhand des Mehrverbrauchs errechnet: „Entscheidend ist nicht, wie sich die Kosten des Kraftstoffmehrverbrauchs auf die Gesamtbetriebskos-

Die Kosten des Mehrverbrauchs müssten nicht in Relation mit dem Kaufpreis, sondern mit den Gesamtkosten des Traktors während dessen gesamter Gebrauchsdauer gesetzt werden. Falls Tanner den Betrag von Fr. 20'000 als Schadenersatz erhält, würde der Traktor gar keinen Minderwert aufweisen. Es ist deshalb zu prüfen, ob Tanner einen Anspruch auf Schadenersatz hat.

### *Schadenersatz*

Schadenersatz ist neben der *Minderung* nur nach den Voraussetzungen von Art. 97 Abs. 1 OR geschuldet, d.h. mit Verschulden des Verkäufers.<sup>16</sup> Dieses wird zwar vermutet, aber der Verkäufer kann sich exkulpieren.<sup>17</sup> Es stellt sich die Frage, ob Alder als Händler ein Verschulden trifft, wenn er die Verbrauchsangabe des Herstellers Gartenbaron ohne eigene Überprüfung mitteilt. Der Händler muss die Ware nur überprüfen, wenn es Anzeichen für schlechte Qualität gibt.<sup>18</sup> Der Sachverhalt erwähnt, dass der Hersteller Gartenbaron für seine Redlichkeit und Zuverlässigkeit bekannt sei. Vorliegend trifft Alder deshalb kein Verschulden, wenn er den Verbrauch des Traktors nicht selber gemessen hat. Das Verschulden des Herstellers Gartenbaron ist dem Händler Alder auch nicht über Art. 101 OR zurechenbar. Der Lieferant ist keine Hilfsperson des Händlers.<sup>19</sup> Alder trifft vorliegend deshalb kein Verschulden. Ein Schadenersatzanspruch nach Art. 97 Abs. 1 OR ist folglich nicht denkbar, weil sich Alder exkulpieren kann.

### *Fazit*

Es bleibt deshalb beim geschätzten Ersatz des Minderwerts von Fr. 4'000 (siehe oben).

### **Tanner vs Alder: Ersatzlieferung wahrhafter Ware (Art. 206 Abs. 1 OR)**

Tanner hat Anspruch auf wahrhafte Ware derselben Gattung (Art. 206 Abs. 1 OR). Da die Verletzung der Zusicherung nicht auf technischen Mängeln beruht, sondern auf einer sinnlosen Messmethode, würde jedes nachgelieferte Modell die Zusicherung erneut verletzen. Der Anspruch auf Nachlieferung ist deshalb zu verneinen.

### **Tanner vs Alder: Schlechterfüllung (Art. 97 Abs. 1 OR)**

Der Käufer kann anstelle der kaufrechtlichen Gewährleistung nach Art. 197 OR auch einen Schadenersatzanspruch wegen Schlechterfüllung aus Art. 97 Abs. 1 OR geltend machen.<sup>20</sup> Allerdings überträgt das Bundesgericht die spezifischen sachgewährleistungsrechtlichen Voraussetzungen der Prüfung, Rüge auf den Anspruch nach Art. 97 Abs. 1 OR.<sup>21</sup> Prüfung und Rüge wurden oben bereits behandelt und sind rechtzeitig erfolgt. Das Verschulden Alders fehlt aber (siehe oben). Tanner hat folglich keinen Anspruch aus Art. 97 Abs. 1 OR.

### **Tanner vs Alder: Bereicherungsforderung auf Fr. 40'000 (Art. 63 OR)**

Die Bereicherungsforderung Tanners ergibt sich aus der möglichen Anfechtung des Kaufvertrages. Alternativ zur Sachgewährleistung kann sich Tanner auch auf den Grundlagenirrtum nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR beru-

---

*ten, sondern wie sie sich auf den Fahrzeugwert auswirken. Ein Kaufinteressent, der vom Ansatz des BerGer. ausgehend Kraftstoffmehrkosten von rund 240 DM je 20000 Kilometer ansetzt, wird diese nicht in Bezug setzen zu den jährlichen Gesamtbetriebskosten, sondern zu der zu erwartenden Gesamtfahrleistung des Fahrzeugs, an dessen Erwerb er interessiert ist. Diese kann bei dem hier in Rede stehenden Fahrzeug der gehobenen Mittelklasse, das mit einem 6-Zylinder-Dieselmotor ausgestattet ist, mit mindestens 200000 Kilometern angesetzt werden. Daraus errechnet sich ein Minderwert von ca. 2400 DM. Eine Wertminderung in dieser Grösse hält der erkennende Senat nicht mehr für unerheblich.“*

<sup>16</sup> Vgl. dazu BGE 133 III 335 ff., 339.

<sup>17</sup> Vgl. dazu BSK-Wiegand, OR 97 N 42.

<sup>18</sup> Vgl. BK-Giger, OR 208 N 49: „Im Wirtschaftsleben ginge es nicht an, von jedem Detaillisten oder gar Grossisten, der oft mit unzähligen Produkten handelt, eine zeitraubende, eingehende Untersuchung der zum Verkauf offerierten Objekte zu verlangen. Hiervon Abstand zu nehmen, ist nicht nur aus Gründen der Praktikabilität geboten, sondern auch rechtlich unbedenklich, sofern der Verkäufer sich auf die Zuverlässigkeit seiner Lieferanten bzw. Fabrikanten verlassen durfte.“

<sup>19</sup> Vgl. BSK-Wiegand, OR 101 N 7, mit Hinweisen auf abweichende Meinungen.

<sup>20</sup> Vgl. Huguenin, OR BT, N 355 ff.

<sup>21</sup> Vgl. BGE 107 II 419 ff., 421.

fen.<sup>22</sup> Die absichtliche Täuschung ist nicht anwendbar – der Sachverhalt erwähnt nicht, dass Alder die Täuschung hätte kennen müssen (vgl. Art. 28 Abs. 2 OR). Hat der Käufer aber bereits die Sachgewährleistung angerufen, so hat er den Vertrag nach Art. 31 OR genehmigt, was eine Anfechtung ausschliesst.<sup>23</sup>

Der Kauf des Gartenbaron-Traktors erfolgte als Gattungskauf. Beim Gattungskauf ist die Anfechtung grundsätzlich ausgeschlossen, weil im Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht bekannt ist, mit welchem Stück aus der Gattung erfüllt wird – vielleicht existiert die Sache noch nicht einmal.<sup>24</sup> Vorliegend kommt jedoch eine Ausnahme zur Anwendung, falls der Verbrauch aufgrund der sinnlosen Verbrauchsangabe zu hoch ist. In dieser Konstellation verletzen *alle Traktoren innerhalb des relativen Gattungsbegriffes* die Zusicherung.<sup>25</sup> Die Zusicherung ist somit für alle möglichen Gartenbaron-Traktoren nicht richtig und die Anfechtung des Vertrags möglich.

Die Einhaltung des Verbrauchs muss nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr eine notwendige Grundlage des Vertrags darstellen, damit sich der Käufer auf den Irrtum berufen kann – sie muss für seine Willensbildung *conditio sine qua non* sein.<sup>26</sup> Auch der Verkäufer muss die Bedeutung dieses Sachverhalts erkennen können (strittig).<sup>27</sup> Aus den Umständen im Sachverhalt lässt sich dies bejahen – immerhin ist Tanner bereit, Fr. 4'000 mehr auszugeben, um ein vermeintlich sparsameres Modell zu erwerben. Er fragt explizit nach dem Treibstoffverbrauch und der Lebensdauer, was das Kostenbewusstsein Tanners klar unterstreicht. Alder hat die Nutzungs- und Lebensdauer für Tanner errechnet – alleine aufgrund dieser Nutzungsdauer ist bei einem Mehrverbrauch von 2 l/h Mehrkosten von Fr. 20'000 über 10 Jahre hinweg absehbar. Natürlich stellt dies nicht der einzige Kostenfaktor des Traktorbetriebs dar, aber es ist dennoch eine hohe Summe. Die Erkennbarkeit ist deshalb sicher zu bejahen.

Tanner hat folglich das Recht, den Vertrag anzufechten und den Kaufpreis zurückzuverlangen. Die Anfechtungserklärung beseitigt die *causa* des Erwerbs *ex tunc*. Es handelt sich somit bei der Kaufpreiszahlung um die freiwillige Zahlung einer Nichtschuld, die Tanner entreichert und Alder im gleichen Umfang bereichert. Tanner muss zusätzlich seinen Irrtum über die Schuldspflicht geltend machen (Art. 63 Abs. 1 OR).<sup>28</sup> Tanner hat zusätz-

---

<sup>22</sup> Vgl. BGE 114 II 131 ff. (Picasso-Fall).

<sup>23</sup> Vgl. Huguenin, OR BT, N 361.

<sup>24</sup> Vgl. Urteil BGER 4C.300/2006, Erw. 5.1: „Das Obergericht nahm an, eine fristgerechte Irrtumsanfechtung durch die Käuferin sei weder behauptet noch bewiesen. Zudem habe die erste Instanz in diesem Zusammenhang zu Recht darauf hingewiesen, dass beim Gattungskauf die Irrtumsanfechtung nur erfolgsversprechend sei, wenn die gesamte Gattung mangelhaft sei, sich also der Irrtum auf die Eigenschaft der ganzen Gattung beziehe. Davon könne hier keine Rede sein, weshalb nicht ein Irrtum bei Vertragsschluss, sondern nur eine mangelhafte Leistung vorliege.“ und Erw. 5.3: „Wird eine bloss der Gattung nach bestimmte Sache geschuldet, so muss der Käufer im Zeitpunkt des Vertragsschlusses damit rechnen, dass die vom Verkäufer später zu spezifizierende Ware Mängel aufweisen könnte. Demnach kann beim Gattungskauf die Mängelfreiheit der künftigen Lieferung keine als sicher vorausgesetzte Vertragsgrundlage bilden (...). Das Obergericht hat daher zutreffend angenommen, die mangelhafte Lieferung habe keinen Grundlagenirrtum begründen können.“; vgl. BGE 94 II 26 ff., 29: „La Corte cantonale ha ritenuto inapplicabili alla fattispecie le norme sui vizi del consenso. A ragione. Gli art. 23 e segg. CO riguardano infatti unicamente il caso di una parte che, al momento di concludere il contratto, si è fatta una rappresentazione inesatta di uno dei suoi elementi. Tali norme si applicano, in particolare, quando l'acquirente di una cosa individualmente determinata non riscontra in essa quelle qualità che l'avevano risolto a comperarla (v. RU 82 II 418). Il caso presente è tuttavia diverso. L'oggetto della compravendita non è una cosa determinata, vale a dire una vettura ben definita che sarebbe stata presentata alla compratrice e che questa avrebbe acquistato sulla base di un tale esame. L'acquirente, d'altra parte, non sostiene d'essersi fatta una rappresentazione inesatta delle qualità della Jaguar Mrk X 1964 e di aver concluso il contratto vittima di un simile errore. Essa rimprovera semplicemente al venditore di non averle fornito la cosa promessa. Non ci si muove quindi sul terreno dei vizi della volontà, bensì su quello dell'inadempimento del contratto, o del suo adempimento difettoso.“; vgl. Honsell, SJZ 2007, S. 137 f.; vgl. ZK-Schönle/Higi, OR 197 N 69a, 298, 314 und 317; vgl. BK-Giger, vor OR 197-210 N 61 e contrario; vgl. CHK-Müller-Chen, OR 197 N 9; vgl. BSK-Honsell, vor OR 197-210 N 9, zweiter Abschnitt.

<sup>25</sup> Vgl. ZK-Higi, OR 197 N 314 und 317.

<sup>26</sup> Vgl. BSK-Schwenzer, OR 24 N 21.

<sup>27</sup> Vgl. BSK-Schwenzer, OR 24 N 23, mit weiteren Hinweisen.

<sup>28</sup> Bei Anwendung der Anfechtungstheorie wäre es die *condictio ob causam finitam*, vgl. BSK-Schulin, OR 62 N 15. Das Bundesgericht wendet die Ungültigkeitstheorie an, vgl. BGE 114 II 131 ff., 142 f.: „Unterschiedlich wird nach diesen Theorien auch der Bereicherungsanspruch qualifiziert, der sich ergibt, wenn der Irrende den Vertrag mit Erfolg anfechtet. Nach der Ungültigkeitstheorie betrifft der Anspruch eine Nichtschuld, weshalb die absolute Verjährung mit der Leistung zu laufen beginnt; nach der Anfechtungstheorie dagegen erweist er sich als Leistung aus nachträglich weggefallenem Grund mit Beginn der absoluten Verjährungsfrist im Zeitpunkt der Anfechtung, während er nach der geteilten Ungültigkeitstheorie für den Irrenden als Leistung einer

lich die Nutzung des Traktors bis zur Rückgabe zu entschädigen. Art. 938 Abs. 1 ZGB, der für den gutgläubigen Besitzer keine Pflicht zur Nutzungsentschädigung vorsieht, ist aus Billigkeitsüberlegungen nicht anwendbar.<sup>29</sup> Für die Berechnung des Gebrauchs kann wieder auf den entsprechenden Anspruch bei der Wandlung verwiesen werden.

## Fall 2: Zellers Erbe

### 1. Wer erbt wie viel?

Zeller hat keine Nachkommen. Diese wären die nächsten Erben (Art. 457 Abs. 1 ZGB). Die Erbschaft gelangt deshalb an den Stamm der Eltern, die beide hälftig erben würden (Art. 458 Abs. 1 und 2 ZGB). Der Stiefvater hat keine erbrechtliche Bedeutung. Zellers Eltern sind verstorben. An ihre Stelle treten folglich die Nachkommen seiner Eltern, wiederum nach Stämmen (Art. 458 Abs. 3 ZGB). Der hälftige Anteil des Vaters teilt sich folglich auf seine Nachkommen B, C, E und F auf. Die Hälfte seiner Mutter teilt sich auf ihre Nachkommen B, C, E, F und H auf. Die Kinder beerben unter sich die Eltern nach dem *Gleichheitsprinzip*. Jeder Elternteil wird einzeln beerbt.<sup>30</sup> Dies ergibt folgende Rechnung:

Die Stämme bzw. Personen B, C, E, F erhalten je  $\frac{1}{4}$  von  $\frac{1}{2}$ , was  $\frac{5}{40}$  ergibt. Zusätzlich erhalten sie mütterlicherseits  $\frac{1}{5}$  von  $\frac{1}{2}$ , was  $\frac{4}{40}$  ergibt. Die Summe beträgt  $\frac{9}{40}$ . C ist jedoch vorverstorben – der Anteil von C geht deshalb vollumfänglich an K. F ist ebenfalls vorverstorben, hat jedoch drei Kinder. Sie erhalten je  $\frac{1}{3}$  von  $\frac{9}{40}$ , also  $\frac{3}{40}$ . Stiefbruder H erhält  $\frac{1}{5}$  von  $\frac{1}{2}$ , also  $\frac{1}{10}$ . Da B und E noch leben, gehen ihre Kinder leer aus. Die Ehegatten von Zellers Geschwistern gehen ebenfalls leer aus – es gilt das *Eintrittsprinzip*.<sup>31</sup> Es ergeben sich folgende Erbquoten:

B, E und K: je $\frac{9}{40}$	$\frac{27}{40}$
M, N, O: je $\frac{3}{40}$	$\frac{9}{40}$
H erhält $\frac{1}{10}$	$\frac{4}{40}$
<hr/>	
Total	$\frac{40}{40}$

### 2. Wie ist die Rechtslage?

Den Erben steht die Erbschaftsklage nach Art. 598 Abs. 1 ZGB offen, aber aufgrund der Universalsukzession (Art. 560 Abs. 1 ZGB) auch sämtliche Klagen, die der Erblasser gehabt hätte.<sup>32</sup>

#### Erben B, E, K, M, N, O, H vs Weber: Erbschaftsklage (Art. 598 Abs. 1 ZGB)

Die Erbschaftsklage ist die Klage des Erben, der als Erbe ein besseres Recht an einer Sache geltend macht als der derzeitige Besitzer (vgl. Art. 598 Abs. 1 ZGB). Die Erben müssen als Gesamthänder gemeinsam klagen (Art. 602 Abs. 1 und 2 ZGB).<sup>33</sup> Da Weber das Collier verkauft hat, ist für die Feststellung der Passivlegitimation zuerst abzuklären, wer derzeitiger Besitzer des Colliers ist.

Zeller als ursprünglicher Eigentümer des Colliers hat dieses seiner Freundin Weber im Rahmen einer Gebrauchsleihe überlassen. Tobler hat folglich von einer Person gekauft, die nicht hätte verkaufen dürfen. Tobler könnte aber nach den Regeln von Art. 714 Abs. 2 ZGB i.V.m. Art. 933 ZGB in ihrem Erwerb geschützt sein, sofern das Collier Weber anvertraut war, Tobler bezüglich der Veräußerungsbefugnis Webers gutgläubig

---

*Nichtschuld, für den Vertragspartner aber als Leistung aus nachträglich weggefallenem Grund erscheint (...).*“; zum Irrtumserfordernis siehe Rusch, Das Irrtumserfordernis bei der *condictio indebiti*, ZSR 2009, S. 131 ff.

<sup>29</sup> Vgl. BGE 110 II 244 ff., 247 f.

<sup>30</sup> Vgl. BSK-Staehelin, ZGB 457 N 5.

<sup>31</sup> Die Position eines vorverstorbenen Erben wird nicht vererbt, sondern mittels Eintritt besetzt – dies ist nur durch Nachkommen möglich, vgl. Druey, Grundriss des Erbrechts, § 5 N 33-39; vgl. BSK-Staehelin, ZGB 457-466 N 4.

<sup>32</sup> Vgl. BGE 132 III 677 ff., 680.

<sup>33</sup> Vgl. BSK-Forni/Piatti, ZGB 598 N 3.

war und es sich um eine bewegliche Sache handelt. Die Gebrauchsleihe des Colliers stellt ein Anvertrauen einer beweglichen Sache im Sinne des Art. 933 ZGB dar.<sup>34</sup> Tobler hat von Weber das Collier zu Eigentum erworben – sofern sie es ihr auch tatsächlich übergeben hat, worüber der Sachverhalt schweigt – und hatte gemäss Sachverhalt von den wahren Eigentumsverhältnissen keine Ahnung. Der gute Glaube als Voraussetzung des Art. 933 ZGB wird vermutet (Art. 3 Abs. 1 ZGB) und muss sich auf die Veräusserungsbefugnis richten.<sup>35</sup> Da es sich bei der Verkäuferin Weber um ihre Freundin handelt, ist von einem Vertrauensverhältnis auszugehen. Sie musste deshalb keinen Verdacht schöpfen – der Sachverhalt nennt keine Indizien, dass sie aufgrund der Umstände nicht die nötige Aufmerksamkeit an den Tag gelegt hätte (Art. 3 Abs. 2 ZGB). Insbesondere entspricht der Kaufpreis gemäss Sachverhalt dem Wert des Colliers. Tobler hat folglich gutgläubig Eigentum am Collier erworben und ist vor der Klage der Erben geschützt (Art. 714 Abs. 2 ZGB i.V.m. Art. 933 ZGB). Die sonst mögliche rei vindicatio der Erben gegen Weber oder Tobler oder die Rückgabeklage gegen Weber aus dem Recht der Gebrauchsleihe fallen vorliegend deshalb weg, weil Zeller bzw. seine Erben kein Eigentum daran mehr haben und zwischen den Erben und Tobler kein Vertrag existiert.

Weber ist somit nicht mehr Besitzerin des Colliers, falls sie es tatsächlich Tobler übergeben hat (dann wäre Weber weiterhin passivlegitimiert). Sie hat jedoch den Erlös des Verkaufs von Fr. 10'000 erhalten. Die h.L. bejaht für Ersatzwerte eine Surrogation.<sup>36</sup> Dafür muss die rechtsgeschäftliche Verfügung über die Sache gültig sein,<sup>37</sup> was hier der Fall ist – das Collier kann von Tobler nicht herausverlangt werden. Die Erben haben somit Anspruch auf den Verkaufserlös von Fr. 10'000 aufgrund der Surrogation.

Dieser Anspruch liesse sich auch anders begründen. Gemäss Art. 599 Abs. 1 ZGB hat Weber das Collier nach Besitzesregeln herauszugeben. Besitzesrechtlich ist Art. 940 ZGB einschlägig. Art. 940 Abs. 1 ZGB ist auch für den Fall anwendbar, dass die Sache gar nicht mehr herausgegeben werden kann.<sup>38</sup> Weber ist bösgläubig, denn sie hat sich durch die Veräusserung der geliehenen Sache den selbständigen Besitz daran angemasst. Sie schuldet deshalb Schadenersatz nach Art. 940 Abs. 1 ZGB, wiederum in der Höhe von Fr. 10'000 (Wert des Colliers).

Die Erbschaftsklage verjährt gemäss Art. 600 ZGB mit Ablauf eines Jahres *ab Kenntnis des besseren Rechts* – dies ist vorliegend noch unproblematisch, weil Zeller gemäss Sachverhalt am 1. November 2008 gestorben ist. Die unterschiedlichen Fristen in Art. 600 ZGB für gut- und bösgläubige Beklagte spielen vorliegend noch keine Rolle.

### **Erben B, E, K, M, N, O, H vs Weber: Schadenersatz, Art. 97 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 305 OR**

Die Leihe bewirkt keine Eigentumsübertragung. Nach Ablauf der Leihe muss der Entleiher die Sache zurückgeben (Art. 305 OR). Weber kann das Collier nicht mehr zurückgeben, weil sie es veräussert hat. Die Rückgabe ist somit nachträglich unmöglich (Art. 97 Abs. 1 OR) und verschuldet, denn es ist von einem vorsätzlichen Handeln auszugehen. Als Entleiher weiss man, dass man die Sache nicht verkaufen darf. Der Schaden liegt in der Differenz zwischen dem hypothetischen Vermögensstand ohne schädigendes Ereignis und dem Vermögensstand mit schädigendem Ereignis. Hier ist von einem Schaden in der Höhe des Wertes auszugehen (Fr. 10'000), der durch die Weiterveräusserung entstanden ist.<sup>39</sup> Die Veräusserung ist nach dem Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet, einen Schaden in der Höhe der veräusserten Sache herbeizuführen.

### **Erben B, E, K, M, N, O, H vs Weber: Gewinnherausgabe, Art. 423 Abs. 1 OR**

Der Anspruch auf Fr. 10'000 der Erben lässt sich auch als Gewinnherausgabe mit der bösgläubigen Eigengeschäftsführung herleiten. Es ist die *egoistische* (weil Weber eigene Interessen verfolgt), *bösgläubige* (weil We-

<sup>34</sup> Vgl. BSK-Stark/Ernst, ZGB 933 N 13.

<sup>35</sup> Vgl. CHK-Eitel/Arnet, ZGB 933 N 6.

<sup>36</sup> Vgl. BSK-Forni/Piatti, ZGB 599 N 3, mit weiteren Hinweisen; vgl. CHK-Göksu, ZGB 598-600 N 6; vgl. ZK-Escher, ZGB 599 N 6.

<sup>37</sup> Vgl. ZK-Escher, ZGB 599 N 6; vgl. BSK-Forni/Piatti, ZGB 599 N 3.

<sup>38</sup> Vgl. BSK-Stark/Ernst, ZGB 940 N 3; vgl. CHK-Eitel/Arnet, ZGB 940 N 2.

<sup>39</sup> Vgl. BK-Stark, ZGB 940 N 7.

ber weiss und auch wissen muss, dass man eine geliehene Sache nicht verkaufen darf und damit ohne Rechtfertigungsgrund in eine fremde Rechtssphäre eingreift)<sup>40</sup> *Geschäftsführung ohne Auftrag* gemäss Art. 423 Abs. 1 OR.

### **Erben B, E, K, M, N, O, H vs Weber: Schadenersatz, Art. 41 Abs. 1 OR**

Die Erben haben einen Schadenersatzanspruch aus Art. 41 Abs. 1 OR gegen Weber, weil sie Zellers Collier veruntreut hat. Die Widerrechtlichkeit ergibt sich aus der strafrechtlichen Norm des Art. 138 Ziff. 1 StGB (Veruntreuung) und zusätzlich aus der Verletzung des Eigentums, eines absolut geschützten Rechtsgutes. Diese Tat hat sie vorsätzlich begangen – es muss ihr bekannt sein, dass man geliehene Sachen nicht veräussern darf. Zum Schaden sowie zur natürlichen und adäquaten Kausalität siehe oben. Weber schuldet den Erben folglich Fr. 10'000.

### **Verhältnis der Ansprüche**

Die Erben können Fr. 10'000 nur einmal fordern, d.h. zwischen den verschiedenen Ansprüchen besteht Konkurrenz, sie sind nicht kumulierbar.

### **3. Wie kann die Partei rechtlich gegen Ottilia und Nina vorgehen?**

#### **Partei vs Nina und Ottilia: Erbschaftsklage (Art. 598 Abs. 1 ZGB)**

Die Partei als *eingesetzte Erbin* (vgl. Art. 598 Abs. 1 ZGB) hat aufgrund des Testament ein besseres Recht als die derzeitigen Besitzer, die aufgrund der vermeintlich anwendbaren Intestaterbfolge in den Besitz der Erbschaft gekommen sind. Gemäss Sachverhalt ist die Partei Alleinerbin. Dies ist möglich, denn Zeller hinterlässt keine pflichtteilsgeschützten Erben (vgl. Art. 470 Abs. 2 ZGB i.V.m. Art. 471 ZGB). Die Partei stützt ihre Aktivlegitimation folglich auf ihre erbrechtliche Berufung.<sup>41</sup> Das ihr allein zustehende Erbe ist einzig mit einem Vermächtnis im Sinne des Art. 484 Abs. 1 ZGB an Zellers Freund Küng belastet.

Passivlegitimiert sind alle Besitzer, d.h. alle im Anspruchstitel genannten Verwandten Zellers, die aufgrund der Intestaterbfolge etwas erhalten haben. Der Sachverhalt erwähnt, dass nur Nina und Ottilia nicht kooperieren. Folglich richtet sich die Klage nur gegen sie. Die Erbschaftsklage verjährt gemäss Art. 600 ZGB mit Ablauf eines Jahres ab Kenntnis des besseren Rechts – dies ist vorliegend noch unproblematisch, weil Zeller gemäss Sachverhalt am 1. November 2008 gestorben ist und das Testament erst ein Jahr nach dem Tod aufgetaucht ist. Die unterschiedlichen Fristen in Art. 600 ZGB für gut- und bösgläubige Beklagte spielen vorliegend noch keine Rolle. Die Klage der Partei ist deshalb gutzuheissen. Die Besitzer haben die Erbschaft oder die Erbschaftssachen nach den Besitzesregeln herauszugeben (Art. 599 Abs. 1 ZGB).

Nach den Besitzesregeln zeigt sich folgendes Bild: Nichte Nina ist bezüglich ihres Berechtigung zum Besitz bösgläubig, denn sie hat das Testament unterdrückt. Sie muss das Sofa herausgeben, ohne die Verwendungen in der Höhe von Fr. 3'000 daran geltend machen zu können (Art. 939 Abs. 1 ZGB e contrario, Art. 940 Abs. 2 ZGB). Sie kann sich auch nicht auf die Notwendigkeit des Stoffbezugs berufen, weil es sich um einen Edelbezug handelt, der für die Partei sicher nicht notwendig gewesen wäre (vgl. Art. 940 Abs. 2 ZGB). Sie kann noch gewisse Teile davon abnehmen, was aber bei einem Stoffbezug kaum möglich ist (Art. 939 Abs. 2 ZGB). Die Nichte Ottilia hingegen wusste vom unterdrückten Testament nichts. Sie kann deshalb die Herausgabe des Autos verweigern, bis die Partei ihr die Aufwendungen in der Höhe von Fr. 500 für die Rostbehandlung ersetzt. Diese ist nützlich, denn sie trägt zur Wertsteigerung des Fahrzeugs bei.<sup>42</sup> Sie ist aber auch notwendig, denn es entspricht der ordnungsgemässen Verwaltung und Bewirtschaftung<sup>43</sup> im Sinne des Art. 939 Abs. 1 ZGB, ein Auto im Wert von Fr. 5'000 mit einer Rostbehandlung für Fr. 500 für den Weitergebrauch und die notwendige

<sup>40</sup> Vgl. Huguenin, OR BT, N 899; vgl. ZK-Schmid, OR 423 N 70.

<sup>41</sup> Vgl. BSK-Forni/Piatti, OR 598 N 3.

<sup>42</sup> Vgl. BK-Stark, ZGB 939 N 10.

<sup>43</sup> Vgl. BK-Stark, ZGB 939 N 9.

Motorfahrzeugkontrolle zu erneuern – das hätte auch die Partei machen müssen. Otilia als gutgläubige Besitzerin muss den Gebrauch des Fahrzeugs nicht entschädigen (Art. 938 Abs. 1 ZGB).

### **Partei vs Otilia und Nina: Rückgabe des Sofas bzw. Autos gegen Erstattung der Aufwendungen (rei vindicatio, Art. 641 Abs. 2 ZGB)**

Die Partei kann die Rückgabe des Sofas und des Autos mit der rei vindicatio (Art. 641 Abs. 2 ZGB) verlangen. Sie ist nichtbesitzende Eigentümerin kraft Universalsukzession (Art. 560 Abs. 1 ZGB), Otilia und Nina sind je besitzende Nichteigentümerinnen. Otilia muss das Auto jedoch nur dann herausgeben, wenn die Partei ihr die nützlichen Aufwendungen für das Auto ersetzt (Fr. 500; vgl. Art. 939 Abs. 1 ZGB, siehe oben). Es ist notwendig und nützlich, das Auto für die Motorfahrzeugkontrolle durch die Entfernung des Rostes fit zu machen. Da sie den Besitz gutgläubig innehatte, schuldet sie für den Gebrauch des Autos keine Entschädigung.

### **Partei vs Nina: Schadenersatz, Art. 41 Abs. 1 OR**

Nina hat das Testament nicht eingeliefert. Dazu wäre sie von Gesetzes wegen verpflichtet (Art. 556 Abs. 1 und 2 ZGB).<sup>44</sup> Die Partei erleidet durch dieses widerrechtliche Verhalten einen Schaden in der Höhe der Rechtsverfolgungskosten (im Sachverhalt nicht spezifiziert) sowie der zu ersetzenden Aufwendungen bei Otilia (Fr. 500) und des Wertverlusts am Auto von Fr. 1'000. Die Kosten für die Rostbehandlung wären auch bei der Partei angefallen – diesbezüglich handelt es sich nicht um einen Schaden. Den Wertverlust durch den Gebrauch des Fahrzeugs in der Höhe von Fr. 1'000 ersetzt ihr aber Otilia nicht. Der Schaden besteht folglich in den Rechtsverfolgungskosten und dem Wertverlust des Autos. Die genaue Höhe des Schadens ist vorliegend nicht feststellbar. Der Schaden verhält sich adäquat-kausal zur Unterdrückung des Testaments, weil es nach der Lebenserfahrung und dem Lauf der Dinge klar ist, dass ein unterdrücktes Testament zu einer falschen Verteilung des Nachlasses und damit zu einem Schaden in der vorliegenden Höhe führen kann. Nina trifft überdies ein Verschulden. Gemäss Sachverhalt hat sie es getan, weil sie mit der Politik dieser Partei nicht einverstanden ist – es liegt somit Vorsatz vor, d.h. ein Handeln mit Wissen und Willen.

## **4. Wie ist die Rechtslage?**

### **Partei vs Küng, Anspruch auf Fr. 2'000 aus ungerechtfertigter Bereicherung**

Hier ist die Erbschaftsklage im Sinne des Art. 598 Abs. 1 ZGB nicht gegeben. Das Geld hat die Partei sehr wohl erhalten, sie hat es aber nach dem Erbgang ausgegeben. Die Erbschaftsklage steht in solchen Fällen nicht zur Verfügung.<sup>45</sup>

Partei kann sich auf die ungerechtfertigte Bereicherung berufen. Küng ist aus dem Vermögen der Partei bereichert. Es stellt sich die Frage, welche Kondiktion anwendbar ist. Die relevante Form ist gemäss Bnndesgericht die der *condictio ob causam finitam* (Art. 62 Abs. 2 OR), was hier aber als zweifelhaft erscheint. Der Grund der

---

<sup>44</sup> Vgl. zu den zivilrechtlichen Folgen der Nichteinlieferung eines Testaments BSK-Karrer, ZGB 556 N 22. Die allfällige Erbunwürdigkeit (Art. 540 Abs. 1 Ziff. 4 ZGB) spielt keine Rolle, da sie ohnehin nichts geerbt hätte.

<sup>45</sup> Vgl. BGE 130 III 547 ff., 549: „Dans le cas présent, l'intimé n'a pas réclamé, en se prévalant de sa vocation héréditaire (ATF 91 II 327 consid. 3 p. 331/332), la réintégration dans la masse successorale d'un bien qui était en possession du recourant lors de l'ouverture de la succession, mais la restitution d'une somme qui se trouvait déjà dans la succession, et que l'exécuteur testamentaire - lequel "possède" la succession (ATF 86 II 355 consid. 3 p. 359) - a versée à tort; dans ces conditions, l'action en pétition d'hérédité n'est pas donnée (cf. SOMM, Die Erbschaftsklage des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, thèse Bâle 1993, p. 28/29). En revanche, l'action en enrichissement illégitime est ouverte (art. 62 al. 2 CO); l'attribution est dépourvue de cause, car elle a été effectuée sur la base d'une disposition pour cause de mort que la testatrice a révoquée ultérieurement (condictio ob causam finitam; cf., pour la restitution d'acomptes, après réduction d'un legs: ATF 71 II 147 consid. 6 p. 153).“; vgl. BK-Tuor/Picenoni, ZGB 598 N 30; vgl. ZK-Escher, ZGB 598 N 8; vgl. CHK-Göksu, ZGB 598-600 N 5; vgl. Somm, Die Erbschaftsklage, S. 28 f.: „Die Erbschaftsklage kann nicht nur die Erbschaftssachen zum Inhalt haben, die nach der Eröffnung des Erbanges in den rechtswidrigen Besitz des Beklagten gelangt sind, sondern auch solche Sachen, die dieser schon zu Lebzeiten des Erblassers unrechtmässig an sich genommen hat. Was dagegen jene Erbschaftswerte angeht, die der Erbe nach dem Erbgang veräussert hat oder die ihm nach der tatsächlichen Inbesitznahme gegen seinen Willen abhanden gekommen sind, so kommen sie nicht als Klageobjekt der Erbschaftsklage in Frage. Die Klage schützt nur das Recht auf Verwirklichung der Erbberufung, nicht aber allfällige Ansprüche, die erst nach Verwirklichung der Erbberufung neu in der Person des Erben entstehen.“

Zahlung ist nicht nachträglich weggefallen.<sup>46</sup> Er hat im Zeitpunkt der Bezahlung schon nicht mehr bestanden. Der Rechtsgrund der Zahlung hat im Zeitpunkt des Todes und der Auszahlung nicht mehr bestanden. Es ist folglich die *condictio sine causa* anwendbar (Art. 62 Abs. 2 OR), aber in der Form der *condictio indebiti*, denn die Partei hat irrtümlich eine Nichtschuld bezahlt (Art. 63 Abs. 1 OR) und muss folglich zusätzlich noch den Irrtum darlegen. Dies wird ihr leicht fallen, denn sie wusste im Zeitpunkt der Vermächtnisausrichtung noch nichts vom aktuellen Testament und glaubte aufgrund des alten Testaments, dazu verpflichtet zu sein. Die absolute Verjährung gemäss Art. 67 OR von zehn Jahren ist noch nicht eingetreten, die relative beginnt erst mit Kenntnis des Bereicherungsanspruches, d.h. ab Kenntnis des neuesten Testaments.

Zu Küngs Vorbringen: Es ist nicht davon auszugehen, dass Küng um das noch aktuellere Testament wusste. Er ist deshalb bezüglich der Bereicherung gutgläubig im Sinne von Art. 3 Abs. 1 und 2 ZGB. Er kann sich auf die gutgläubige Entäusserung der Bereicherung gemäss Art. 64 OR berufen und muss das erhaltene Geld grundsätzlich nicht zurückerstatten, wenn er es nicht mehr hat. Beim bezahlten Mietzins handelt es sich um eine Ersparnisbereicherung – es ist eine Ausgabe, der er ohnehin getätigt hätte.<sup>47</sup> Dies trifft auf das spontane Wellness-Wochenende nicht zu – ohne Bereicherung hätte er sich dieses nicht gegönnt. Ein Surrogat besteht dazu nicht, das Geld ist verbraucht. Das I-Phone hingegen ist ein Surrogat, dessen Wert noch vorhanden ist und den Küng zu ersetzen hat.<sup>48</sup> Er hat diesen der Partei herauszugeben. Das Geld, das er als Notgroschen auf das Sparbuch übertragen hat, muss er ebenfalls zurückzahlen – er hat es schliesslich noch. Küng muss folglich Fr. 1'000 zurückerstatten und den Wert des I-Phone herausgeben.

---

<sup>46</sup> Vgl. dazu BSK-Schulin, OR 62 N 14.

<sup>47</sup> BGE 61 II 12 ff., 20. Dieselbe Situation ergab sich in BGE 71 II 147 ff., 153: „Wenn die Klägerin den erhaltenen Betrag, wie sie behauptet, zum grössten Teil für Krankheiten verbraucht hat, so folgt daraus keineswegs, dass sie heute nicht mehr bereichert sei; hätte sie doch die betreffenden Ausgaben, wenn die Vorauszahlung von Fr. 4000.- nicht erfolgt wäre, aus anderen Mitteln bestreiten müssen. Sie kann sich also zu ihrer Befreiung nicht auf Art. 64 OR berufen.“; vgl. BGE 102 V 91 ff., 100 und SJ 1998, S. 677 ff., 681; vgl. CHK-Hahn, OR 64 N 9.

<sup>48</sup> Siehe von Tuhr/Escher, S. 504; siehe auch Alfred Koller, Der gute und der böse Glaube im allgemeinen Schuldrecht, Habil. Freiburg 1985, N 545. BSK-Schulin, OR 64 N 6 verneint eine Rückgabepflicht bei Anschaffungen, die sonst nicht getätigt worden wären, wie z.B. den Kauf eines Luxusautos. Diese Ansicht führt jedoch zu unbilligen Resultaten. In solchen Fällen ist das aus der Bereicherung angeschaffte Surrogat herauszugeben.