

## Bestechung bei Vertragsschluss

Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 17. September 2002 i.S.

ABZ Recycling AG (Klägerin und Appellantin) gegen Stadt Zürich (Beklagte und Appellantin)

Mit Bemerkungen von

lic. iur. Eveline Wyss und Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone, beide Zürich\*

### Inhaltsübersicht

#### I. Sachverhalt

#### II. Erwägungen des Obergerichts

##### A. Nichtigkeit

##### B. Täuschung

##### C. Grundlagenirrtum

##### D. Folgen der einseitigen Unverbindlichkeit

##### E. Ergebnis

#### III. Bemerkungen

##### A. Nichtigkeit

##### B. Täuschung

1. Täuschungshandlung
2. Täuschungsabsicht
3. Irrtum der Getäuschten
4. Kausalzusammenhang
5. Ergebnis

##### C. Grundlagenirrtum

##### D. Folgen der einseitigen Unverbindlichkeit

1. Faktisches Vertragsverhältnis
2. Geschäftsführung ohne Auftrag
3. Ungerechtfertigte Bereicherung

#### IV. Fazit

### I. Sachverhalt

Die *Stadt Zürich (Beklagte)* und die *ABZ Recycling AG (Klägerin)* schlossen 1989 bzw. 1990<sup>1</sup> einen undatierten Fünfjahresvertrag ab, mit dem sich Letztere verpflichtete, Klärschlamm gegen Entgelt zu entsorgen. Im Oktober 1992 stellte sich heraus, dass ein Beamter der Stadtentwässerung – welcher den Vertrag nicht selbst unterzeichnet hatte<sup>2</sup> – im Zusammenhang mit dem Vertragsschluss bzw. der Vertragsabwicklung von der *ABZ Recycling AG* Bestechungsgelder in der Höhe von CHF 200 000.– bis 300 000.– entgegengenommen hatte.<sup>3</sup> In der

Folge berief sich die *Stadt Zürich* auf die Unwirksamkeit des Vertrags und weigerte sich, die offenen Rechnungen zu bezahlen sowie die Klägerin weiterhin mit Klärschlamm zu beliefern.<sup>4</sup>

Die *ABZ Recycling AG* forderte hierauf den Gesamtbetrag der noch nicht beglichenen Rechnungen sowie das der vertraglich garantierten Mindestlieferungsmenge für 1992 entsprechende Entgelt. Das Bezirksgericht Zürich hiess die Klage am 10. September 1999 im Wesentlichen gut.<sup>5</sup> Aufgrund einer gegen das Urteil gerichteten Berufung wies das Obergericht des Kantons Zürich die Klage demgegenüber mit Urteil vom 20. November 2001 ab.<sup>6</sup> Auf Berufung der Klägerin wiederum hob das Bundesgericht den Entscheid des Obergerichts mit Urteil vom 20. Mai 2002 auf und wies die Sache zur materiellen Beurteilung an das Obergericht zurück.<sup>7</sup>

### II. Erwägungen des Obergerichts

In seinen Erwägungen verneint das Obergericht zunächst, dass der Vertrag nichtig [A.] oder infolge

ten, das Verfahren mithin eingestellt: Vgl. zum Ganzen Erw. III.2. Unklar blieb sodann die tatsächliche Einflussnahme des bestochenen Beamten auf die Vertragsgestaltung und -abwicklung. Die Beklagte konnte im erstinstanzlichen Beweisverfahren keine massgebliche Einflussnahme nachweisen: Vgl. Erw. III.3b.

<sup>4</sup> Vgl. zum Ganzen Erw. I.1, III.1.

<sup>5</sup> Entscheid des Bezirksgerichts Zürich vom 10. September 1999 i.S. ABZ Recycling AG gegen Stadt Zürich. Eine Widerklage, mit welcher die Stadt Zürich die Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung verlangte, die durch das Dahinfallen des fraglichen Vertrags entstanden sei, wurde zum überwiegenden Teil abgewiesen: Erw. I.2, I.3. Vgl. zum Ganzen auch NZZ vom 6. April 1994, 54; NZZ vom 28. April 1995, 56.

<sup>6</sup> Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 20. November 2001 i.S. ABZ Recycling AG (Klägerin und Appellantin) gegen Stadt Zürich (Beklagte und Appellantin). Das Obergericht verneinte die Aktivlegitimation der Klägerin. Dabei vertrat es (gestützt auf Art. 906 Abs. 2 ZGB) den Standpunkt, die Klägerin hätte zur Prozessführung der Einwilligung der beiden Gläubigerinnen bedurft, denen sie die im Streit liegende Forderung verpfändet hatte: Vgl. Erw. I.4. Die Widerklage der Beklagten (vgl. Fn. 5) wurde ebenfalls abgewiesen: Erw. I.4.

<sup>7</sup> BGE 128 III 366 vom 30. Mai 2002 i.S. ABZ Recycling AG gegen Stadt Zürich (Berufung). Das Bundesgericht kam zum Schluss, eine Einwilligung der beiden Pfandgläubigerinnen sei zur Prozessführung nicht erforderlich. Auf die Anschlussberufung der Beklagten trat es nicht ein; deren Widerklage (vgl. Fn. 5) ist damit rechtskräftig abgewiesen: Vgl. Erw. I.4.

\* *Eveline Wyss* ist wissenschaftliche Assistentin am Rechtswissenschaftlichen Institut der Universität Zürich, *Hans Caspar von der Crone* Ordinarius für Privat- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich. Der vorliegende Beitrag ist im Internet verfügbar auf <http://www.rwi.unizh.ch/vdc>.

<sup>1</sup> Der genaue Zeitpunkt des Vertragsschlusses war zur Zeit der Urteilsfällung nicht mehr zu ermitteln: Erw. III.1.

<sup>2</sup> Vgl. Erw. III.1.

<sup>3</sup> Dies geht aus der Anklageschrift der Bezirksanwaltschaft I für den Kanton Zürich vom 27. September 1996 hervor. Auf die erhobene Anklage wurde allerdings zufolge Eintritts der absoluten Verfolgungsverjährung nicht eingetre-

absichtlicher Täuschung einseitig unverbindlich [B.] sei. Dagegen bejaht das Gericht das Vorliegen eines Grundlagenirrtums [C.] und befasst sich schliesslich mit den Folgen der daraus resultierenden einseitigen Unverbindlichkeit [D.]. Im Ergebnis heisst das Obergericht die Klage der *ABZ Recycling AG* gut; die Berufung der Beklagten wird abgewiesen [E.].

### A. Nichtigkeit

Mit Bezug auf die Nichtigkeit von Verträgen, für deren Abschluss Bestechungsgelder bezahlt wurden, verweist das Obergericht grösstenteils auf die seiner Ansicht nach korrekten Ausführungen des Bezirksgerichts. Dieses hat sich seinerseits an der bundesgerichtlichen Rechtsprechung orientiert, gemäss welcher solche Verträge nicht als sittenwidrig anzusehen sind.<sup>8</sup>

*«Die Vorinstanz stellte [...] fest, die Auffassung der Beklagten könne nicht geteilt werden, wonach der Bestechung ein derartiger Unrechtsgehalt zukomme, dass der Vertrag gar nicht zustande gekommen bzw. nichtig sei. Verträge über Schmiergelder seien sittenwidrig. Verträge, für deren Abschluss Schmiergeld bezahlt worden sei, dagegen nicht (...).»<sup>9</sup>*

### B. Täuschung

Eine Nichtigkeit des Vertrags infolge Sittenwidrigkeit verneinend prüft das Obergericht das Vorliegen einer einseitigen Unverbindlichkeit infolge absichtlicher Täuschung.<sup>10</sup> Die Frist zur Geltendmachung dieser Unverbindlichkeit ist nach Ansicht des Gerichts gewahrt.<sup>11</sup> Zur Frage der Beweislast – insbe-

sondere hinsichtlich des Kausalzusammenhangs – äussert sich das Gericht wie folgt:

*«Die Beweislast für die Voraussetzungen der absichtlichen Täuschung hat der Getäuschte zu tragen. Vor allem hat er die Täuschungshandlungen und ihren kausalen Einfluss auf den Vertragsabschluss nachzuweisen. Gelingt ihm der Nachweis der Täuschungshandlung, so spricht im Allgemeinen auch die Vermutung für das Vorliegen eines Kausalzusammenhangs. Dem Täuschenden steht der Gegenbeweis offen, dass der Getäuschte den Vertrag auch ohne Täuschung abgeschlossen hätte (...).»<sup>12</sup>*

Mit Bezug auf den konkreten Fall führt das Gericht aus:

*«Die Stellung [des Beamten A.]<sup>13</sup> auf Seiten der Beklagten im Rahmen der Vertragsverhandlungen mit der Klägerin ist für die Frage des Einflusses der Schmiergelder auf den Vertrag von zentraler Bedeutung. Ohne Nachweis massgeblicher Einwirkungsmöglichkeiten [des Beamten A.] auf den Abschluss des Vertrages und die inhaltliche Gestaltung desselben gebrähe es bereits an einer kausalen Beziehung zwischen Bestechung und Vertrag.»<sup>14</sup>*

In der Folge verneint das Obergericht (unter Verweis auf die Ausführungen der Vorinstanz)<sup>15</sup> eine Einwirkungsmöglichkeit des Bestochenen auf die Vertragsgestaltung und -abwicklung, bzw. einen entsprechenden Kausalzusammenhang, und lehnt daher eine einseitige Unverbindlichkeit infolge absichtlicher Täuschung ab.<sup>16</sup>

*gel behauptenden Partei die Ungültigkeit des Vertrags bewirkt, kann dem nicht zugestimmt werden. [...] Lehre und Rechtsprechung setzen vielmehr – zu Recht – als selbstverständlich voraus, dass die Erklärung nur dann wirksam ist, wenn beim Vertragsschluss tatsächlich ein Willensmangel vorgelegen hat (...).»*

<sup>8</sup> Art. 19 Abs. 2, Art. 20 Abs. 1 OR. Vgl. dazu BGE 47 II 88 f. Erw. 2; BGE 119 II 385 Erw. 4c.

<sup>9</sup> Erw. III.2.

<sup>10</sup> Art. 28 OR.

<sup>11</sup> Art. 31 Abs. 1 u. 2 OR. Die Klägerin stellte sich auf den Standpunkt, die Beklagte habe die Frist zur Geltendmachung der einseitigen Unverbindlichkeit versäumt: Erw. III.3a. Das Gericht äussert sich dazu folgendermassen (Erw. III.3a): *«Zur Anfechtung bedarf es [...] lediglich einer schlichten empfangsbedürftigen Willenserklärung, die ausdrücklich oder konkludent geäussert werden kann. Sie ist nicht annahmbedürftig und macht mit Zugang beim Empfänger den Vertrag unwirksam. Der Anfechtungsgrund braucht in der Erklärung nicht spezifiziert zu werden. Es genügt, wenn aus ihr unmissverständlich hervorgeht, dass der Erklärende den Vertrag nicht halten will (...).»* Vgl. dazu aus der neuesten Rechtsprechung BGE 128 III 74 Erw. 1b: *«Soweit diese Aussage dahin zu verstehen ist, dass die blosser Erklärung der einen Willensman-*

<sup>12</sup> Erw. III.3b. Vgl. dazu *Eugen Bucher*, Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl., Zürich 1988, 221; *Bruno Schmidlin* in: *Berner Kommentar*, Kommentar zu Art. 23–31 OR, Bern 1995, Art. 28 OR N 171, unter Hinweis auf Art. 8 ZGB; *Ingeborg Schwenger* in: *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I*, Art. 1–529 OR, 2. Aufl., Basel 1996, Art. 28 OR N 26.

<sup>13</sup> Anonymisierung durch die Verfasser; gemeint ist der bestochene Beamte der Stadtentwässerung.

<sup>14</sup> Erw. III.3b.

<sup>15</sup> Die Vorinstanz kam in ihrer Gesamtwürdigung zum Schluss, die Beklagte könne weder eine Beeinflussung der Vertragsgestaltung durch den Bestochenen noch einen Einfluss der bezahlten Schmiergelder auf die Klärschlammzuteilungen nachweisen: Vgl. dazu Erw. III.3b.

<sup>16</sup> Vgl. Erw. III.3b.

### C. Grundlagenirrtum

Die Beklagte hatte weiter geltend gemacht, der Vertrag sei wegen Grundlagenirrtums einseitig unverbindlich.<sup>17</sup> Die Vorinstanz schützte diesen Standpunkt.<sup>18</sup> Das Obergericht führt – im Anschluss an allgemeine den Grundlagenirrtum betreffende Ausführungen<sup>19</sup> sowie in Anlehnung an das Bezirksgericht – aus:

«Die Vorinstanz hält fest, die Klägerin habe [dem Beamten A.] Schmiergelder bezahlt. Damit habe sich die Beklagte insofern in einem Irrtum bei Vertragsabschluss und Vertragserfüllung befunden, als sie von dieser bestecherischen, krass gegen Treu und Glauben im Geschäftsverkehr verstossenden Handlungsweise der Klägerin nichts gewusst habe. Vielmehr habe sie geglaubt, es mit einem loyalen Geschäftspartner zu tun zu haben. Ihr Irrtum habe sich somit nicht auf den Vertragsinhalt oder die Vertragspartei an sich erstreckt, sondern er habe sich auf einen ausserhalb des Vertrages liegenden Umstand bezogen. Diese Missachtung loyaler Verhaltensregeln habe dadurch noch zusätzlich an Gewicht gewonnen, als die Parteien über einen Fünfjahresvertrag miteinander verbunden gewesen seien, weshalb der Vertrauenswürdigkeit eines Vertragspartners eine zentrale Bedeutung zukomme. Somit handle es sich um einen wesentlichen Irrtum (...).»<sup>20</sup>

Anders als die Vorinstanz ist das Obergericht indes der Ansicht, der Grundlagenirrtum der Beklagten erstrecke sich nicht auch auf die Höhe der vereinbarten Entschädigung, weshalb es eine nachträgliche Preiskorrektur nach dem Modell der modifizierten Teilnichtigkeit ablehnt.<sup>21</sup>

«Die Klägerin weist zu Recht darauf hin, ein Grundlagenirrtum mit Bezug auf die Preishöhe könne nur dann bejaht werden, wenn am Anfang überhaupt ein (einfacher) Irrtum vorliege. Ausgangspunkt bilde eine fehlende oder falsche Vorstellung, hingegen nicht ein bewusstes Nichtwissen: «Wer weiss, dass er nicht weiss, irrt nicht.» Ein bewusstes Nichtwissen ist einem Irrtum nicht gleichzusetzen (...). Gemäss

[dem Zeugen B.]<sup>22</sup> wurde der Preisvorschlag der Klägerin auch ohne Kenntnis der genauen Aufschlüsselung akzeptiert. Auch während der Vertragsdauer verlangte die Beklagte nie Auskunft über die Preisgestaltung, obwohl der Vertrag [...] dieses Recht ausdrücklich vorsah.»<sup>23</sup>

Zum Kausalzusammenhang äussert sich das Gericht wie folgt:

«Gemäss Art. 23 OR ist der Vertrag für denjenigen unverbindlich, der sich beim Abschluss in einem wesentlichen Irrtum befunden hat. Der Irrtum muss für die Abgabe der Erklärung kausal gewesen sein. Mit der Vorinstanz kann vorausgesetzt werden, dass die Beklagte in Kenntnis der Schmiergeldzahlungen an [den Beamten A.] den Vertrag mit der Klägerin nicht geschlossen hätte. Dies wird durch den Abbruch der vertraglichen Beziehungen mit der Klägerin nach Kenntnisnahme der Schmiergeldzahlungen belegt.»<sup>24</sup>

### D. Folgen der einseitigen Unverbindlichkeit

Wird die einseitige Unverbindlichkeit eines Vertrags, der unter einem Willensmangel leidet, fristgerecht geltend gemacht, so fällt er nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und einem Teil der Lehre rückwirkend auf den Entstehungszeitpunkt (*ex tunc*) dahin.<sup>25</sup> Beide Parteien können ihre Leistung Zug um Zug gegen Rückgabe des Empfangenen zurückverlangen.<sup>26</sup> In Abweichung von diesem Grundsatz schliesst sich das Obergericht einer neueren Lehrmeinung an, welche für längerfristige Verträge eine Ungültigkeit *ex tunc* ablehnt:

«Bei Dauerverträgen oder langfristigen Verträgen kann indes eine Ungültigkeit *ex tunc* und eine damit verbundene Rückabwicklung äusserst unpraktikabel sein und wird von der neueren Lehre ausgeschlossen. In solchen Fällen geht die neuere Lehre von einem faktischen Vertragsverhältnis aus und nimmt ein vertragsähnliches Verhältnis an, bis die Unverbindlichkeit eines in Erfüllung begriffenen Dauervertrages geltend gemacht wird. Dieses zeichnet sich dadurch aus, dass trotz des dahinfliegenden Vertragskonsenses die bereits bestehenden Vertragswirkungen nicht *ex tunc*, sondern allenfalls *ex nunc* aufgelöst werden. Die Anfechtung des Ver-

<sup>17</sup> Art. 23 i.V.m. Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR.

<sup>18</sup> Vgl. Erw. III.4.

<sup>19</sup> Erw. III.4a. Allgemein zum Grundlagenirrtum als qualifiziertem Motivirrtum ferner *Peter Gauch/Walter R. Schluemp/Jörg Schmid/Heinz Rey*, Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil, Bd. 1, 7. Aufl., Zürich 1998, Nr. 775 ff.; *Ingeborg Schwenger*, Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Bern 2000, N 37.23 ff.

<sup>20</sup> Erw. III.4b.

<sup>21</sup> Erw. III.4c. Das Bezirksgericht gestaltete den Vertrag mit Bezug auf den Preis so, wie er offenbar der irrtumsfreien Vorstellung der Beklagten entsprochen hätte. Zur modifizierten Teilnichtigkeit vgl. Art. 20 Abs. 2 OR; *Gauch/Schluemp/Schmid/Rey*, Nr. 703 ff.

<sup>22</sup> Anonymisierung durch die Verfasser; gemeint ist ein Zeuge im Rahmen der Strafuntersuchung: Vgl. dazu Erw. III.2.

<sup>23</sup> Erw. III.4c.

<sup>24</sup> Erw. III.4d.

<sup>25</sup> Erw. III.4e. Zur so genannten *Ungültigkeitstheorie* vgl. den *leading case* BGE 114 II 131 («Picasso»-Fall) sowie *Gauch/Schluemp/Schmid/Rey*, Nr. 890 ff.; zur *Anfechtungstheorie* vgl. etwa *Schmidlin*, Berner Kommentar, Art. 31 OR N 81 ff.

<sup>26</sup> BGE 83 II 25 Erw. 7. Vgl. dazu etwa *Schmidlin*, Berner Kommentar, Art. 31 OR N 88 ff.; *Schwenger*, Basler Kommentar, Art. 31 OR N 15.

trages kommt damit einer Kündigung gleich. Den im Rahmen eines faktischen Vertragsverhältnisses bereits vorgenommenen Leistungen werden vertragliche Wirkungen zuerkannt, weil die Vindikations-, die Bereicherungs- und die ausservertraglichen Schadenersatzansprüche in der bestehenden Situation unangemessen sind und häufig schon wegen der Unmöglichkeit des Schadensnachweises scheitern müssen.»<sup>27</sup>

Ohne auf weitere Anspruchsgrundlagen einzugehen, untermauert das Gericht seine Argumentation wie folgt:

«Die Parteien haben den Vertrag längere Zeit eingehalten. [...] Eine Rückabwicklung des Vertrages zufolge Ungültigkeit erscheint nicht angemessen. Vielmehr ist im Lichte obiger Erwägungen von einem faktischen Vertragsverhältnis auszugehen. Diese Lösung erweist sich deshalb als angebracht, weil die Schmiergeldzahlungen keinen Einfluss auf die Vertragsentstehung und Vertragabwicklung zeitigten.»<sup>28</sup>

## E. Ergebnis

Das Obergericht bejaht einen Grundlagenirrtum der Beklagten und folglich die einseitige Unverbindlichkeit des Vertrags, geht für die Dauer bis zu deren Geltendmachung indes von einem «faktischen Vertragsverhältnis» aus. Diese Argumentation führt im Ergebnis zu einer Gutheissung der Klage.<sup>29</sup>

## III. Bemerkungen

### A. Nichtigkeit

Im Anschluss an das Bezirksgericht sowie im Einklang mit der herrschenden Lehre und Rechtsprechung hält das Obergericht fest, eine Bestechungszahlung bei Vertragsschluss führe nicht *per se* zur Sittenwidrigkeit und damit Nichtigkeit<sup>30</sup> des betreffenden Vertrags.<sup>31</sup> Dieser Auffassung ist aus gesetz-

systematischen Überlegungen zuzustimmen. Die Artikel 19 und 20 OR, welche von der Sittenwidrigkeit handeln, stehen unter der Marginalie «*Inhalt des Vertrages*». Könnten die blossen Umstände des Vertragsschlusses eine Sittenwidrigkeit mit Nichtigkeitsfolge begründen, so verlöre die vom Gesetzgeber gesondert statuierte Regelung der Täuschung<sup>32</sup> ihre Berechtigung: Täuschendes Verhalten dürfte im Rechtsverkehr nämlich nahezu ausnahmslos gegen die guten Sitten verstossen. Gegen den Inhalt des Vertrags als solchen – Entsorgung von Klärschlamm gegen Entgelt – ist im vorliegenden Fall allerdings nichts einzuwenden: Die Festsetzung eines überhöhten Entgelts ist grundsätzlich auch dann von der Vertragsfreiheit gedeckt, wenn in dessen Kalkulation eine Bestechungszahlung eingeflossen ist.<sup>33</sup>

### B. Täuschung

Gemäss Art. 28 OR ist der Vertrag für denjenigen unverbindlich, der «*durch absichtliche Täuschung seitens des andern zu dem Vertragsschlusse verleitet worden ist*». Nach Lehre und Rechtsprechung ist dabei auf vier Tatbestandselemente abzustellen.<sup>34</sup>

mentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 2. Aufl., Basel 1996, Art. 19/20 OR N 39; *Ernst A. Kramer* in: Berner Kommentar, Kommentar zu Art. 19–22 OR, Bern 1991, Art. 19–20 OR N 200; *Adrian Steinbeisser*, Die Bestechung von Bediensteten in obligationen-, arbeits- und wettbewerbsrechtlicher Hinsicht, Diss. Basel 1977, 74 ff. Demgegenüber sind Verträge über die Bezahlung von Bestechungsgeld, also Schmiergeldversprechen, welche den Empfänger zur Verletzung seiner vertraglichen Pflichten verleiten sollen, klar sittenwidrig: Vgl. dazu Erw. III. 2; BGE 95 II 39 f. Erw. 2; *Héritier*, 109; *Kramer*, Berner Kommentar, Art. 19–20 OR N 200; *Steinbeisser*, 27 f.

<sup>27</sup> Art. 28 OR.

<sup>28</sup> Dass *in casu* eine Übervorteilung i.S.v. Art. 21 OR vorliege, wird zu Recht nicht geltend gemacht.

<sup>29</sup> Zu den Voraussetzungen einer absichtlichen Täuschung zählen Täuschungshandlung, Absicht, Motivirrtum sowie Kausalzusammenhang: Vgl. die Einzelheiten bei *Gauch/Schluep/Schmid/Rey*, Nr. 854 ff.; *Hermann Viktor Gilomen*, Absichtliche Täuschung beim Abschluss von Verträgen nach schweizerischem Obligationenrecht, Diss. Bern 1950, 8 f.; *Schwenzer*, Basler Kommentar, Art. 28 OR N 3 ff. *Alfred Koller*, Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil, Bd. I, Bern 1996, Nr. 1192 f., weist zusätzlich darauf hin, dass die Täuschung stets auch widerrechtlich sein muss, wobei die Widerrechtlichkeitsprüfung bei einer Täuschung durch Schweigen in der Prüfung der Aufklärungspflicht aufgeht.

<sup>30</sup> Erw. III.4e.

<sup>31</sup> Erw. III.4f.

<sup>32</sup> Erw. III.5, III.6, IV.1. Die Klägerin fordert im Wesentlichen den Gesamtbetrag der offenen Rechnungen und das der Mindestlieferungsmenge entsprechende Entgelt: Vgl. vorne [I.]. Die Stadt Zürich hat gegen das obergerichtliche Urteil Berufung eingelegt: NZZ vom 6. November 2002, 43. Das Bundesgericht wird sich deshalb erneut mit dem Fall zu beschäftigen haben.

<sup>33</sup> Art. 19 Abs. 2, Art. 20 Abs. 1 OR.

<sup>34</sup> Erw. III.2. Vgl. dazu aus der Rechtsprechung BGE 47 II 88 f. Erw. 2; BGE 119 II 385 Erw. 4c. Zum Meinungsstand in der Lehre vgl. *Anne Héritier*, Les pots-de-vin, Diss. Genf 1981, 145; *Claire Huguenin Jacobs* in: Basler Kom-

### 1. Täuschungshandlung

Mit seiner Regelung der absichtlichen Täuschung pönalisiert der Gesetzgeber die illoyale Einflussnahme der einen Partei auf die Informationslage der Gegenpartei. Getäuscht werden kann durch aktives Verhalten, d.h. durch Vorspiegelung falscher Tatsachen, oder passiv durch Schweigen, d.h. durch Nichtaufklärung über einen Irrtum.<sup>35</sup> Der Tatbestand der Täuschung durch Schweigen ist erfüllt, wenn der Täuschende entweder aus Gesetz, aus Vertrag oder aus Treu und Glauben zur Aufklärung über eine Tatsache verpflichtet ist und dieser Pflicht nicht nachkommt.<sup>36</sup> Eine Aufklärungspflicht aus Treu und Glauben besteht nach Lehre und Rechtsprechung insbesondere dann, wenn die Gegenpartei des Irrenden «noch vor Abschluss des Vertrages erkennt, dass der Irrtum des Gegners auf ihrem eigenen Verhalten (...) beruht».<sup>37</sup>

Wer in einem Vertragsverhandlungsverhältnis Mitarbeiter der Gegenseite besticht, handelt nicht nur krass treuwidrig, sondern er muss auch wissen, dass das Bekanntwerden der Bestechung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit den Verhandlungsabbruch zur Folge hätte. Dementsprechend wird der Bestechende alles daran setzen, dass sein illoyales Verhalten der Gegenpartei verborgen bleibt. Bestechung und Vertuschung der Bestechung sind mit anderen Worten funktionsnotwendig miteinander verbunden: Die bestechende Partei schafft in illoyaler Weise einen potenziell abschlussrelevanten Sachverhalt und sorgt zugleich gezielt dafür, dass dieser Sachverhalt der Gegenpartei verborgen bleibt. Sie täuscht durch Schweigen.<sup>38</sup> Das Verhalten der Kläge-

rin ist deshalb als Täuschungshandlung im Sinne von Art. 28 Abs. 1 OR zu qualifizieren.

### 2. Täuschungsabsicht

Die Absicht der Klägerin, die Beklagte über die Bestechungszahlungen im Unklaren zu lassen, ergibt sich natürlicherweise aus der Interessenlage.<sup>39</sup>

### 3. Irrtum der Getäuschten

In Abweichung von der allgemeinen Regel des Irrtumsrechts<sup>40</sup> führt ein durch absichtliche Täuschung hervorgerufener Irrtum auch dann zur Unwirksamkeit des Vertrags, wenn er nicht wesentlich ist.<sup>41</sup> Es genügt mithin ein einfacher Motivirrtum bzw. eine einfache Fehlvorstellung; ein (qualifizierter) Grundlagenirrtum ist nicht erforderlich. Eine solche (einfache) Fehlvorstellung ist hier insofern gegeben, als die Beklagte sich über die Loyalität ihrer Vertragspartnerin geirrt hat. Davon muss *a maiore minus* übrigens auch das Obergericht ausgegangen sein, wenn es – im Zusammenhang mit dem Grundlagenirrtum – in der Fehlvorstellung über die Loyalität der Vertragspartnerin gar einen qualifizierten Irrtum sieht.

Im Regelfall ist das Wissen von Vertretern oder Gehilfen der Geschäftsherrin zuzurechnen (*Wissenszurechnung*). Wäre dies auch *in casu* der Fall, so könnte sich die Stadt Zürich nicht auf Täuschung berufen: «*Wer weiss, irrt nicht*».<sup>42</sup> Im Fall einer Beste-

mittelbar aus Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB). Vgl. in diesem Zusammenhang insbesondere *Héritier*, 149 f., und *Steinbeisser*, 64 ff., gemäss welchen die Bestechung eine *passive* Täuschungshandlung impliziert, sowie *Gilomen*, 64. So auch *Schmidlin*, Berner Kommentar, Art. 28 OR N 42: «*Die Täuschung besteht darin, dass der bestechende Vertragspartner die Bestechung verheimlicht, mit der er den Abschluss des Vertrages erlangt hat. Das Verheimlichen der von ihm ins Werk gesetzten Bestechung verstösst direkt gegen den Grundsatz von Treu und Glauben und verletzt daher eine nach Art. 28 Abs. 1 OR geltende Aufklärungspflicht.*» Vgl. für das deutsche Recht *Werner Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Bd.: Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl., Berlin/Heidelberg 1992, 542, der die Bestechung als *positive* Täuschungshandlung gegenüber der Geschäftsherrin des Bestochenen betrachtet.

<sup>39</sup> Zur Absicht im Rahmen der absichtlichen Täuschung vgl. BGE 123 III 169 Erw. 3b. Fehlt es an einer Täuschungsabsicht, so verbleibt dem Irrenden die Berufung auf die Regeln über den Irrtum (Art. 23 f. OR): *Gauch/Schluemp/Schmid/Rey*, Nr. 864.

<sup>40</sup> Art. 23 f. OR.

<sup>41</sup> Art. 28 Abs. 1 OR.

<sup>42</sup> Vgl. Erw. III.4c sinngemäss.

<sup>35</sup> BGE 116 II 434 Erw. 3a. Aus der Lehre vgl. statt vieler *Gauch/Schluemp/Schmid/Rey*, Nr. 861; *Schmidlin*, Berner Kommentar, Art. 28 OR N 33 ff.

<sup>36</sup> BGE 116 II 434 Erw. 3a; BGE 117 II 228 Erw. 6a; vgl. auch BGE 92 II 333 f. Erw. 3b. Vgl. im Weiteren *Pierre Engel*, *Traité des obligations en droit suisse – Dispositions générales du CO*, 2. Aufl., Bern 1997, 352 ff.; *Gauch/Schluemp/Schmid/Rey*, Nr. 862; *Gilomen*, 60 ff.; *Schmidlin*, Berner Kommentar, Art. 28 OR N 34 ff.; *Steinbeisser*, 64. Eine *generelle* Aufklärungspflicht gibt es hingegen nicht; insbesondere ist niemand verpflichtet, den anderen über Umstände aufzuklären, die dieser bei gehöriger Aufmerksamkeit selbst zu erkennen vermag: Vgl. BGE 92 II 333 f. Erw. 3b; BGE 102 II 84 Erw. 2; 116 II 434 Erw. 3a.

<sup>37</sup> Vgl. zum Ganzen *Gauch/Schluemp/Schmid/Rey*, Nr. 863, m.w.H.

<sup>38</sup> Die Verpflichtung, für die Vertragsgestaltung und -abwicklung wichtige Informationen weiterzuleiten, ergibt sich un-

chung wäre die Berufung der bestechenden Partei auf das Wissen des bestochenen Beamten und dessen Zurechnung an die Geschäftsherrin allerdings rechtsmissbräuchlich.<sup>43</sup> Unabhängig davon, ob der Beamte als Vertreter oder Gehilfe zu betrachten ist,<sup>44</sup> ist sein Wissen um die Bestechung deshalb der Stadt Zürich nicht zuzurechnen.<sup>45</sup>

#### 4. Kausalzusammenhang

Das Obergericht geht davon aus, der nachzuweisende Kausalzusammenhang sei jener zwischen der Bestechung und der Vertragsgestaltung, und macht in der Folge die Einwirkungsmöglichkeiten des bestochenen Beamten auf die Vertragsgestaltung zum zentralen Gegenstand seiner Überlegungen.<sup>46</sup>

Richtigerweise wäre stattdessen der Kausalzusammenhang zwischen der Täuschungshandlung, d.h. dem Verheimlichen der Bestechungszahlungen, und der Fehlvorstellung der Beklagten hinsichtlich der Loyalität ihrer Vertragspartnerin sowie jener zwischen dieser Fehlvorstellung und dem Vertragsschluss zu untersuchen gewesen. Dieser Kausalzusammenhang ist ohne weiteres zu bejahen: Hätte die Stadt Zürich von der Bestechung gewusst, wäre sie die vertragliche Bindung zweifellos nicht eingegangen.

#### 5. Ergebnis

Das Verhalten der Klägerin hat *in casu* alle Tatbestandselemente einer absichtlichen Täuschung im Sinne von Art. 28 Abs. 1 OR erfüllt.<sup>47</sup> Wenn das

Obergericht das Vorliegen eines Kausalzusammenhangs verneint, so basiert dies auf einem falschen Verständnis dieses Tatbestandselements.

### C. Grundlagenirrtum

Ein einfacher Motivirrtum eines Vertragsschliessenden ist nach der Konzeption des Gesetzes – ausser im besonderen Fall der absichtlichen Täuschung<sup>48</sup> – unwesentlich.<sup>49</sup> Der Vertrag behält grundsätzlich seine Verbindlichkeit, auch wenn der Vertragspartner des Irrenden dessen Motive zum Vertragsschluss kannte.<sup>50</sup> Weist der Irrtum hingegen die qualifizierenden Merkmale eines Grundlagenirrtums auf, so ist der Motivirrtum wesentlich und der Vertrag für den Irrenden einseitig unverbindlich.<sup>51</sup> Dies ist nach dem Gesetzeswortlaut dann der Fall, «wenn der Irrtum einen bestimmten Sachverhalt betraf, der vom Irrenden nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als eine notwendige Grundlage des Vertrages betrachtet wurde».<sup>52</sup> Dazu müssen gemäss Lehre und Rechtsprechung zwei qualifizierende Merkmale kumulativ erfüllt sein: Erstens muss der Irrende den Sachverhalt, den er sich irrtümlich vorgestellt hat, *subjektiv* als eine notwendige Grundlage des Vertrags betrachtet haben, und zweitens muss er ebendiesen auch *objektiv* – nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr – als eine notwendige Grundlage des Vertrags betrachtet haben dürfen.<sup>53</sup>

Zutreffenderweise führt das Obergericht (unter Verweis auf die Vorinstanz) zugunsten der Wesentlichkeit des Motivirrtums die Bedeutung loyalen Ver-

<sup>43</sup> Konstruktiv anders (Vollmachtsüberschreitung), im Ergebnis aber gl.M. *Héritier*, 146.

<sup>44</sup> Art. 32, Art. 101 OR. Vgl. dazu BGE 108 II 421 f. Erw. 5; *Gauch/Schluemp/Schmid/Rey*, Nr. 1444; *Claire Huguenin*, Die absichtliche Täuschung durch Dritte, SJZ 95 (1999), 266 ff.; *Roger Zäch* in: Berner Kommentar, Kommentar zu Art. 32–40 OR, Bern 1990, Art. 32 OR N 135, Art. 39 OR N 21.

<sup>45</sup> Gl.M. im Ergebnis (ohne Begründung) das Obergericht.

<sup>46</sup> Erw. III.3b.

<sup>47</sup> Zugleich läge eine vom Beamten als Dritten verübte absichtliche Täuschung im Sinne von Art. 28 Abs. 2 OR vor, von der die Vertragspartnerin Kenntnis hatte: Vgl. dazu *Gilomen*, 114. Da die Täuschung primär direkt von der Vertragspartnerin ausgegangen ist, fällt das Geschehen allerdings unter Abs. 1 der Bestimmung. Vgl. dazu *Héritier*, 151 f.; *Huguenin*, Täuschung durch Dritte, 266; *Schmidlin*, Berner Kommentar, Art. 28 OR N 43, 126; *Schwenzer*, Basler Kommentar, Art. 28 OR N 17; *Steinbeisser*, 69. Nicht als Dritte im Sinne von Art. 28 Abs. 2

OR gälten demgegenüber die Abschlussgehilfen des *täuschenden* Verhandlungspartners (namentlich dessen Stellvertreter i.S.v. Art. 32 OR): Siehe dazu BGE 108 II 421 Erw. 5; *Gauch/Schluemp/Schmid/Rey*, Nr. 866; *Gilomen*, 113; *Schwenzer*, Basler Kommentar, Art. 28 OR N 16.

<sup>48</sup> Art. 28 OR. Vgl. dazu vorne [III.B.3.].

<sup>49</sup> Art. 24 Abs. 2 OR; vgl. dazu statt vieler *Gauch/Schluemp/Schmid/Rey*, Nr. 773.

<sup>50</sup> Kannte der Vertragspartner neben den Motiven auch die Fehlvorstellung des Irrenden, so liegt eine absichtliche Täuschung vor: *Gauch/Schluemp/Schmid/Rey*, Nr. 773.

<sup>51</sup> Art. 23 i.V.m. Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR.

<sup>52</sup> Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR.

<sup>53</sup> BGE 53 II 153 Erw. 2; BGE 56 II 426 f. Erw. 2; BGE 109 II 324 Erw. 4, m.w.H.; BGE 113 II 27 Erw. 1; BGE 118 II 62 Erw. 3b. Vgl. zum Ganzen statt vieler *Gauch/Schluemp/Schmid/Rey*, Nr. 778 ff.; *Schmidlin*, Berner Kommentar, Art. 23/24 OR N 46, 63 ff.; *Andreas E. Zehnder*, Begriffsmerkmale der Wesentlichkeit im Schweizer Irrtumsrecht, Diss. Zürich 1993, 58 ff.

haltens im Rahmen langfristiger Verträge an.<sup>54</sup> Die Tatsache, dass die Beklagte in den Vertragsverhandlungen wenig Interesse an der Preisgestaltung gezeigt hat und der Vertrag bis zur Aufdeckung der Bestechung reibungslos abgewickelt worden ist,<sup>55</sup> spricht jedenfalls nicht notwendigerweise gegen das Vorliegen eines wesentlichen Irrtums.<sup>56</sup> Fragwürdig ist es immerhin, wenn das Obergericht aus dem Abbruch der vertraglichen Beziehungen *ex post* auf die Existenz des erforderlichen Kausalzusammenhangs, bzw. auf die subjektive Wesentlichkeit des Irrtums, schliesst.<sup>57</sup> Folgte man dieser Argumentation, so wäre ein Kausalzusammenhang, bzw. ein subjektiv wesentlicher Irrtum, stets zu bejahen.

Anzumerken bleibt, dass die Frage der Wesentlichkeit des Irrtums *in casu* nicht entscheiderelevant ist, da im Rahmen der (bereits festgestellten<sup>58</sup>) absichtlichen Täuschung bereits eine unwesentliche Fehlvorstellung zur einseitigen Unverbindlichkeit des Vertrags führt.<sup>59</sup>

#### D. Folgen der einseitigen Unverbindlichkeit

Die Geltendmachung der einseitigen Unverbindlichkeit eines mit Willensmängeln behafteten Vertrags führt – wie das Obergericht zutreffend bemerkt – zu dessen Dahinfallen *ex tunc*.<sup>60</sup> Dies gilt mangels

gegenteiliger Anhaltspunkte im Gesetz sowohl für Einmal- wie für Dauerschuldverhältnisse.

##### 1. Faktisches Vertragsverhältnis

Ein Teil der Lehre vertritt – ungeachtet des Fehlens einer gesetzlichen Grundlage – die Ansicht, bei irrumsbehafteten Dauerschuldverhältnissen bzw. langfristigen Verträgen liege bis zur Geltendmachung der einseitigen Unverbindlichkeit ein so genanntes «faktisches Vertragsverhältnis» vor.<sup>61</sup> Die vertraglichen Wirkungen entfielen damit – wie bei einer Kündigung – *ex nunc*. Begründet wird dies – grösstenteils in Anlehnung an die bundesgerichtliche Rechtsprechung betreffend den Rücktritt vom Vertrag<sup>62</sup> – damit, eine Unwirksamkeit *ex tunc* sei bei

wirksamkeit *ex tunc* sieht im Übrigen auch das deutsche Recht vor (§ 142 Abs. 1 BGB); vgl. dazu *Dieter Medicus*, Allgemeiner Teil des BGB, 6. Aufl., Heidelberg 1994, N 726.

<sup>61</sup> Zum Meinungsstand in der Lehre vgl. *Eugen Bucher* in: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 2. Aufl., Basel 1996, Art. 1 OR N 76; *Gauch/Schluemp/Schmid/Rey*, Nr. 942 ff., 1184 ff., 1544 ff.; *Kramer*, Berner Kommentar, Art. 19–20 OR, N 313; *Jörg Schmid*, Die Geschäftsführung ohne Auftrag, Habil. Freiburg 1992, Rdnr. 1842 ff.; *Schmidlin*, Berner Kommentar, Art. 31 OR N 102 ff.; *Schwenzer*, Basler Kommentar, Vorbemerkungen zu Art. 23–31 OR N 7, die für eine analoge Anwendung von Art. 320 Abs. 3 OR auf andere Dauerschuldverhältnisse eintritt; *dieselbe*, Obligationenrecht, N 39.25. Zum Ganzen ausführlich auch *Peter Gauch*, System der Beendigung von Dauerverträgen, Diss. Freiburg 1968. Der Begriff des «faktischen Vertragsverhältnisses» wurde 1941 von *Günter Haupt* in Leipzig geprägt: Vgl. dazu im Einzelnen *Bucher*, Obligationenrecht, 270 ff., sowie *Kramer*, Berner Kommentar, Art. 19–20 OR N 31, der darauf hinweist, dass «*sich die von Haupt aufgeworfenen Probleme allesamt ohne Rekurs auf eine eigenständige Kategorie der faktischen Vertragsverhältnisse adäquat lösen lassen (...)*». Vgl. ferner *Engel*, 193, sowie *Daniel Würsch/Roberto Dallafior*, Können Fakten Verträge begründen? – Zum sog. faktischen Vertragsverhältnis, SJZ 85 (1989), 276 f., die das «faktische Vertragsverhältnis» in einen Zusammenhang mit der damals herrschenden nationalsozialistischen Ideologie stellen. Die neuere deutsche Lehre steht dem «faktischen Vertragsverhältnis» wieder distanzierter gegenüber: *Schmid*, Rdnr. 1849; *Würsch/Dallafior*, 274 f. Ausführlich zu Entstehung, Entwicklung und Niedergang der Lehre vom «faktischen Vertragsverhältnis» *Peter Lambrecht*, Die Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis, Diss. Bielefeld 1992. Vgl. zum Ganzen aus der Rechtsprechung BGE 110 II 244 (Annahme eines «faktischen Vertragsverhältnisses» bei nichtigem Auto-Leasing-Vertrag). Kritisch dazu offenbar *Kramer*, Berner Kommentar, Art. 19–20 OR N 313.

<sup>62</sup> Vgl. dazu den *leading case* BGE 114 II 152.

<sup>54</sup> Erw. III.4b.

<sup>55</sup> Erw. III.4c, III.4f.

<sup>56</sup> Vgl. dazu *Héritier*, 147 f., und *Steinbeisser*, 62, die bei Bestechungshandlungen allgemein einen wesentlichen Irrtum i.S.v. Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR annehmen.

<sup>57</sup> Erw. III.4d.

<sup>58</sup> Vorne [III.B.].

<sup>59</sup> Hat eine Täuschung zu einem wesentlichen Irrtum geführt, so kann der Getäuschte die einseitige Unverbindlichkeit des Vertrags sowohl gestützt auf die Regeln über die Täuschung als auch gestützt auf jene über den Irrtum geltend machen. Die Unverbindlichkeit des Vertrags nach Art. 28 OR geniesst nur insofern Priorität, als diese Bestimmung gegebenenfalls einen weiter reichenden Schutz gewährt: BGE 40 II 538 Erw. 4; *Koller*, Nr. 1214; *Schwenzer*, Basler Kommentar, Art. 28 OR N 22.

<sup>60</sup> Erw. III.4e; BGE 114 II 142 f. Erw. 3b. Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut der Art. 23, 28 sowie 29 OR, wo davon die Rede ist, der Vertrag sei «unverbindlich» bzw. «nicht verbindlich». Inkonsequent ist es im Übrigen, wenn das Obergericht dessen ungeachtet von einer «Anfechtung» des Vertrags spricht. Zum Meinungsstand in der Lehre vgl. *Gauch/Schluemp/Schmid/Rey*, Nr. 890 ff., 896 ff.; *Koller*, Nr. 1294 ff., 1317 ff.; *Schmidlin*, Berner Kommentar, Art. 31 OR N 81 ff.; *Schwenzer*, Obligationenrecht, N 39.07; *Bruno von Büren*, Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil, Zürich 1964, 223 f. Eine Un-

Dauerschuldverhältnissen unverhältnismässig; allgemein seien vertragliche Rechte aus faktischen Verhältnissen abzuleiten, wenn ein angemessener Schutz der Parteien sonst nicht zu gewährleisten sei.

Ungeachtet der einseitigen Unverbindlichkeit des Vertrags konstruiert das Obergericht *in casu* ein solches «faktisches Vertragsverhältnis» für die Dauer bis zu deren Geltendmachung. Begründet wird dies allein damit, die im Gesetz vorgesehenen Rechtsfolgen seien im konkreten Einzelfall «nicht angemessen».<sup>63</sup> Die blosser Erkenntnis der Unangemessenheit kann das Gericht freilich nicht von der Befolgung des Gesetzes entbinden.<sup>64</sup> Das Gesetz hat für ein Abweichen von seinen Regeln eine weitaus höhere Hürde definiert: das Rechtsmissbrauchsverbot, das erst bei klar stossendem Ergebnis zur Anwendung gelangt.<sup>65</sup> *In casu* ist die Berufung der Stadt auf die Unverbindlichkeit des Vertrags indes keineswegs rechtsmissbräuchlich. Im Gegenteil: Lässt man den Vertrag trotz grundlegender Willensmängel faktisch weiter bestehen, gelangt die Klägerin – der die Bestechung und damit die Täuschung zuzurechnen ist – in den Genuss eines Vertrauensschutzes, den sie nicht verdient.<sup>66</sup> Der Ansatz des Obergerichts führt mit anderen Worten nicht nur zu einem unbilligen Ergebnis, sondern er stellt darüber hinaus die gesetzliche Regelung betreffend die Willensmängel für den gesamten Bereich der Dauerschuldverhältnisse in Frage. Die Verlegenheitslösung eines «faktischen Vertragsverhältnisses» für die Dauer bis zur Geltendmachung der Unverbindlichkeit eines mit Willensmängeln behafteten Vertrags ist deshalb – gerade im Fall der absichtlichen Täuschung<sup>67</sup> – abzulehnen.<sup>68</sup>

Wenn zugunsten des «faktischen Vertragsverhältnisses» argumentiert wird, beim Dahinfallen von Dauerschuldverhältnissen sei eine Rückabwicklung nicht möglich bzw. unverhältnismässig, so ist dies schon deswegen nicht stichhaltig, weil das Gesetz die Rückabwicklung als solche gar nicht verlangt. Sie ergibt sich nur *in der Regel* beim Dahinfallen von Verträgen über Sachleistungen aus den gegebenen dinglichen und obligatorischen Ansprüchen. Eine häufige Rechtsfolge wird hier mit anderen Worten zur gesetzlichen Prämisse uminterpretiert. Die Tatsache, dass bei Verträgen über Dienstleistungen eine Rückabwicklung naturgemäss ausgeschlossen ist, bietet folglich keinen Anlass, jene den gesetzlichen Regeln zu entziehen. Diese Regeln führen bei konsequenter Anwendung denn auch durchwegs zu einem billigen Ergebnis. Die Überlegung zeigt ferner, dass der grundlegende Unterschied nicht – wie oft geltend gemacht wird – zwischen Einmal- und Dauerschuldverhältnissen besteht, sondern zwischen den erwähnten Sach- und Dienstleistungsverträgen.

Das Gericht verkennt schliesslich in seiner Argumentation, dass das Obligationenrecht ein systematisch zwar unzweckmässig eingeordnetes, dogmatisch aber klar fassbares Rechtsinstitut kennt, das *in casu* Raum für eine angemessene Lösung bietet: die Geschäftsführung ohne Auftrag<sup>69</sup> – die durchaus als gesetzlich vorgesehenes «faktisches Vertragsverhältnis» verstanden werden kann.<sup>70</sup>

## 2. Geschäftsführung ohne Auftrag

Die Regeln über die Geschäftsführung ohne Auftrag befassen sich bekanntlich mit dem Fall, dass jemand, ohne dazu beauftragt zu sein, Geschäfte einer anderen Person besorgt; dazu zählt grundsätzlich auch die ohne Rechtsgrund geleistete Arbeit.<sup>71</sup>

<sup>63</sup> Erw. III.4e, III.4f, unter Hinweis auf eine nicht näher konkretisierte «neuere Lehre».

<sup>64</sup> Gl.M. Carole Barbara Syz, Faktisches Vertragsverhältnis, Diss. Zürich 1991, 35.

<sup>65</sup> Art. 2 Abs. 2 ZGB. Vgl. dazu auch Art. 25 OR im Rahmen der Bestimmungen über den Irrtum. Zum Ganzen aus methodologischer Sicht Ernst A. Kramer, Juristische Methodenlehre, Bern 1998, 164, 168 ff. Nicht ohne Grund hat der Gesetzgeber im Arbeitsrecht eigens ein «faktisches Vertragsverhältnis» statuiert: Art. 320 Abs. 3 OR. Vgl. dazu Manfred Rehbinder in: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 2. Aufl., Basel 1996, Art. 320 OR N 16.

<sup>66</sup> Vgl. dazu Ernst A. Kramer, Der Irrtum beim Vertragsschluss, Zürich 1998, N 31.

<sup>67</sup> Gl.M. mit Bezug auf diesen Fall Schmidlin, Berner Kommentar, Art. 31 OR N 104.

<sup>68</sup> Kritisch zum «faktischen Vertragsverhältnis» Lambrecht, 12 ff., m.w.H.; Susanne Polydor-Werner, Rückabwicklung

und Aufrechterhaltung fehlerhafter Dauerschuldverträge, Diss. Genf 1988, 186 ff.; von Büren, 211; differenzierend Würsch/Dallaftor, 276. Vgl. zudem die Nachweise bei Bucher, Basler Kommentar, Art. 1 OR N 70 ff.

<sup>69</sup> Art. 419 ff. OR.

<sup>70</sup> Vgl. dazu Bucher, Obligationenrecht, 271; Gauch/Schluop/Schmid/Rey, Nr. 1187; Schmid, Rdnr. 36; Syz, 36; Würsch/Dallaftor, 275. Es handelt sich bei der Geschäftsführung ohne Auftrag um ein vertragsähnliches, so genannt *gesetzliches Schuldverhältnis*, auch als Quasikontrakt bezeichnet: Heinrich Honsell, Schweizerisches Obligationenrecht – Besonderer Teil, 6. Aufl., Bern 2001, 326.

<sup>71</sup> Vgl. dazu Polydor-Werner, 73 f., die darauf hinweist, dass die Lehre den Begriff der Geschäftsführung ohne Auftrag



Die von der Lehre ausgeprägten Tatbestandselemente sind *in casu* allesamt erfüllt: Die Klägerin hat mit der Entsorgung des städtischen Klärschlammes wissentlich und willentlich ein objektiv fremdes Geschäft besorgt, wobei die Entsorgung objektiv im Interesse der Stadt Zürich lag und auch deren Willen entsprach. Die vertragliche Grundlage ist mit der (berechtigten) Berufung der Beklagten auf Willensmängel *ex tunc* entfallen.<sup>72</sup>

Als Rechtsfolge sieht das Gesetz vor, dass die Geschäftsherrin (d.h. die Stadt Zürich) der Geschäftsführerin (d.h. der Klägerin) alle notwendigen oder nützlichen Verwendungen samt Zinsen zu ersetzen hat.<sup>73</sup> Für den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass die Klägerin grundsätzlich eine Entschädigung in der Höhe ihrer Selbstkosten beanspruchen kann, dass ihr jedoch die Geltendmachung einer Gewinnmarge sowie des Entgelts für die vereinbarte Mindestlieferungsmenge verwehrt bleibt. Eine solche Lösung trägt dem zu missbilligenden Verhalten der Klägerin hinreichend Rechnung und verhindert zugleich, dass die Beklagte in den Genuss ungerechtfertigter Vorteile kommt.

### 3. Ungerechtfertigte Bereicherung

Der Tatbestand der ungerechtfertigten Bereicherung ist nach Art. 62 Abs. 1 OR dann erfüllt, wenn jemand «*in ungerechtfertigter Weise aus dem Vermögen eines andern bereichert worden ist*». Der Bereicherte hat die Bereicherung zurückzuerstatten. Das Gesetz unterscheidet dabei drei Fälle einer rechts-

grundlosen Leistung.<sup>74</sup> Im vorliegenden Fall wurde die Leistung aus einem einseitig unverbindlichen Vertrag erbracht, dessen Unverbindlichkeit fristgerecht geltend gemacht wurde und der entsprechend mit Wirkung *ex tunc* dahingefallen ist. Dies stellt bei richtiger Betrachtung eine Zuwendung «ohne gültigen Grund» dar.<sup>75</sup>

Mit der Bejahung eines quasi-vertraglichen Anspruchs aus echter Geschäftsführung ohne Auftrag entfällt allerdings nach der herrschenden Lehre und Rechtsprechung ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung.<sup>76</sup> Dieser Auffassung ist zuzustimmen: Das Rechtsinstitut der ungerechtfertigten Bereicherung hat die Funktion eines Notbehelfs für Fälle, in denen die – im Gesetz vorgängig geregelten – vertraglichen und deliktischen Anspruchsgrundlagen nicht greifen.<sup>77</sup> Im vorliegenden Fall ist die Klägerin

<sup>74</sup> Art. 62 Abs. 2 OR. Vgl. dazu statt vieler *Gauch/Schluemp/Schmid/Rey*, Nr. 1480 ff.

<sup>75</sup> BGE 114 II 142 f. Erw. 3b. Gl.M. derjenige Teil der Lehre, welcher der *Ungültigkeitstheorie* folgt: Vgl. *Gauch/Schluemp/Schmid/Rey*, Nr. 1483; *Max Keller/Peter C. Schaufelberger*, *Ungerechtfertigte Bereicherung*, 3. Aufl., Basel 1990, 54; vgl. auch BGE 114 II 141 ff. Erw. 3. Befürwortete man mit dem anderen Teil der Lehre die (vom Bundesgericht klar verworfene) *Anfechtungstheorie*, so stellte die Leistung aus einem einseitig unverbindlichen Vertrag eine Zuwendung «aus nachträglich weggefallenem Grund» dar: *Gauch/Schluemp/Schmid/Rey*, Nr. 1483, m.w.H.; a.M. in diesem Punkt *Koller*, Nr. 1320.

<sup>76</sup> Vgl. dazu BGE 55 II 265; *Engel*, 583; *Gauch/Schluemp/Schmid/Rey*, Nr. 1509; *Hofstetter*, 240; *Keller/Schaukelberger*, 4, 14, 16; *Schmid*, Rdnr. 1311; *Hermann Schulin* in: *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I*, Art. 1–529 OR, 2. Aufl., Basel 1996, Art. 62 OR N 40; *Schwenzer*, *Obligationenrecht*, N 59.14. Differenzierend *Markus Nietlispach*, *Zur Gewinnherausgabe im schweizerischen Privatrecht*, Diss. Zürich 1994, 403. A.M. *Honsell*, *Obligationenrecht*, 332, und offenbar *Rolf H. Weber* in: *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I*, Art. 1–529 OR, 2. Aufl., Basel 1996, Vorbemerkungen zu Art. 419–424 OR N 18.

<sup>77</sup> Zum subsidiären Charakter des Bereicherungsanspruchs gegenüber vertraglichen Ansprüchen vgl. BGE 102 II 338 Erw. 5c; BGE 107 II 220 f. Erw. 3; BGE 126 III 121 f. Erw. 3b, 3c. Aus der Lehre vgl. im Einzelnen *Engel*, 583; *Gauch/Schluemp/Schmid/Rey*, Nr. 1507; *Theo Guhl/Alfred Koller/Anton K. Schnyder/Jean Nicolas Druey*, *Das Schweizerische Obligationenrecht*, 9. Aufl., Zürich 2000, § 28 N 11; *Hofstetter*, 240; *Heinrich Honsell*, *Drei Fragen des Bereicherungsrechts*, in: *Nedim Peter Vogt/Dieter Zobl* (Hrsg.), *Der Allgemeine Teil und das Ganze*, *Liber Amicorum für Hermann Schulin*, Basel 2002, 32 f.; *Keller/Schaukelberger*, 4, 8, 15 f.; *Nietlispach*, 155, 378 ff., insbesondere 388; *Schulin*, *Basler Kommentar*, Art. 62 OR N 38; *Schwenzer*, *Obligationenrecht*, N 59.11.

weit fasst und darunter Arbeitsleistungen jeglicher Art subsumiert. Ausführlich zu den Voraussetzungen der (echten) Geschäftsführung ohne Auftrag *Josef Hofstetter*, *Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag*, in: *Wolfgang Wiegand* (Hrsg.), *Schweizerisches Privatrecht*, Bd. VII/6, Basel 2000, 256 ff.; *Urs Lischer*, *Die Geschäftsführung ohne Auftrag im schweizerischen Recht*, Diss. Basel 1990, 17 ff.; *Schmid*, Rdnr. 169 ff.

<sup>72</sup> Dazu vorne [III.D.]. Vgl. dazu *Polydor-Werner*, 74: Der Geschäftsführer muss nicht glauben, durch keinerlei vertragliche Verpflichtungen gebunden zu sein; die Anwendung der Art. 419 ff. OR fällt entsprechend bei allen aufgrund eines unwirksamen Vertrags erbrachten Arbeitsleistungen in Betracht. Zur Anwendung der Regeln über die Geschäftsführung ohne Auftrag bei einseitig unverbindlichen Verträgen vgl. ferner *Lischer*, 135; *Schmid*, Rdnr. 1172 ff., m.w.H.

<sup>73</sup> Art. 422 Abs. 1 OR. Vgl. dazu *Honsell*, *Obligationenrecht*, 328; *Polydor-Werner*, 75, 103 ff.

als Gläubigerin einer Forderung aus Geschäftsführung ohne Auftrag hinreichend geschützt; die Beklagte wiederum ist nicht ungerechtfertigt bereichert, da sie die Forderung zu erfüllen und die Entsorgungsleistungen damit äquivalent zu entgelten hat.

Selbst wenn in grundsätzlicher Hinsicht nicht von einer absoluten Subsidiarität, sondern von Anspruchskonkurrenz auszugehen wäre, könnte sich die Klägerin indes nicht auf einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung berufen: In Anbetracht ihres Wissens um die Grundlagen der Unwirksamkeit des Vertrags ist in ihren Leistungen nämlich die freiwillige und irrtumsfreie Bezahlung einer Nichtschuld zu erblicken, was eine Rückforderung ausschliesst.<sup>78</sup>

#### IV. Fazit

Im Gegensatz zum Standpunkt des Obergerichts leitet sich die einseitige Unverbindlichkeit des Vertrags nach der hier vertretenen Auffassung nicht allein aus einem Grundlagenirrtum, sondern auch – und vor allem – aus einer absichtlichen Täuschung ab: Die bestechende Partei schafft in illoyaler Weise einen potenziell abschlussrelevanten Sachverhalt und sorgt zugleich gezielt dafür, dass dieser Sachverhalt der Gegenpartei verborgen bleibt. Sie täuscht durch Schweigen.

Abzulehnen ist es jedenfalls, den unwirksamen Vertrag unter dem Deckmantel eines «faktischen Vertragsverhältnisses» sogleich neu aufleben zu lassen. Die Klägerin kann sich ohne weiteres auf eine Geschäftsführung ohne Auftrag berufen und auf diesem Weg ihre Selbstkosten decken.

Im Verhältnis zu deliktischen Ansprüchen nimmt die h.L. demgegenüber Anspruchskonkurrenz an: Vgl. dazu *Engel*, 583; *Gauch/Schluop/Schmid/Rey*, Nr. 1510; neuerdings auch *Guhl/Koller/Schwyder/Druey*, § 28 N 11; *Keller/Schaufelberger*, 4, 11 ff., 16; *Nietlispach*, 405; *Schulin*, Basler Kommentar, Art. 62 OR N 39; *Schwenzer*, Obligationenrecht, N 59.13. Für Subsidiarität des Bereicherungsanspruchs demgegenüber das Bundesgericht in BGE 102 II 338 Erw. 5c und BGE 114 II 156 Erw. 2c/aa.

<sup>78</sup> Art. 63 Abs. 1 OR. Vgl. dazu die Nachweise bei *Gauch/Schluop/Schmid/Rey*, Nr. 1483, 1529 ff.