



Prüfung im Modul "Kolloquium zum Allgemeinen Teil des Obligationenrechts" vom 13. Juni 2019 – Lösungsskizze

Notenmassstab:

Max. 30 Punkte (3 Punkte pro 10%)

maximale Punktzahl für genaue und vollständige Ausführungen

Zusatzpunkte für zutreffende, allgemeine Ausführungen, die nicht in der Lösungsskizze stehen

1. Frage (10%) Betrachten Sie den Entscheid BGE 105 II 23 ff.

Was ist gemäss diesem Urteil das Verhältnis zwischen dem Zustandekommen eines Vertrages aufgrund eines normativen Konsenses und der Berufung einer Partei auf einen Erklärungsirrtum?

- Die Frage eines Irrtums stellt sich erst, wenn feststeht, dass ein Konsens besteht. Der Konsens kann auch ein normativer sein. Das ergibt sich implizit aus E. 1 und ihrem Verhältnis zu E. 2, sodann deutlich aus E. 2b, 3. Absatz. **(1.5P)**

- Keine klare Antwort ist dem Urteil zur Frage zu entnehmen, ob derjenige, dessen Willenserklärung nach dem Vertrauensprinzip und in Abweichung von seinem tatsächlichen Willen ausgelegt wurde, sich in allen Fällen, in denen ein normativer Konsens besteht, durch Erklärungsirrtum vom Vertrag lossagen kann. Das Bundesgericht führt in diesem Zusammenhang und implizit nur aus, dass der Erklärungsirrtum ein erheblicher sein muss, wie sich dies aus Art. 24 Abs. 1 Ziff. 3 OR ergibt (E. 2c). **(1.5P)**

2. Frage (10%) Was ist gemäss BGE 114 II 131 ff. die Bedeutung der Unterscheidung zwischen der Anfechtungs- und der Ungültigkeitstheorie im Zusammenhang mit der einseitigen Unverbindlichkeit von Verträgen?

- Nach der Ungültigkeitstheorie ist ein Vertrag beim Vorliegen eines wesentlichen Irrtums von Beginn weg ungültig; er erlangt also zu keinem Zeitpunkt Gültigkeit. Nach der Anfecht-



tungstheorie ist der Vertrag zunächst gültig und wird erst mit der Anfechtung durch den Irrenden ungültig. **(1P)**

- Gemäss der Ungültigkeitstheorie gründet der Bereicherungsanspruch auf der Bezahlung einer Nichtschuld und entsteht mit der Leistung; gemäss der Anfechtungstheorie gründet der Bereicherungsanspruch hingegen auf einem nachträglich weggefallenen Rechtsgrund und entsteht erst mit der Anfechtung. **(1P)**

- Genau besehen haben die beiden Theorien kaum Relevanz für die Praxis. In beiden Fällen werden die Verträge nämlich *ex tunc* aufgelöst, und die Verjährung beginnt folglich mit der Leistung zu laufen. **(1P)**

3. Frage (20%) Welcher Zusammenhang besteht zwischen den rechtlichen Grundsätzen, die das Bundesgericht in BGE 120 II 197 ff. dargelegt und angewendet hat, und der Vertrauenshaftung, die das Bundesgericht ausgehend von BGE 120 II 331 ff. entwickelt hat?

- Die Grundsätze einer "normativ zurechenbaren, auf Rechtsschein beruhenden Vollmacht" (Regeste gemäss BGE 120 II 197 ff.), also einer externen Anscheins- oder Duldungsvollmacht, bezeichnet das Bundesgericht ebenfalls (bereits) als "Vertrauenshaftung" (Regeste und E. 2b, Ingress). Insofern besteht schon rein begrifflich ein Zusammenhang. **(1)**

- In BGE 120 II 197 ff. geht es indessen nicht – anders als bei der nach BGE 120 II 331 ff. entwickelten eigentlichen Vertrauenshaftung – um eine Haftung für Schadenersatz (negativer Vertrauensschutz), sondern darum, dass das durch den Rechtsschein begründete Rechtsverhältnis – in concreto das Vertretungsverhältnis – als gegeben angesehen wird (positiver Vertrauensschutz), die Vertretungswirkungen also tatsächlich eintreten. Dieser Gegensatz von positivem und negativem Vertrauensschutz wird in BGE 120 II 197 ff. in E. 2b, bb angesprochen ("In einem Teil der Lehre ..."), ebenso in BGE 120 II 331 E. 5a ("Hingegen führt ..."). **(2P)**

- Die Voraussetzungen eines positiven Vertrauensschutzes (gemäss den Grundsätzen von BGE 120 II 197 ff.) und jene einer (negativen) Vertrauenshaftung (gemäss BGE 120 II 331 ff. und den späteren Urteilen zur Vertrauenshaftung) sind im Prinzip die gleichen. So muss insbesondere der Rechtsschein, auf den ein Dritter vertraut, gegenüber dem zu Verpflichtenden zurechenbar sein; siehe BGE 120 II 197 E. 2b, bb, angesprochen auch in BGE 120 II 331 E. 5c, bb ("Die Beklagte macht nicht geltend ..."). Weiter ist die Vertrauensgrundlage nach dem Vertrauensprinzip auszulegen und muss der Dritte berechtigterweise vertraut haben (was beides ebenfalls in beiden Urteilen angesprochen wird). **(3P)**



- 4. Frage (20%)**
- a. Was besagt der Grundsatz der geltungserhaltenden Reduktion?
 - b. Was ist, zusammenfassend, den in dieser Lehrveranstaltung besprochenen Urteilen zu diesem Grundsatz zu entnehmen?

a. Verstösst eine vertragliche Verpflichtung gegen eine Norm (was, je nachdem, zur Nichtigkeit oder einseitigen Unverbindlichkeit des betreffenden Vertrages führen kann), so ist, wenn nicht der Vertrag als ganzer nichtig bzw. einseitig unverbindlich ist, die betreffende vertragliche Verpflichtung durch den Richter auf dasjenige Mass herabzusetzen (bzw., allgemeiner formuliert, die Verpflichtung entsprechend anzupassen), das im Lichte der missachteten Norm gerade noch zulässig ist. **(2P)**

b. (insgesamt 4P)

- BGE 123 III 292 ff. (FC Lohn), im Zusammenhang mit der Übervorteilung: Obwohl das Gesetz diese Rechtsfolge nicht ausdrücklich vorsieht, vertreten das Bundesgericht und die Lehre die Auffassung, dass auch im Falle von Übervorteilung nach Art. 21 OR eine richterliche Reduktion oder Anhebung überhöhter oder zu niedriger Leistungen stattfinden könne. Diese Rechtsfolge lässt sich mit einer analogen Anwendung des Art. 20 Abs. 2 OR oder über eine teleologische Reduktion des Art. 21 OR begründen. Es ist sowohl systematisch als auch im Lichte einer zeitgemässen Rechtsanwendung überzeugend, die geltungserhaltende Reduktion auch bei der Übervorteilung anzuwenden.

- BGer 4A_404/2008 (Lexus), im Fall eines Verstosses einer Vertragsbestimmung gegen zwingendes Recht: Setzt sich die sozial stärkere Vertragspartei absichtlich in Widerspruch zu den gesetzgeberischen Wertungen einer zwingenden Norm zum Schutz der schwächeren Partei, ist vom Grundsatz der geltungserhaltenden Reduktion abzuweichen. Die widerrechtliche Vertragsklausel ist gesamthaft ungültig. Ansonsten werden für die sozial stärkere Partei Anreize zur Übervorteilung geschaffen.

- BGE 134 III 438 ff. (Gauerlohn), im Zusammenhang mit einem allfälligen Verstoß einer vertraglichen Abrede gegen das Kartellgesetz: Die Nichtigkeit unzulässiger Wettbewerbsabreden hat vornehmlich die Nicht-Durchsetzbarkeit wettbewerbswidriger Abreden als solche zum Ziel und soll einen Ausstieg aus einem unzulässigen Kartellvertrag jederzeit ermöglichen. Der Schutzzweck kartellrechtlicher Normen lässt der geltungserhaltenden Reduktion regelmässig keinen Raum.

- 5. Frage (20%)**
- Was ist das Verhältnis zwischen dem Anspruch auf Schadenersatz aufgrund eines entgangenen Gewinns und dem Anspruch aufgrund



einer unechten Geschäftsführung ohne Auftrag gemäss den in dieser Lehrveranstaltung besprochenen Urteilen?

(1 Punkt für allgemeine Ausführungen zu Anspruch auf Schadenersatzanspruch wegen entgangenem Gewinn und zum Gewinnherausgabeanspruch)

- BGE 126 III 69 ff. (Untermiete): Unzulässige Untermiete ist ein Eingriff in die Rechte des Vermieters, woraus sich ein Anspruch aus unechter Geschäftsführung ohne Auftrag ergibt (E. 2b). Das Bundesgericht verwirft die früher vertretene Auffassung, dass Art. 423 OR in einem solchen Fall nicht anwendbar sei und die Entschädigung des Vermieters "eher ein Spezialfall einer Schadenersatzklage" sei. Zur Frage, wie sich ein Schadenersatzanspruch und der in diesem Urteil im Grundsatz bejahte Anspruch aus unechter Geschäftsführung ohne Auftrag zueinander verhalten, ist diesem Urteil nichts zu entnehmen. **(2.5P)**

- BGE 133 III 153 ff. (Patty Schnyder): Ob ein Gewinnherausgabeanspruch aus einer unechten Geschäftsführung einerseits und Schadenersatzansprüche andererseits sich gegenseitig ausschliessen, hängt davon ab, welche Konstellation von Ansprüchen konkret vorliegt. Steht ein Gewinnherausgabeanspruch aus einer eigentlichen Geschäftsanmassung einem Schadenersatzanspruch aus entgangenem Gewinn gegenüber, sind diese Ansprüche nur alternativ durchsetzbar. In anderen Konstellationen können die Ansprüche aber auch kumulativ durchsetzbar sein, soweit sie nicht zweimal den wirtschaftlich gleichen Gegenstand betreffen. **(2.5P)**

6. Frage (20%) Betrachten Sie den Entscheid BGE 112 II 347 ff.

- a. Was ist die Bedeutung der Unterscheidung zwischen einer Substitution und dem Beizug einer Hilfsperson?
- b. Wie ist gemäss dem genannten Urteil die Abgrenzung zwischen Substitution und Beizug einer Hilfsperson vorzunehmen?

a. Zieht der Beauftragte ohne Erlaubnis einen Substituten bei, muss er für dessen Verhalten voll einstehen. Bei der Haftung aus erlaubter Substitution steht dem Beauftragten immerhin der Entlastungsbeweis offen, er habe bei Auswahl und Instruktion des Substituten die nötige Sorgfalt walten lassen. Für das Handeln einer Hilfsperson haftet der Geschäftsherr hingegen unabhängig von seiner Sorgfalt und der erteilten Erlaubnis in vollem Umfang. **(3P)**

b. Ob der Beauftragte für den Beizug einer Hilfsperson oder gemäss der erlaubten Substitution haftet, hängt von seiner Interessenlage ab. Substituiert der Beauftragte im eigenen Interesse, haftet er gemäss Art. 101 Abs. 1 OR; nur wenn er im Interesse des Auftraggebers einen Spezialisten beizieht, beschränkt sich die Haftung im Sinne von Art. 399 Abs. 2 OR. **(3P)**