

## Die Rückabwicklung mangelhafter Verträge

Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts 4A\_562/2010 vom 3. Mai 2011 i.S. X. Corp. (Beschwerdeführerin) gegen A. (Beschwerdegegnerin)

Mit Bemerkungen von lic. iur. Isabelle Monferrini und Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone, Universität Zürich\*

### Inhaltsübersicht

- I. Sachverhalt und Prozessgeschichte**
- II. Erwägungen des Bundesgerichts**
  - 1. Rechtsnatur von Rückerstattungsansprüchen**
    - 1.1 Kontroverse über das widerrufenes Haustürgeschäft
    - 1.2 Praxis des Bundesgerichts
      - 1.2.1 Im Zusammenhang mit gescheiterten Verträgen
      - 1.2.2 Zu widerrufenen Haustürgeschäften
  - 2. Urteil**
- III. Bemerkungen**
  - 1. Einleitung**
  - 2. Verjährung von Rückerstattungsansprüchen**
    - 2.1 Zweck der Verjährung
    - 2.2 Kontroverse über die anwendbare Verjährungsfrist
  - 3. Entstehungsgründe für Rückerstattungsansprüche**
  - 4. Rückabwicklung mangelhafter Verträge**
    - 4.1 Rücktritt (Art. 109 OR)
    - 4.2 Willensmängel (Art. 23 ff. OR)
    - 4.3 Widerrufene Haustürgeschäfte (Art. 40a ff. OR)
      - 4.3.1 Rechtslage während der Widerrufsfrist
      - 4.3.2 Normzweck des Widerrufsrechts
      - 4.3.3 Verjährung der Rückerstattungsansprüche
  - 5. Schlussbetrachtung**

### I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

Im Rahmen einer Informationsveranstaltung schlossen A. (Beschwerdegegnerin) und die X. Corp. (Beschwerdeführerin) am 30. August 2007 einen Vertrag über Weiterbildungsunterlagen und sechs Seminartage zum Preis von CHF 6800.–. Gleichzeitig leistete A. eine Anzahlung von CHF 4000.–. Am 31. August 2007 teilte A. der X. Corp. den Widerruf des Vertrags mit und verlangte die Rückerstattung der geleisteten Anzahlung.

Da die Rückerstattung ausblieb, erhob A. am 13. November 2009 beim Amtsgericht Sursee gegen die X. Corp. Klage auf Rückzahlung von CHF 4000.–. Mit Urteil vom 22. April 2010 hiess das Gericht die Klage gut und verwarf die von der X. Corp. erhobene Einrede der Verjährung mit der Begründung, die Rückerstattung der geleisteten Anzahlung sei vertraglicher Natur, womit von einer zehnjährigen

Verjährungsfrist nach Art. 127 OR auszugehen sei.<sup>1</sup> Die dagegen von der X. Corp. erhobene Nichtigkeitsbeschwerde wurde vom Obergericht des Kantons Luzern mit Entscheid vom 18. August 2010 abgewiesen.<sup>2</sup> In der Folge gelangte die X. Corp. an das Bundesgericht, welches die Beschwerde mit Urteil vom 3. Mai 2011 guthiess und die Klage abwies.<sup>3</sup>

### II. Erwägungen des Bundesgerichts

Das Bundesgericht hatte vorliegend einzig die Frage zu entscheiden, ob auf einen gestützt auf Art. 40a ff. OR widerrufenen Vertrag die ordentliche Verjährungsfrist nach Art. 127 OR oder die bereicherungsrechtliche Verjährungsfrist nach Art. 67 OR anwendbar ist. Diese in der Lehre umstrittene Frage sei höchstrichterlich noch nie entschieden worden und als Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung im Sinne von Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG zu klären.<sup>4</sup> Welcher Verjährungsfrist die Rückerstattungsansprüche unterliegen, sei gesetzlich nicht ausdrücklich geregelt.<sup>5</sup> Sie richte sich nach der Rechtsnatur der Rückerstattungsansprüche nach Art. 40f Abs. 1 OR, weshalb es diese zunächst zu erörtern gelte.<sup>6</sup>

#### 1. Rechtsnatur von Rückerstattungsansprüchen

##### 1.1 Kontroverse über das widerrufenes Haustürgeschäft

Das Bundesgericht weist eingangs auf die Gesetzesmaterialien<sup>7</sup> und einen Teil der Lehre hin, welche die infolge Widerrufs entstandenen Rückerstattungsansprüche als bereicherungsrechtlicher Natur erachten. Damit sei die Verjährungsfrist des Art. 67 OR anwendbar.<sup>8</sup> Nach anderer Ansicht seien die Rückerstattungsansprüche vertraglicher Natur. Der Ver-

<sup>1</sup> Urteil des Amtsgerichts Sursee vom 22. April 2010, Verf. Nr. 01 09 288.

<sup>2</sup> Entscheid des Obergerichts des Kantons Luzern vom 18. August 2010, Verf. Nr. 11 10 90.

<sup>3</sup> BGer 4A\_562/2010, E. 5.

<sup>4</sup> BGer 4A\_562/2010, E. 1.

<sup>5</sup> BGer 4A\_562/2010, E. 4.

<sup>6</sup> BGer 4A\_562/2010, E. 4.1.

<sup>7</sup> Botschaft zu einem BG über die Förderung der Konsumenteninformation und zu einem BG über die Änderung des Obligationenrechts (Die Entstehung der Obligationen) vom 7. Mai 1986, BBl 1986 II 354 ff.

<sup>8</sup> BGer 4A\_562/2010, E. 4.2 f.

\* Der vorliegende Beitrag ist im Internet verfügbar unter <<http://www.rwi.uzh.ch/vdc>>.

trag wandle sich durch den Widerruf – analog der Rückabwicklung nach einem Rücktritt gestützt auf Art. 109 OR – in ein vertragliches Rückabwicklungsverhältnis, womit die Verjährungsfrist nach Art. 127 OR Anwendung finde.<sup>9</sup>

## 1.2 Praxis des Bundesgerichts

### 1.2.1 Im Zusammenhang mit gescheiterten Verträgen

Zur Frage der Rechtsnatur der Rückerstattungsansprüche nach Art. 40f Abs. 1 OR hat sich das Bundesgericht bisher nicht geäußert. Im Hinblick auf die Beantwortung der Frage zieht es seine Rechtsprechung zu den verschiedenen Entstehungsgründen für Rückabwicklungsansprüche im Zusammenhang mit gescheiterten Verträgen in Erwägung. Dabei habe es verschiedentlich auf eine Tendenz in der neueren Rechtsprechung und Lehre hingewiesen, den Anwendungsbereich des Bereicherungsrechts einzuschränken und Rückerstattungsansprüche als Ansprüche vertraglicher Natur zu behandeln.<sup>10</sup> Dies habe das Bundesgericht namentlich beim verzugsbedingten Rücktrittsrecht nach Art. 109 OR anerkannt, das seinen Grund in einer Vertragsverletzung bzw. in einem Erfüllungsmangel habe. Durch Umwandlung des Vertragsverhältnisses in ein Liquidationsverhältnis (sog. Umwandlungstheorie) erfolge hier die Rückerstattung nach vertraglichen Grundsätzen.<sup>11</sup> Ferner stellt das Bundesgericht klar, dass der infolge unverschuldeter nachträglicher Unmöglichkeit nach Art. 119 Abs. 2 OR freiwerdende Schuldner für die bereits empfangene Gegenleistung aus ungerechtfertigter Bereicherung hafte. Dies ergebe sich aus dem klaren Wortlaut der Bestimmung, welche lange vor Anerkennung der Umwandlungstheorie in Lehre und Praxis gesetzlich statuiert worden sei.<sup>12</sup>

Demgegenüber entspreche es der langjährigen Praxis des Bundesgerichts und der herrschenden Lehre, die Rückabwicklung eines wegen Mängeln bei der Vertragsentstehung (Willens- oder Formmangel) nicht gültigen Vertrags nach Bereicherungs- und

Vindikationsrecht vorzunehmen. Gleiches gelte, wenn im Hinblick auf einen erst zu schliessenden, aber nie zustande gekommenen Vertrag Leistungen erbracht worden seien, und beim suspensiv bedingten, aber teilweise erfüllten Vertrag, wenn die Bedingung ausgefallen sei. Denn «[...] es erschiene gekünstelt, aus einem Vertrag, der nie zustande gekommen ist, ein vertragliches Rückabwicklungsverhältnis zu konstruieren». Ein Vorbehalt sei für den Fall angebracht, dass die Parteien die Rückerstattung der geleisteten Anzahlung im bedingten Vertrag eigens geregelt hätten.<sup>13</sup>

In Bezug auf die Auflösung eines Dauerschuldverhältnisses habe das Bundesgericht auf die verschiedentlich in der Lehre «mit guten Gründen» vertretene Auffassung hingewiesen, «auch bei dessen Unverbindlichkeit wegen Willensmängeln von einem vertraglichen Rückabwicklungsverhältnis auszugehen, das auf dem ursprünglich formalen Konsens gründe». Der mit einem Willensmangel behaftete Vertrag sei allerdings richtig betrachtet nicht zustande gekommen und komme daher als vertragliche Rechtsgrundlage eines Rückgabeanspruchs nicht in Betracht.<sup>14</sup> Aus Praktikabilitätsgründen werde hier aber keine Rückabwicklung vorgenommen, sondern – sofern sich der Willensmangel nicht im Synallagma selbst ausgewirkt habe – eine Kündigung des Vertragsverhältnisses mit Wirkung *ex nunc* angenommen.<sup>15</sup>

### 1.2.2 Zu widerrufenen Haustürgeschäften

Abschliessend führt das Bundesgericht aus, das Widerrufsrecht sei seinem Zweck nach mit einer Vertragsanfechtung wegen Willensmängeln oder mit einer Vertragsnichtigkeit wegen Nichtbeachtung von Formvorschriften, m.a.W. mit Mängeln in der Vertragsentstehung, zu vergleichen. Denn das Widerrufsrecht bezwecke den Schutz des Konsumenten vor nachteiligen Vertragsschlüssen infolge Überrumpelung oder sonstiger Herbeiführung des Vertragschlusses mit unredlichen Mitteln. Dem unerfahren-

<sup>9</sup> BGer 4A\_562/2010, E. 4.3, mit Verweis auf die Literatur, insb. die Übersicht über die Literaturmeinungen bei *Stephan Hartmann*, Die Rückabwicklung von Schuldverträgen, Zürich/Basel/Genf 2005, N 18 Fn. 33.

<sup>10</sup> BGer 4A\_562/2010, E. 4.4.1.

<sup>11</sup> BGer 4A\_562/2010, E. 4.4.2.

<sup>12</sup> BGer 4A\_562/2010, E. 4.4.7.

<sup>13</sup> BGer 4A\_562/2010 E. 4.4.3 f.

<sup>14</sup> BGer 4A\_562/2010, E. 4.4.3.

<sup>15</sup> BGer 4A\_562/2010, E. 4.4.4, unter Bezugnahme auf den Leitentscheid BGE 129 III 320 (sog. Klärschlammfall). Sollte sich der Willensmangel im Synallagma auswirken, würde die Rückabwicklung in gerichtlicher Vertragsanpassung in Anwendung von Art. 20 Abs. 2 OR modifiziert (vgl. BGE 129 III 320, E. 7.1).

nen Konsumenten solle ermöglicht werden, einen Vertrag in Kenntnis aller Umstände nach reiflicher Überlegung und unter freier Willensbildung abzuschliessen.<sup>16</sup> Der Widerruf sei seinem Wesen nach ein Gestaltungsrecht, mit welchem – je nach zeitlicher Abfolge – der Antrag oder die Annahmeerklärung zurückgezogen werde.<sup>17</sup> Der Gesetzgeber habe die Regeln über den Widerruf als Sonderregeln für die Entstehung von Obligationen durch Vertrag verstanden, was mit der systematischen Einordnung der Art. 40a ff. OR im Abschnitt des Gesetzes über die Entstehung der Obligationen deutlich zum Ausdruck komme.<sup>18</sup> Demzufolge bleibe der Vertrag während der sieben-tägigen Widerrufsfrist nach Art. 40e OR in der Schwebe bzw. unter der Suspensivbedingung, dass das Widerrufsrecht nicht ausgeübt werde. Bei dessen Ausübung sei «nicht von einem gültig geschlossenen Vertrag auszugehen»<sup>19</sup>. Insgesamt liege der Grund des Widerrufsrechts damit in den Umständen des Vertragsschlusses bzw. in der Vertragsanbahnung und nicht in einem Mangel in der Vertragserfüllung. Deshalb habe die Rückabwicklung eines nach Art. 40a ff. OR widerrufenen Vertrags in Anlehnung an die bundesgerichtliche Praxis zur Rückabwicklung von mit Entstehungsmängeln behafteten Verträgen nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung zu erfolgen.<sup>20</sup>

## 2. Urteil

Das Bundesgericht kommt zum Ergebnis, dass beide Vorinstanzen zu Unrecht von der zehnjährigen Verjährungsfrist nach Art. 127 OR ausgegangen sind. Vielmehr sei die einjährige Verjährungsfrist nach Art. 67 OR anwendbar, womit die Klage der A. im Zeitpunkt ihrer Einreichung verjährt gewesen sei. Demnach heisst das Bundesgericht die Beschwerde gut und weist die Klage ab.<sup>21</sup>

<sup>16</sup> BGer 4A\_562/2010, E. 4.5.

<sup>17</sup> BGer 4A\_562/2010, E. 4.5, m.w.H.

<sup>18</sup> BGer 4A\_562/2010, E. 4.5, mit Verweis auf die Botschaft zu einem BG über die Förderung der Konsumentinformation und zu einem BG über die Änderung des Obligationenrechts (Fn. 7), 389.

<sup>19</sup> BGer 4A\_562/2010, E. 4.5.

<sup>20</sup> BGer 4A\_562/2010, E. 4.5.

<sup>21</sup> BGer 4A\_562/2010, E. 5.

## III. Bemerkungen

### 1. Einleitung

Im vorliegenden Entscheid hatte sich das Bundesgericht mit den Rechtsfolgen eines Sachverhalts zu befassen, welcher jedem Leser aus eigener Erfahrung bekannt sein dürfte. Ausserhalb von Geschäftsräumen unerwartet angesprochen, wird ein potenzieller Vertragspartner wortreich umworben und zum Kauf einer Kaffeemaschine, zum Abschluss einer Mitgliedschaft oder – wie vorliegend – zum Besuch einer Weiterbildungsveranstaltung animiert. Hat der Kunde im Rahmen dieses sog. Haustürgeschäfts einen Antrag zum Vertragsabschluss oder gar die Annahme erklärt, kann er – unter gegebenen Voraussetzungen – wieder davon Abstand nehmen.<sup>22</sup> Innert welcher Frist der Anspruch auf Rückerstattung einer geleisteten Anzahlung verjährt, hängt davon ab, ob die Rückerstattungspflicht vertraglicher oder bereicherungsrechtlicher Natur ist. Dies wiederum bestimmt das Bundesgericht danach, ob der Rückabwicklungsgrund eines widerrufenen Vertrags in einem Entstehungs- oder Erfüllungsmangel liegt.

### 2. Verjährung von Rückerstattungsansprüchen

#### 2.1 Zweck der Verjährung

Im Rahmen der Rückgängigmachung eines zumindest teilweise erfüllten Vertrags können sich Rückgabe-, Wertersatz- oder Schadenersatzpflichten ergeben.<sup>23</sup> Die Frage der Verjährung dieser sog. Rückerstattungsansprüche ist von Bedeutung, da die Klagbarkeit dieser Rückerstattungspflichten insoweit beschränkt wird, als sich der Schuldner einem Leistungsurteil durch Erhebung der Verjährungseinrede entziehen kann. Dabei bezweckt die Verjährung pri-

<sup>22</sup> Vgl. zu den Voraussetzungen Art. 40a ff. OR. Gemäss Art. 40a Abs. 2 OR sind Versicherungsverträge vom sachlichen Geltungsbereich des Haustürgeschäfts ausgenommen. Zu Recht wird überwiegend kritisiert, es gebe für diese ungerechtfertigte Privilegierung keinen Grund. Vgl. statt vieler *Ahmet Kut/Anton K. Schnyder*, in: Marc Amstutz/Peter Breitschmid/Andreas Furrer/Daniel Girsberger/Claire Huguenin/Markus Müller-Chen/Vito Roberto/Alexandra Rumo-Jungo/Anton K. Schnyder (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, N 30 zu Art. 40a–g OR. Vgl. immerhin das Rücktrittsrecht nach Art. 89a VVG.

<sup>23</sup> *Daniel Glasl*, Die Rückabwicklung im Obligationenrecht, Diss. Zürich 1992, S. 2 Fn. 3.

mär den Schutz von Rechtssicherheit und Rechtsfrieden, sie dient aber auch dem Schuldnerschutz.<sup>24</sup> Mit dem Zeitablauf nimmt das Erinnerungsvermögen ab, Beweismittel gehen verloren. Der (angebliche) Schuldner ist daher vor Beweisnot zu schützen. Auch muss er im Hinblick auf ein Verfahren regelmässig Rückstellungen bilden und ist dadurch in seiner Dispositionsfreiheit eingeschränkt. Dieser Zustand der Unsicherheit wird durch die Möglichkeit der Verjährungseinrede zeitlich begrenzt.<sup>25</sup>

## 2.2 Kontroverse über die anwendbare Verjährungsfrist

Die Frage der Verjährung von Rückerstattungsansprüchen gehört zu den umstrittensten Fragen bei der Rückabwicklung von Schuldverträgen. Ihre Beantwortung hängt von der Rechtsnatur der entsprechenden Rückerstattungspflichten ab.<sup>26</sup> Das schweizerische Recht hält je nach Auflösungsgrund des Vertrags unterschiedliche Normenkomplexe für die Rückerstattungspflichten bereit.<sup>27</sup> Nach gefestigter Ansicht in Lehre und Rechtsprechung bewirkt die Rückgängigmachung eines Vertrags wegen *Entstehungsmängeln* (Willens- oder Formmängel), dass erbrachte Sachleistungen vindiziert (Art. 641 ZGB)<sup>28</sup>, sonstige Leistungen kondiziert (Art. 62 ff. OR) werden<sup>29</sup>. Der Bereicherungsanspruch verjährt dabei mit Ablauf eines Jahres seit Kenntnis des Anspruchs (relative Verjährungsfrist), in jedem Fall aber mit Ablauf von zehn

Jahren seit Entstehung des Anspruchs (absolute Verjährungsfrist, Art. 67 Abs. 1 OR). Bei der Vertragsauflösung wegen Willensmängeln beginnt die absolute Verjährungsfrist nach Ansicht des Bundesgerichts und einem Teil der Lehre bereits im Zeitpunkt der Leistungserbringung zu laufen.<sup>30</sup> Ein anderer Teil der Lehre stellt sich auf den Standpunkt, dass die absolute Verjährungsfrist erst im Zeitpunkt der Vertragsanfechtung zu laufen beginne.<sup>31</sup> So kann bei Vorliegen eines Entstehungsmangels dem unverjähren Vindikationsanspruch des Verkäufers der verjähren Kondiktionsanspruch des Käufers gegenüberstehen. Auch kann sich die Situation ergeben, dass die absolute Verjährungsfrist bei Entdeckung und Geltendmachung eines Willensmangels bereits abgelaufen ist.<sup>32</sup> Bei *Erfüllungsmängeln* wird die Rückabwicklung demgegenüber nach vertraglichen Grundsätzen gestaltet, womit für beide Parteien die ordentliche Verjährungsfrist nach Art. 127 OR anwendbar ist.<sup>33</sup> Damit ergibt sich je nach Rückabwicklungsgrund und Rückleistungsgegenstand eine unterschiedliche Verjährungsfrist.

Diese unterschiedliche Behandlung der Vertragsparteien wird von einem Teil der Lehre insbesondere bei der Vertragsauflösung wegen Willensmängeln als nicht sachgerecht kritisiert. Eine neuere Tendenz geht davon aus, dass eine vertragliche Rückabwicklung zu einem den Parteiinteressen besser entsprechenden Ausgleich führe. Dieser soll durch Übertragung der zum Rücktritt nach Art. 109 OR entwickelten Umwandlungstheorie auf die Vertragsauflösung wegen Willensmängeln erreicht werden. Basierend auf dem vertraglichen Rückabwicklungsverhältnis werden die primären Leistungspflichten *eo ipso* in vertragliche Rückerstattungspflichten umgewandelt. Die Verjäh-

<sup>24</sup> Vgl. etwa BGE 90 II 428, E. 8; 133 III 6, E. 5.3.5; 137 III 16, E. 2.1.

<sup>25</sup> Alfred Koller, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Bern 2009, § 67 N 1 ff.

<sup>26</sup> BGer 4A\_562/2010, E. 4.1; BGE 129 III 264, E. 4.1.

<sup>27</sup> Hartmann (Fn. 9), N 7 ff.

<sup>28</sup> Ein Grundstück kann mit der Grundbuchberichtigungsklage nach Art. 975 ZGB zurückverlangt werden.

<sup>29</sup> BGE 87 II 137 ff. (mit Bezug auf einen widerrechtlichen Vertrag); 129 III 264 ff. (mit Bezug auf Willensmängel); Ingeborg Schwenger, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Bern 2009, N 39.27; Koller (Fn. 25), § 14 N 304 ff., § 33 N 12 ff.; Bruno Huwiler, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht I – Art. 1–529 OR, 4. Aufl., Basel 2007, N 6 f. zu Art. 67 OR; Peter Gauch/Walter R. Schluemp/Jörg Schmid/Susan Emmenegger, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, § 7 N 912 ff.; Eugen Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Zürich 1988, S. 661; Karl Spiro, Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalefristen, Bd. I, Bern 1975, S. 716 f.

<sup>30</sup> BGE 114 II 131, E. 3; Koller (Fn. 25), § 33 N 16, § 68 N 17.

<sup>31</sup> Schwenger (Fn. 29), N 39.27; Bucher (Fn. 29), 699 Fn. 181; Bruno Schmidlin, in: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI/1/2/1b, Mängel des Vertragsabschlusses, Art. 23–31 OR, Bern 1995 (zit. BK-Schmidlin), N 140 f. zu Art. 23/24 OR; Bettina Hürlimann-Kaup, Art. 28 OR und kaufrechtliche Sachgewährleistung bei absichtlicher Täuschung des Käufers, ZBJV 2002, 137 ff., 141.

<sup>32</sup> Vgl. BGE 114 II 131 ff. Der Vindikationsanspruch kann aber durch Ersitzung untergehen.

<sup>33</sup> Vgl. die Literaturübersicht bei Hartmann (Fn. 9), N 18 Fn. 31.

rungsfristen sind damit für beide Parteien einheitlich.<sup>34</sup>

Das Bundesgericht hat verschiedentlich auf die Tendenz zur vertraglichen Rückabwicklung hingewiesen und damit gezeigt, dass eine Entwicklung in Gang gekommen ist, deren Fortsetzung diskutiert werden muss.<sup>35</sup> Diese Frage wurde u.a. im viel beachteten Leitentscheid BGE 114 II 152 ff. erörtert, in dem sich das Bundesgericht für die Umwandlungstheorie beim Vertragsrücktritt nach Art. 109 OR aussprach.<sup>36</sup> Letztlich hat das Bundesgericht die Umwandlungstheorie – so auch vorliegend – nur beim Vertragsrücktritt anerkannt und in Bezug auf die Rechtsnatur der Rückerstattungsansprüche an seiner herkömmlichen Ansicht festgehalten. Bei der Vertragsauflösung wegen Willensmängeln fanden sich in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zwar verschiedentlich Hinweise zur vertraglichen Rückabwicklung. Die betreffenden Erwägungen waren aber

jeweils als *obiter dictum* zu verstehen.<sup>37</sup> Im vorliegenden Entscheid hat das Bundesgericht nochmals in aller Deutlichkeit zu erkennen gegeben, dass es dem Postulat, auch bei Rückabwicklung irrtumsbehafteter Verträge ein vertragliches Rückabwicklungsverhältnis anzunehmen, keine Folge leiste.<sup>38</sup>

Das Bundesgericht hat aber implizit erkannt, dass die kurze Verjährungsfrist des Art. 67 Abs. 1 OR in den Fällen nicht praktikabel erscheint, in denen die Parteien einen Vertrag freiwillig und über Jahre hinweg erfüllt haben. Im Vertrauen auf die Wirksamkeit des Vertrags haben die Parteien u.U. weitere Dispositionen getätigt, weshalb sie ein Interesse am Schutz der Wirksamkeit des Vertrags bzw. des Vertrauens darauf haben, empfangene Leistungen behalten zu dürfen. Auch stösst die Rückabwicklung bereits erfüllter Verträge oft auf praktische Schwierigkeiten und ist mit erheblichen Kosten verbunden.<sup>39</sup> Je weniger wichtige Gründe für die Auflösung des Vertrags sprechen und je ausgeglichener die Interessen der beiden Parteien sind, desto ungerechtfertigter erscheint eine Rückabwicklung.<sup>40</sup> In den Fällen, in denen der Mangel nur einzelne Teile des Vertrags betrifft und der Vertrag nach dem (hypothetischen) Parteiwillen auch mit diesem veränderten Inhalt abgeschlossen worden wäre, wird der Vertrag trotz eigentlicher Ungültigkeit auch bei der Vertragsauflösung wegen Willensmängeln mit dem betreffenden Inhalt aufrechterhalten (Art. 20 Abs. 2 OR).<sup>41</sup> Damit entfällt eine Rückabwicklung des Vertrags, womit im Ergebnis die Ver-

<sup>34</sup> Ausführlich BK-Schmidlin (Fn. 31), N 45 ff., 56 ff., 86 ff., 97 ff. zu Art. 31 OR; Bruno Schmidlin, Le sort du contrat résolu ou annulé: l'effet ex tunc ou la liquidation du contrat par la *in integrum restitutio*, in: Mélanges en l'honneur de Carlo Augusto Cannata, Basel 1999, S. 333 ff., 342 ff.; Domenico Acocella, Nichtigkeitsbegriff und Konzept einer einheitlichen vertragsrechtlichen Rückabwicklung gescheiterter Verträge, SJZ 99 (2003) 494 ff., 495 f. (im Zusammenhang mit Willensmängeln und Nichtigkeit); Wolfgang Wiegand, Zur Rückabwicklung gescheiterter Verträge, in: Gauchs Welt – Recht, Vertragsrecht und Baurecht – FS für Peter Gauch zum 65. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2004 (zitiert: Wiegand, Rückabwicklung), S. 709 ff., 717 ff.; Wolfgang Wiegand, Bemerkungen zum Picasso-Entscheid (Urteilsanmerkung Zivilrecht BGE 114 II 131), recht 1989, 101 ff., 110 f.; vgl. auch Gilles Petitpierre, Vertragsrecht und Bereicherungsrecht, La rupture est-elle définitivement consommée? Plaidoyer pour une réconciliation, in: Gauchs Welt – Recht, Vertragsrecht, Baurecht – FS für Peter Gauch zum 65. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2004, S. 529 ff., 536; Nicolas Rouiller, Der widerrechtliche Vertrag: die verbotsdurchsetzende Nichtigkeit – Schicksal des privatrechtlichen Vertrags, der gegen das öffentliche Recht verstösst, Diss. Basel, Bern 2002, S. 433.

<sup>35</sup> Die Tendenz richtet sich damit nicht generell gegen die Begründung bereicherungsrechtlicher Ansprüche, sondern geht davon aus, dass die vertragliche Rückabwicklung i.d.R. zu einem sachgerechteren Ausgleich zwischen den Parteien führt. Vgl. Wolfgang Wiegand, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 2003, ZBJV 2004, 828 ff., 848.

<sup>36</sup> Hartmann (Fn. 9), N 782; Vgl. auch BGE 133 III 356 ff.; 126 III 119 ff.

<sup>37</sup> In BGE 129 III 320 ff., weil das Bundesgericht doch anders entschied; in BGE 132 III 242 in welcher in E. 4.1 gar «von einem vertraglichen Rückabwicklungsverhältnis auszugehen» die Rede ist, weil gleichzeitig von der Unwirksamkeit mit Wirkung *ex tunc* ausgegangen wird. Vgl. hierzu Kut/Schnyder (Fn. 22), N 26 zu Art. 31 OR; Schwenger (Fn. 29), 298, welche die Stelle in BGE 132 III 242, E. 4.1 als «widersprüchlich» erachtet; Stephan Hartmann, Die «Kündigungstheorie» bei einseitig unverbindlichen Dauerverträgen – Bemerkungen zu BGE 129 III 320, AJP 2003, 1475 ff., 1477.

<sup>38</sup> BGer 4A\_562/2010, E. 4.4.3.

<sup>39</sup> Zu den sog. «frustrierten» Transaktionskosten Silvia Hunziker/Hans Caspar von der Crone, Irrtum beim Vergleich, SZW 2004, 342 ff., 348, m.w.H.

<sup>40</sup> Hartmann (Fn. 9), N 52.

<sup>41</sup> Ausser bei der Nichtigkeit wegen Inhaltsmängeln gelten diese Regeln auch bei anderen Tatbeständen der Vertragsungültigkeit analog. Vgl. Hartmann (Fn. 9), N 72; BGE 124 III 62 ff. (mit Bezug auf Formmängel); 123 III 292 ff. (bei der Übervorteilung); 130 III 49 ff. und 125 III 353 ff. (mit Bezug auf Willensmängel).

jährungsfrist des Art. 67 OR zurückgedrängt wird. Bei der Vertragsauflösung eines in Vollzug gesetzten Dauerschuldverhältnisses wird dasselbe Ergebnis dadurch erreicht, dass die Rückabwicklung durch eine Kündigung des Vertrags mit Wirkung *ex nunc* ersetzt wird, sofern sich der Irrtum nicht im Synallagma ausgewirkt hat. Für die abgelaufene Vertragsdauer werden die parteiautonom begründeten Ansprüche unberührt gelassen. Betraf der Irrtum das Synallagma selbst oder ist der Vertrag nichtig, erscheint eine Rückwirkung dagegen gerechtfertigt. Bereits erbrachte Leistungen werden wiederum nach dem Regelungsgedanken von Art. 20 Abs. 2 OR modifiziert.<sup>42</sup>

Die Klärung der Frage der auf die Rückerstattungsansprüche eines widerrufenen Haustürgeschäfts nach Art. 40f Abs. 1 OR anwendbaren Verjährungsfrist hängt nach dem Gesagten davon ab, ob der herkömmlichen Ansicht oder der neueren Lehre der Vorzug gebührt. Soweit sich die herkömmliche Auffassung als sachgerecht erweist, wird in einem weiteren Schritt zu klären sein, ob die vom Bundesgericht vorgenommene Einordnung des Widerrufsrechts (Art. 40a ff. OR) in die Kategorie der Entstehungsmängel gerechtfertigt ist.

### 3. Entstehungsgründe für Rückerstattungsansprüche

Die Bestimmung der Rechtsnatur der Rückerstattungsansprüche nach Entstehungs- und Erfüllungsmängeln rührt aus der Dreiteilung der Entstehungsgründe von Obligationen (Vertrag, unerlaubte Handlung und ungerechtfertigte Bereicherung).<sup>43</sup> Besteht für eine Leistung eine vertragliche oder gesetzliche Rechtsgrundlage, bleibt für den Anwendungsbereich der ungerechtfertigten Bereicherung kein

Platz.<sup>44</sup> Dies geht aus dem Wortlaut des Art. 62 OR hervor: Wird eine vertraglich geschuldete Leistung erbracht, die ihren Rechtsgrund im gültigen Vertrag hat, kann der Leistungsempfänger nicht *ungerechtfertigt* bereichert sein.<sup>45</sup> So hat auch die gestützt auf einen Vertrag erbrachte Leistung, die infolge von Erfüllungsmängeln oder Vertragsverletzungen der anderen Vertragspartei jedoch zurückzuerstatten ist, ihre Rechtsgrundlage im gültigen Vertrag. Praxisbeispiel hierfür ist etwa die Rückforderung zu viel bezahlter Mietzinse bei Herabsetzung wegen Mängeln am Mietobjekt.<sup>46</sup>

Ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung ergibt sich demgegenüber, wenn eine Leistung nach Art. 62 Abs. 2 OR ungerechtfertigt erfolgt ist, d.h. *ohne jeden gültigen Grund*, aus einem *nachträglich weggefallenen Grund* oder aus *nicht verwirklichtem Grund*. Ohne Grund erfolgt eine Zuwendung, wenn sich die Parteien über deren Rechtsgrund nicht geeinigt haben oder im Falle der Erfüllung einer Nichtschuld.<sup>47</sup> Weitgehend unbestritten ist, dass eine Leistung, die gestützt auf einen (form-)nichtigen Vertrag erbracht wurde, ohne gültigen Rechtsgrund erfolgte. Dies hat deshalb zu gelten, weil der Vertrag schlechthin (unheilbar) unwirksam ist.<sup>48</sup> Leidet der Vertrag m.a.W. an einem «unheilbaren» Entstehungsmangel, fehlt ein gültiger Rechtsgrund für die Leistung. Wurde eine Leistung in der Annahme erbracht, dass es später zum Vertragsabschluss komme (Suspensivbedingung), bleibt dieser in der Folge aber aus, ist sie aus nicht verwirklichtem Grund erfolgt.<sup>49</sup>

<sup>42</sup> BGE 129 III 320 ff.; 134 III 438 ff. (mit Bezug auf ein nichtiges Dauerschuldverhältnis). Nachdem es in seiner älteren Rechtsprechung von einem faktischen Vertragsverhältnis ausging: Vgl. BGE 116 II 191 ff. (im Zusammenhang mit einem ungültigen Lizenzvertrag) und 110 II 244 ff. (im Zusammenhang mit einem ungültigen Leasingvertrag). Auch in der Lehre wird eine Kündigung mit Wirkung *ex nunc* angenommen, wobei diese Lösung im Irrtumsbereich zusätzlich auf Art. 25 Abs. 1 OR abgestützt wird. Vgl. *Hartmann* (Fn. 37), 1476.

<sup>43</sup> *Claire Huguenin*, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich/Basel/Genf 2008, N 66 ff.

<sup>44</sup> *Paul Oberhammer*, in: Heinrich Honsell (Hrsg.), Kurzkomentar Obligationenrecht Art. 1–529 OR, Basel 2008, N 8 ff. zu Art. 62 OR, welcher zu Recht darauf hinweist, dass der Bereicherungsanspruch nicht per se subsidiär ist, sondern sich aus dem zentralen Tatbestandsmerkmal «ungerechtfertigt» ergibt.

<sup>45</sup> BGE 4A\_562/2010, E. 4.4.1, unter Verweis auf BGE 133 III 356, E. 3.2.1; 127 III 412, E. 3; 126 III 119, E. 3b.

<sup>46</sup> Vgl. Art. 259d OR; BGE 130 III 504 ff.

<sup>47</sup> *Huguenin* (Fn. 43), N 1036. Vgl. BGE 127 III 421 ff. und 113 II 187 ff. (mit Bezug auf bereicherungsrechtliche Ansprüche im vertragsnahen Bereich). Für weitere Beispiele vgl. auch *Thomas Koller*, Die miet- und arbeitsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2004, ZBJV 2005, 309 ff.

<sup>48</sup> Zudem kann sich jedermann auf die Unwirksamkeit berufen, und sie wird vom Gericht von Amtes wegen beachtet. Vgl. *Gauch/Schluemp/Schmid/Emmenegger* (Fn. 29), N 681; a.A. *Acocella* (Fn. 34), 496.

<sup>49</sup> Vgl. BGE 129 III 264 ff.

Unter dieser Prämisse ist nachfolgend die vom Bundesgericht vorgenommene Einordnung des Vertragsrücktritts in die Kategorie der Erfüllungsmängel und der Vertragsauflösung wegen Willensmängeln in die Kategorie der Entstehungsmängel zu erörtern.

#### 4. Rückabwicklung mangelhafter Verträge

##### 4.1 Rücktritt (Art. 109 OR)

Während nach älterer Rechtsprechung der Rücktritt nach Art. 109 OR noch als *nachträglich weggefallener* Grund galt, geht das Bundesgericht nunmehr von einem vertraglichen Rückabwicklungsverhältnis aus.<sup>50</sup> Der Vertragsrücktritt zielt zwar darauf ab, die Parteien so zu stellen, wie wenn der Vertrag gar nie existiert hätte.<sup>51</sup> Doch wird der Vertrag nicht einfach aufgehoben. Die Leistung wird gestützt auf einen gültigen Vertrag erbracht. Der Rücktritt erfolgt, weil der Schuldner seiner Leistungspflicht nicht nachgekommen ist. Damit liegt ein Mangel im Erfüllungsstadium vor. Durch den Rücktritt werden obligatorische Rückleistungspflichten erst begründet. Sofern die Parteien nicht selber eine Rückabwicklung vereinbart haben, ergibt sich die vertragliche Rückerstattungspflicht aus der gesetzlichen Norm des Art. 109 OR. Erst durch die Erfüllung der Rückleistungspflichten wird der *status quo ante* hergestellt.<sup>52</sup> Die Rückleistungspflichten sind folglich vertraglicher Natur und verdrängen damit den Anwendungsbereich der ungerechtfertigten Bereicherung. Damit beginnt die Verjährung mit der Fälligkeit – der Geltendmachung des Rücktritts – und dauert zehn Jahre (Art. 127, Art. 130 Abs. 1 OR). Die gleichen Überlegungen gelten u.E. für den Kaufpreiserückforderungsanspruch des Käufers nach Wandlung des Kaufvertrags, da hier ebenfalls ein Erfüllungsmangel vorliegt.<sup>53</sup>

Zudem klärt das Bundesgericht im vorliegenden Entscheid die bisher offengelassene Frage des Rück-

erstattungsanspruchs nach Art. 119 Abs. 2 OR. Da hier eine Leistung im Rahmen eines gültig geschlossenen Vertrags erfolgt, und die Leistungsunmöglichkeit lediglich zur Folge hat, dass die Forderung des Gläubigers auf die unmögliche Leistung (und nicht der ganze Vertrag) als erloschen gilt, würden nach dem Gesagten gute Gründe für die Anwendung der Umwandlungstheorie sprechen. Denn der Mangel tritt erst (nachträglich) im Erfüllungsstadium auf, weshalb bereicherungsrechtliche Ansprüche nach der Gesetzessystematik eigentlich ausgeschlossen wären.<sup>54</sup> Wie das Bundesgericht aber richtig erkennt, kann nicht über den unmissverständlichen Wortlaut der Bestimmung hinweggesehen werden, der auf die Bestimmungen der ungerechtfertigten Bereicherung verweist. Damit verwirft es das von der Lehre teilweise auch bei der unverschuldeten nachträglichen Unmöglichkeit postulierte vertragliche Rückabwicklungsverhältnis.<sup>55</sup>

##### 4.2 Willensmängel (Art. 23 ff. OR)

Im Gegensatz zum Vertragsrücktritt fehlt es bei den Willensmängeln an einer gesetzlichen Regel, welche die Rückerstattung bei Vertragsauflösung ausdrücklich vorsieht und entsprechend vertragliche Pflichten zur Rückerstattung begründet. Nach herkömmlicher Auffassung zählen Leistungen, die im Rahmen eines mit Willensmängeln<sup>56</sup> behafteten, in der Folge aufgelösten Vertrags erfolgt sind, zu den Leistungen ohne gültigen Grund nach Art. 62 Abs. 2 OR.<sup>57</sup> Dies ergibt sich aus den Folgen der Geltendmachung eines Willensmangels: Nach Art. 23 OR ist der Vertrag für denjenigen unverbindlich, der sich beim Abschluss in einem wesentlichen Irrtum befunden hat. Darüber, wie sich die Berufung auf einseitige Unverbindlichkeit auf den Vertrag auswirkt, besteht in Lehre und Rechtsprechung Uneinigkeit. Nach der vom Bundesgericht und einem Teil der Lehre vertretenen Ungültigkeitstheorie ist der Ver-

<sup>50</sup> BGE 114 II 152; vgl. noch BGE 60 II 27; *Schwenzer* (Fn. 29), N 56.10.

<sup>51</sup> *Andreas Thier*, in: Heinrich Honsell (Hrsg.), *Kurzkomentar Obligationenrecht* (Fn. 44), N 1 zu Art. 109 OR.

<sup>52</sup> *Peter Gauch*, *Wirkung des Rücktritts und Verjährung des Rückforderungsanspruchs bei Schuldnerverzug (Anerkennung der Umwandlungstheorie)*, recht 1989, 122 ff, 124 f.

<sup>53</sup> Art. 208 Abs. 2 OR. Vgl. BGer 4C.60/2002 vom 16. Mai 2002 (allerdings *obiter dictum*).

<sup>54</sup> Vgl. *Gauch* (Fn. 52), 127.

<sup>55</sup> Vgl. *Wiegand*, *Rückabwicklung* (Fn. 34), 712 f. unter Verweis auf *Gauch* (Fn. 52), 127; vgl. die Übersicht bei *Hartmann* (Fn. 9), N 869 Fn. 210.

<sup>56</sup> Es sind dies Irrtum (Art. 23 ff. OR), absichtliche Täuschung (Art. 28 OR) und Furchterregung (Art. 29 f. OR). Die nachfolgenden Ausführungen über die einseitige Unverbindlichkeit gelten für sämtliche Willensmängel, auch wenn im Folgenden nur vom Irrtum die Rede ist.

<sup>57</sup> *Hartmann* (Fn. 9), N 809 ff.

trag von Anfang an (*ex tunc*) ungültig und entfaltet keine Wirkungen. Der Vertrag bleibt in der Schwebe und steht unter der aufschiebenden Bedingung, dass der Willensmangel nicht geltend gemacht wird.<sup>58</sup> Nach der in der Lehre überwiegenden Anfechtungstheorie ist der Vertrag vorerst gültig und wird erst nachträglich durch den Irrenden unter Berufung auf den Willensmangel (*ex tunc*) aufgelöst.<sup>59</sup> Im Ergebnis führen beide Konstruktionen zur Ungültigkeit des Vertrags *ex tunc*. Nach dem Dahinfallen des Vertrags werden die Parteien in den vertragslosen Zustand *quo ante* versetzt.

Diese Rechtsfolge entstammt aus dem im Pandektenrecht vorherrschenden Willensprinzip.<sup>60</sup> Entspricht die Willenserklärung einer Vertragspartei bei Vertragsschluss nicht ihrem Willen, hebt der Wille den Bestand der Willenserklärung auf. Im Schweizer Recht ist dieses Prinzip nur beschränkt verwirklicht. Trotz fehlerhaftem Willen einer Vertragspartei kann der Vertrag durch vertrauensrechtliche Auslegung ihrer Willenserklärung (normativer Konsens) zustande kommen. Will die irrende Vertragspartei an ihrer Willenserklärung nicht festhalten, hat sie sich auf einseitige Unverbindlichkeit zu berufen. Dies kann sie aber nur tun, wenn der Irrtum wesentlich war. Damit wird das Willensprinzip nur bei Vorliegen eines wesentlichen Irrtums und auf Tätigwerden der irrenden Vertragspartei hin verwirklicht.

Wird eine Leistung gestützt auf den *ex tunc* ungültigen Vertrag erbracht, erfolgt sie ungeachtet der dogmatischen Qualifikation ohne gültigen Grund im Sinne von Art. 62 Abs. 2 OR.<sup>61</sup> Damit spricht bei der Vertragsauflösung wegen Willensmängeln – wie das Bundesgericht richtig erwägt – bereits der Wortlaut des Art. 62 Abs. 2 OR für die bereicherungsrechtliche Natur solcher Rückabwicklungsansprüche. Zudem findet sich in der Entstehungsgeschichte des

Art. 62 OR ein Indiz dafür, dass die Rückabwicklung von mit Willensmängeln behafteten Verträgen von der genannten Bestimmung erfasst wird. So sah der Entwurf für ein revidiertes OR von 1904 die Bereicherungsklage für die Berufung einer Vertragspartei auf die einseitige Unverbindlichkeit des Vertrags vor. Die Regelung fand zwar nicht ausdrücklichen Eingang in den Gesetzestext, dennoch wurde ihre Geltung als selbstverständlich erachtet.<sup>62</sup>

Die Umwandlungstheorie auf die Vertragsauflösung wegen Willensmängeln zu übertragen, würde bedeuten, dem Vertrag eine auf die Rückabwicklung gerichtete Vertragswirkung zuzubilligen. Diese liesse sich aber nur durch Abstellen auf den rein formalen Vertragsabschluss konstruieren. Dies – so auch das Bundesgericht – widerspräche dem oben genannten Verständnis der Ungültigkeit der Verträge. Durch die Anfechtungstheorie liesse sich zwar die Annahme eines vertraglichen Abwicklungsverhältnisses begründen. Diese Theorie entspricht aber nicht dem Willen des Gesetzgebers, welcher der Vertragsauflösung wegen Willensmängeln das Verständnis der einseitigen Unverbindlichkeit und letztlich der Ungültigkeit zugrunde legt.<sup>63</sup> Eine vertragliche Natur der Rückerstattungsansprüche bei ungültigen Verträgen liesse sich überdies mit dem sachenrechtlichen Kausalitätsprinzip, wonach einem Eigentumserwerb ein gültiger Rechtsgrund voranzugehen hat, nur schwerlich vereinbaren.<sup>64</sup> Am Rande sei bemerkt, dass die Umwandlungstheorie in Deutschland, wo sie ihren Ursprung hat, nicht auf die Vertragsanfechtung wegen Willensmängeln erstreckt wird. Hier bleibt es vielmehr bei der traditionellen Auffassung der Anfechtung mit Wirkung *ex tunc*.<sup>65</sup>

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Umwandlungstheorie zwar zu einer befriedigenden Lösung in der Frage der *einheitlichen* Verjährungsfristen führt. Sie läuft aber in Bezug auf die Vertragsauflösung wegen Willensmängeln den gesetzlichen Wertungen zuwider.<sup>66</sup> Hinzu kommt, dass der ein-

<sup>58</sup> BGE 114 II 131, E. 3b; 132 III 242, E. 4.1; *Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger* (Fn. 29), N 890 m.w.H.

<sup>59</sup> *Koller* (Fn. 25), § 14 N 274 f.; *Schwenzer* (Fn. 29), N 39.07; *Bucher* (Fn. 29), 210 f., 214; *Huguenin* (Fn. 43), N 512. Nach einer dritten Theorie ist der Vertrag für die irrende Partei von Anfang an ungültig, für die andere dagegen bis zur Geltendmachung der Unverbindlichkeit gültig (sog. Theorie der geteilten Ungültigkeit). Vgl. *Andreas von Tuhr/Hans Peter*, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, Zürich 1979, S. 338.

<sup>60</sup> BK-Schmidlin (Fn. 31), N 45 ff. zu Art. 31 OR.

<sup>61</sup> *Huguenin* (Fn. 43), N 1038; *Koller* (Fn. 25), § 14 N 276; *Schwenzer* (Fn. 29), N 56.04; a.A. offenbar *Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger* (Fn. 29), N 1483.

<sup>62</sup> Vgl. zu den Hintergründen *Hartmann* (Fn. 9), N 811 ff.

<sup>63</sup> *Gauch* (Fn. 52), 126 f.; *Peter Gauch*, Vertrag und Parteiwille in: Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht, Le Centenaire du Code des Obligations, Freiburg 1982, S. 343 ff., 355.

<sup>64</sup> Vgl. *Hartmann* (Fn. 9), N 814, m.w.H.; zum Kausalitätsprinzip *Jörg Schmid/Bettina Hürlimann-Kaup*, Sachenrecht, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, N 74.

<sup>65</sup> *Koller* (Fn. 25), § 14 N 278.

<sup>66</sup> *Hartmann* (Fn. 9), N 813 ff.

gangs genannte Zweck der Verjährung durch die Ungültigkeitstheorie besser verwirklicht wird. Denn angesichts des Umstands, dass das Gesetz für die Berufung auf einseitige Unverbindlichkeit keine absolute zeitliche Grenze vorsieht, kann eine Partei noch Jahre nach Abschluss des Vertrags einen Willensmangel geltend machen. Die Anfechtungstheorie und die Umwandlungstheorie würden in Verbindung mit dieser Rechtslage dazu führen, dass Ansprüche noch Jahrzehnte nach Erfüllung des Vertrags durchgesetzt werden könnten.<sup>67</sup> Wenn aber die Rückabwicklung des Vertrags vertraglich vereinbart worden ist, erscheint eine vertragliche Rückabwicklung gerechtfertigt, da die Vertragsparteien mit der Möglichkeit einer Rückabwicklung rechnen. In diesen Fällen kommt dem Vertrauensschutz eine geringere Bedeutung zu.

Nach dem Gesagten sprechen beachtliche Gründe für das bundesgerichtliche Festhalten an der Ungültigkeitstheorie und letztlich an der herkömmlichen Unterscheidung zwischen Entstehungs- und Erfüllungsmängeln in Bezug auf die Rechtsnatur von Rückerstattungsansprüchen.

#### 4.3 Widerrufene Haustürgeschäfte (Art. 40a ff. OR)

Wie gesehen ist für die Frage der Verjährung nach der Rechtsnatur der Rückerstattungsansprüche nach Art. 40f Abs. 1 OR zu fragen und letztlich danach, ob eine Leistung gestützt auf einen gültigen Vertrag oder grundlos erbracht wurde. M.a.W. ist zu untersuchen, ob das Widerrufsrecht seinen Grund in einem Entstehungs- oder Erfüllungsmangel hat. Dies hängt davon ab, ob der Vertrag während der Widerrufsfrist Wirkungen erzeugt.

##### 4.3.1 Rechtslage während der Widerrufsfrist

Gleich einem Vertragsrücktritt oder der einseitigen Unverbindlichkeit wegen Willensmängeln erlaubt das Widerrufsrecht nach Art. 40a ff. OR als bedingungsfeindliches unwiderrufliches und unverzichtbares *Gestaltungsrecht* einem Vertragspartner, durch einseitige Willenserklärung die Rechtsstellung

des anderen zu verändern.<sup>68</sup> Durch den Widerruf wird – je nach zeitlicher Abfolge – der Antrag oder die Annahmeerklärung zurückgezogen.<sup>69</sup> Gleich den Tatbeständen der Willensmängel ordnet die Gesetzessystematik das Widerrufsrecht eindeutig der Entstehung der Obligationen zu. Analog zur Vertragsanfechtung wegen Willensmängeln bestehen unterschiedliche Ansichten darüber, ob bis zur Geltendmachung des Widerrufs von einem wirksamen Vertrag auszugehen ist. Gesetzgeberisch kann der Vertrag während der Dauer der Widerrufsfrist entsprechend der Anfechtungstheorie wirksam sein. Er steht aber unter der Resolutivbedingung, dass der Konsument sein Widerrufsrecht nicht ausübt (sog. schwebende Wirksamkeit). Der Widerruf hat zur Konsequenz, dass der vorerst gültig zustande gekommene Vertrag im Nachhinein (*ex tunc*) dahinfällt.<sup>70</sup> Die herrschende Lehre legt dieses Konstrukt auch dem Widerrufsrecht nach Art. 40a ff. OR zugrunde.<sup>71</sup>

Umgekehrt kann das Widerrufsrecht in Entsprechung zur Ungültigkeitstheorie derart konstruiert sein, dass die Willenserklärung des Kunden erst mit ungenutztem Ablauf der Widerrufsfrist wirksam wird. Dadurch wird das Rechtsgeschäft zunächst in einen Zustand schwebender Unwirksamkeit versetzt. Der Vertrag ist von Anfang an (*ex tunc*) ungültig und entfaltet vorerst keine Wirkungen. Während der Widerrufsfrist steht der Vertrag unter der Suspensivbe-

<sup>68</sup> *Stephan Hartmann*, Konsumentenschutzrechtliche Widerrufsrechte im schweizerischen Recht – Möglichkeiten und Grenzen der Vereinheitlichung, ZSR 2008 I, 307 ff., 311; *Roger Dornier*, Das Widerrufsrecht bei Haustürgeschäften und ähnlichen Verträgen (Art. 40a–g OR), Diss. Freiburg, St. Gallen 1994, N 109. Vgl. die weiteren «Widerrufsrechte» nach Art. 16 KKG, Art. 227a OR und Art. 406e OR.

<sup>69</sup> Art. 40b OR schränkt den Anwendungsbereich der Art. 3, 5 und 9 OR ein und geht diesen Bestimmungen vor. Die Bestimmung stellt insoweit ein Novum des Gesetzes dar, als es von der grundsätzlichen Unwiderrufbarkeit der Annahmeerklärung abgewichen ist. Vgl. Botschaft zu einem BG über die Förderung der Konsumenteninformation und zu einem BG über die Änderung des Obligationenrechts (Fn. 7), 389; *Huguenin* (Fn. 43), N 252; *Rainer Gonzenbach*, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar (Fn. 29), N 11 zu Art. 40b OR.

<sup>70</sup> *Stephan Lorenz*, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, München 1997, S. 57.

<sup>71</sup> *Hartmann* (Fn. 68), 312, unter Verweis auf *Claire Huguenin Jacobs*, Direktvertrieb und Widerrufsrecht, AJP 1994, 691 ff., 696 und *Koller* (Fn. 25), § 7 N 68; *Dornier* (Fn. 68), N 446.

<sup>67</sup> Vgl. auch *Hartmann* (Fn. 9), N 852. Überdies entspricht es der Entstehungsgeschichte des Art. 67 OR, hinsichtlich der absoluten Frist auf den Zeitpunkt der Leistung abzustellen. Vgl. *Koller* (Fn. 25), § 33 N 17.

dingung, dass das Widerrufsrecht nicht ausgeübt wird.<sup>72</sup> Bei Eintritt der Bedingung, dem unbenutzten Ablauf der Widerrufsfrist, wird der Vertrag aber nicht erst im Zeitpunkt des Eintritts der Bedingung *ex nunc*<sup>73</sup> wirksam, sondern entfaltet seine Wirkung *ex tunc* (Art. 31 OR analog).<sup>74</sup>

Im vorliegenden Entscheid weitet das Bundesgericht die Ungültigkeitstheorie – zumindest implizit – auf das Widerrufsrecht bei Haustürgeschäften aus.<sup>75</sup> Gleich der Vertragsauflösung wegen Willensmängeln führen auch beim Widerrufsrecht im Ergebnis beide Konstruktionen zur Vertragsauflösung *ex tunc*, womit eine Leistung ohne gültigen Grund nach Art. 62 Abs. 2 OR erbracht wurde. Anders als bei der einseitigen Unverbindlichkeit bei der Vertragsauflösung wegen Willensmängeln scheint der Gesetzgeber durch die Qualifikation des Widerrufsrechts als «*vertragslösend*» beim Haustürgeschäft von der Anfechtungstheorie auszugehen.<sup>76</sup>

#### 4.3.2 Normzweck des Widerrufsrechts

Die bundesgerichtlichen Beweggründe, den Widerruf bei Haustürgeschäften entsprechend der Vertragsauflösung wegen Willensmängeln zu behandeln, finden sich im Normzweck der Bestimmungen über das Widerrufsrecht. Diese setzen an der Situation an, in welcher der Vertrag zwischen dem Anbieter und dem Kunden angebahnt wird.<sup>77</sup> Der ausserhalb von Geschäftsräumen unerwartet angesprochene Kunde ist auf die Vertragsverhandlungen nicht vorbereitet und wird dadurch *überraumpelt*. Die Überraumpelungssituation hindert den Kunden daran, alternative Angebote zu prüfen und eine vernünftige Abwägung der eigenen Interessen vorzunehmen. Seine Entscheidungsfreiheit ist dadurch beeinträchtigt und es besteht die Gefahr von Beeinflussung durch psychologischen Druck.<sup>78</sup> Unter diesen Umständen schliesst er womöglich einen «ungewollten», für ihn nachteiligen Vertrag ab. Dem Kunden soll daher ermöglicht werden, einen Vertrag in Kenntnis aller Umstände und nach reiflicher Überlegung (sog. *cooling-off period*<sup>79</sup>) abzuschliessen.<sup>80</sup> Der Normzweck zielt damit auf den Schutz des Konsumenten vor Überraumpelung, Beeinflussung der Willensbildung und unvorteilhafter Vertragsbindung.<sup>81</sup> Erreicht wird der angestrebte Schutz durch die Einräumung einer siebentägigen Bedenkfrist. Hat der Kunde selber zu Vertragsverhandlungen aufgefordert, entfällt der Überraumpelungseffekt, womit ihm das Widerrufsrecht nicht zugestanden wird (Art. 40c lit. a OR).

Angesichts des Normzwecks wird die vom Bundesgericht erwogene Nähe des Widerrufsrechts zu vergleichbaren Rechtsbehelfen erkennbar, die vor einem übereilten oder irrtumsbehafteten Vertrags-

<sup>72</sup> Stephan Lorenz (Fn. 70), 57; vgl. demgegenüber Art. 406e Abs. 1 OR, wonach der Vertrag ausdrücklich unter der Suspensivbedingung steht.

<sup>73</sup> Vgl. Art. 151 Abs. 2 OR. Vgl. auch BGE 129 III 264, E. 3.2.2: «[...] le contrat soumis à une condition suspensive ne produit d'effet qu'à compter du moment où la condition s'accomplit».

<sup>74</sup> Claire Huguenin, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar (Fn. 29), N 15 zu Art. 21 OR; Corrado Rampini, Vorbei ist vorbei – Gedanken zur gewillkürten Rückwirkung im Schuld- und Gesellschaftsrecht, in: Nedim P. Vogt/Eric Stupp/Dieter Dubs (Hrsg.), Unternehmen – Transaktion – Recht, Liber Amicorum für Rolf Watter zum 50. Geburtstag, Zürich/St. Gallen 2008, S. 345 ff. 347; Gauch (Fn. 63), 355.

<sup>75</sup> Für die Rechtsnatur des Widerrufsrechts hat die Gestaltung entsprechend der Ungültigkeitstheorie zur Folge, dass dem Widerrufsrecht der Charakter eines echten Gestaltungsrechts abgesprochen wird. *Durch die Widerrufs-erklärung wird nicht ein wirksamer Vertrag in einen unwirksamen, sondern lediglich ein schwebend unwirksamer Vertrag in einen endgültig unwirksamen Vertrag «umgestaltet»*. Vgl. Lorenz (Fn. 70), 58.

<sup>76</sup> Botschaft zu einem BG über die Förderung der Konsumenteninformation und zu einem BG über die Änderung des Obligationenrechts (Fn. 7), 390 f.; in diesem Punkt ist der Gesetzgeber vom deutschen Haustürwiderrufsgesetz (HWiG) abgewichen, welches die Entstehungsgeschichte der Regelungen von Art. 40a ff. OR stark geprägt hat. Das Widerrufsrecht nach § 1 HWiG folgte der schwebenden Unwirksamkeit. Vgl. demgegenüber die jetzt geltende Konzeption nach § 355 BGG, gemäss welcher der Vertrag sogleich mit dem Abschluss in Kraft tritt und der Widerruf zur nachträglichen Auflösung des Vertrags führt. Vgl. Dornier (Fn. 68), N 81; Lorenz (Fn. 70), 57; Hartmann (Fn. 68), 312 m.w.H.

<sup>77</sup> Die Widerrufsrechte nach Art. 406e OR und Art. 16 KKG sind demgegenüber vertragsgegenstandsbezogen. Vgl. Hartmann (Fn. 68), 310.

<sup>78</sup> So bereits BGE 4C\_120/1999, E. 2b/bb, welcher betont, dass die Bestimmungen keinen allgemeinen Missbrauchsvorwurf an die im Haustürgeschäft tätigen Personen bedeuten würden. So auch die Botschaft zu einem BG über die Förderung der Konsumenteninformation und zu einem BG über die Änderung des Obligationenrechts (Fn. 7), 387.

<sup>79</sup> Vgl. Lorenz (Fn. 70), 57 Fn. 68.

<sup>80</sup> Botschaft zu einem BG über die Förderung der Konsumenteninformation und zu einem BG über die Änderung des Obligationenrechts (Fn. 7), 386.

<sup>81</sup> Vgl. Rainer Gonzenbach, «Pacta sunt servanda» oder neues Licht auf einem alten Grundsatz, ZSR I 2007, 435 ff., 441.

schluss schützen. Der Tatbestand der Übervorteilung nach Art. 21 OR liegt dem Zweck des Widerrufsrechts etwa am nächsten.<sup>82</sup> Die Ungültigkeitsnormen der absichtlichen Täuschung (Art. 28 OR) und der Furchterregung (Art. 29 f. OR) betreffen Fälle, in denen die Willensfreiheit einer Vertragspartei durch Einwirkung der anderen tatsächlich beeinflusst und die Vertragspartei dadurch zum Vertragsabschluss bewogen wurde.<sup>83</sup> Der Motivirrtum, seinem Wesen nach ein Irrtum in der Willensbildung, bezieht sich auf den Beweggrund zum Vertragsschluss. In den Fällen, in denen der Wille des Kunden tatsächlich beeinträchtigt wurde, erscheint die Gleichbehandlung mit den Willensmängeln durchaus sachgerecht (Willensprinzip). Bei gegebenen Voraussetzungen stehen diese Rechtsbehelfe dem Kunden alternativ zur Verfügung.<sup>84</sup>

Die erwogene Nähe bedarf aber der Relativierung. Das Widerrufsrecht weist zum einen gegenüber diesen Rechtsbehelfen, zumindest vor Ablauf der Widerrufsfrist, einen erweiterten Anwendungsbereich auf. Während das Widerrufsrecht den Schutz vor Überrumpelung oder blosser Überredung bezweckt, vermögen die genannten Rechtsbehelfe davor nicht zu schützen. Die qualifizierten Voraussetzungen der Übervorteilung dürften dem Kunden eine erfolgreiche Anfechtung des Vertrags in den meisten Fällen vereiteln.<sup>85</sup> Die absichtliche Täuschung erfasst nicht jedes unseriöse Verhalten. Der Kunde, welcher die qualifizierten Tatbestandsmerkmale zu beweisen hat, gerät oft in Beweisnot.<sup>86</sup> Damit sich der Irrende auf einseitige Unverbindlichkeit berufen kann, muss der Irrtum objektiv und subjektiv wesentlich sein (Art. 24 OR).<sup>87</sup> Bei Haustürgeschäften entfällt dieses Erfordernis. Der Kunde kann auch bei Fehlvorstellungen über die Angemessenheit des Preises oder des eigenen Bedarfs für die angebotene Leistung widerrufen.<sup>88</sup> Dadurch bietet das Widerrufsrecht dem Kunden einen bedeutenden prozessualen Vorteil.

Zum anderen schützt das Gesetz den Kunden bei genauer Betrachtung vor einer abstrakten *Gefahr* für die freie Willensbildung, unbeschadet eines konkreten Abschlussmangels, einer tatsächlichen Beeinflussung oder der Schutzbedürftigkeit des Kunden. Der Kunde geht im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht zwingend von einer Fehlvorstellung aus. Das Angebot kann durchaus seinen Vorstellungen entsprechen. Möglich erscheint auch, dass der Kunde dem Vertragsabschluss gerade im Wissen um die Bedenkfrist zustimmt. Empfindet der Kunde den Vertrag infolge geänderter Interessenslage als lästig – weil er etwa ein besseres Angebot findet – kann er den Vertrag widerrufen. Von welchen Beweggründen sich der Kunde leiten lässt, ist unbeachtlich und liesse sich im Übrigen auch kaum je eruieren, da der Wille als psychologischer Vorgang nicht direkt erkennbar ist.<sup>89</sup> In solchen Fällen liegt das Widerrufsrecht aber einem bedingungslosen Vertragsrücktritt näher, womit zugleich die rechtspolitische Problematik der Regelung deutlich wird.<sup>90</sup> Der Gesetzgeber hatte aber primär die Fälle vor Augen, in denen der Konsument durch die Überrumpelungssituation in seiner Willensbildung tatsächlich beeinträchtigt wurde. Damit überwiegen letztlich die Gründe, das Widerrufsrecht gleich der Vertragsauflösung wegen Willensmängeln auszugestalten und daher von der Ungültigkeitstheorie auszugehen.

#### 4.3.3 Verjährung der Rückerstattungsansprüche

Nach dem Gesagten sind die Rückerstattungsansprüche nach Art. 40f Abs. 1 OR bereicherungsrechtlicher Natur, weshalb die Verjährungsfrist nach Art. 67 OR anwendbar ist. Dafür spricht auch der eingangs genannte Zweck der Verjährung. Der Kunde weiss im Zeitpunkt der Ausübung des Widerrufsrechts, dass er eine Anzahlung oder eine Sachleistung erbracht hat. Demgegenüber würde der Anbieter bei Anwendung der ordentlichen Verjährungsfrist nach Art. 127 OR über Jahre hinweg in einem Zustand der

<sup>82</sup> Die Bestimmung zur Übervorteilung bietet darüber hinaus auch die Möglichkeit, den Vertragsinhalt auf Äquivalenzstörungen zu prüfen. Vgl. *Gonzenbach* (Fn. 81), 443 ff.

<sup>83</sup> Vgl. *Hartmann* (Fn. 9), N 32 f.

<sup>84</sup> *Kut/Schnyder* (Fn. 22), N 11 zu Art. 40 a–g OR.

<sup>85</sup> *Gonzenbach* (Fn. 81), 446.

<sup>86</sup> *Lorenz* (Fn. 70), 123.

<sup>87</sup> Vgl. insb. zu den Voraussetzungen des Grundlagenirrtums (Art. 24 Abs. 4 OR) statt vieler: *Hunziker/von der Crone* (Fn. 39), 344 ff.

<sup>88</sup> *Lorenz* (Fn. 70), 123 f.

<sup>89</sup> *Heinrich Honsell*, Willentheorie oder Erklärungstheorie?, in: Festschrift Hans Peter Walter, Bern 2004, S. 335 ff.; *Hans Caspar von der Crone/Paul Felix Wegmann*, Wille und Willensreferenz im Vertragsrecht, ZSR 2007 I, 111 ff.

<sup>90</sup> Vgl. *Lorenz* (Fn. 70), 58 f.; vgl. *Dornier* (Fn. 68), N 112, welcher das Widerrufsrecht als Rücktrittsrecht nach Vorbild von Art. 107 Abs. 2 OR einordnet. Vgl. *Kut/Schnyder* (Fn. 22), N 6 zu Art. 40a–g OR.

Unsicherheit über eine allfällige Rückleistung gelassen. Damit erscheint das Ergebnis im Sinne einer schnellen Rückabwicklung, der Rechtssicherheit, der Kohärenz und der Übersichtlichkeit bei allen Entstehungsmängeln die gleiche Verjährungsfrist anzuwenden, durchaus sachgerecht.

Demnach war die Klage der A. im vorliegenden Entscheid im Zeitpunkt ihrer Einreichung verjährt, weshalb das Urteil des Bundesgerichts im Ergebnis nicht zu beanstanden ist.

## 5. Schlussbetrachtung

Mit dem vorliegenden Urteil ist die Kontroverse höchststrichterlich geklärt worden, ob bei widerrufenen Haustürgeschäften die bereicherungsrechtliche Verjährungsfrist des Art. 67 OR oder die vertragliche Verjährungsfrist des Art. 127 OR anwendbar ist. Dazu hat das Bundesgericht die Rechtsnatur diverser Rückerstattungsansprüche untersucht. Den Forderungen einer neueren Lehre, Rückerstattungsansprüche bei der Vertragsauflösung wegen Willensmängeln nach vertraglichen Grundsätzen zu behandeln, durch Übertragung der beim Vertragsrücktritt (Art. 109 OR) entwickelten Umwandlungstheorie, ist das Bundesgericht nicht gefolgt. Es hat zwar verschiedentlich erkannt, dass eine vertragliche Rückabwicklung zu einem sachgerechten Ausgleich zwischen den Vertragsparteien in der Frage einheitlicher Verjährungsfristen führt. Das Bundesgericht kommt aber vorliegend zu einem auf gründlicher Auslegung beruhenden Schluss, dass *de lege lata* überwiegende Gründe für das Festhalten an seiner herkömmlichen Auffassung sprechen. Demnach werden bei der Vertragsauflösung wegen Willensmängeln erbrachte Sachleistun-

gen weiterhin vindiziert, sonstige Leistungen kondiziert. Dafür sprechen zum einen der Wortlaut und die Entstehungsgeschichte des Art. 62 OR, zum anderen die gesetzgeberische Ausgestaltung der einseitigen Unverbindlichkeit bei Art. 23 OR. In Bezug auf das Widerrufsrecht kommt das Bundesgericht zum Ergebnis, dass dieses angesichts des Normzwecks mit der Vertragsanfechtung wegen Willensmängeln vergleichbar ist. Daher liegt sein Grund in den Umständen der Vertragsentstehung, was auch aus der Gesetzessystematik der Art. 40a ff. OR hervorgeht. Damit sind die Rückerstattungsansprüche nach Art. 40f Abs. 1 OR bereicherungsrechtlicher Natur, weshalb die Verjährungsfrist des Art. 67 OR anwendbar ist.

Abschliessend sei erwähnt, dass die Forderungen der neueren Lehre, Rückerstattungsansprüche aus der Rückabwicklung mangelhafter Verträge einheitlichen Verjährungsfristen zu unterstellen, auch vom Bundesrat aufgegriffen wurden. Dieser hat eine Teilrevision des OR zur Vereinheitlichung des gesamten Verjährungsrechts in die Vernehmlassung geschickt.<sup>91</sup> Vorgesehen ist eine einheitliche Verjährungsfrist von drei Jahren relativ und zehn Jahren absolut für vertragliche, bereicherungsrechtliche und ausservertragliche Ansprüche (Art. 127 ff. VE OR). Die Verjährungsfrist des Art. 67 OR wird damit aufgehoben. Für Forderungen aus Personenschäden wird gar eine Höchstdauer von dreissig Jahren vorgeschlagen (Art. 130 VE OR). Bis die geplante Gesetzesänderung allenfalls Eingang in das Gesetz finden wird, hat das Bundesgericht durch die Klärung diverser Rückerstattungsansprüche und deren entsprechenden Verjährungsfristen mit dem vorliegenden Entscheid einen bedeutenden Beitrag zur Rechtssicherheit geleistet.

<sup>91</sup> Vgl. Vorentwurf zum Obligationenrecht (Revision des Verjährungsrechts) auffindbar unter: <http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/wirtschaft/gesetzgebung/verjaehrungsfristen/vn-ve-verj-d.pdf>, zuletzt besucht am 1. September 2011.