

## Entscheidbesprechungen Discussions d'arrêts actuels

2. **Privatrecht/Droit privé**
- 2.7. **Schuldrecht – allgemein/  
Droit des obligations – en général**
- 2.7.1. **Obligationenrecht – Allgemeiner Teil –  
allgemein / Droit des obligations – Partie  
générale – en général**
- 2.7.1.1. **Entstehung/Formation**

### BGer 4A\_141/2017: Opfermitverantwortung bei der zivilrechtlichen absichtlichen Täuschung

Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A\_141/2017 vom 4. September 2017, *Stadt U.* gegen *A. AG.*, sachliche Zuständigkeit bei Widerklage, Software-Integrationsvertrag, Täuschung, Rücktritt (zur amtlichen Publikation vorgesehen).



MARKUS VISCHER\*



DARIO GALLI\*\*

*Zivilrechtliche absichtliche Täuschung: Die zivilrechtliche absichtliche Täuschung und die arglistige Täuschung im Sinne von Art. 146 StGB sind identisch. Ein absolutes Täuschungsverbot existiert mit anderen Worten weder im Straf- noch im Zivilrecht. Folglich setzen die straf- und zivilrechtliche Täuschung eine qualifizierte, das heisst arglistige Täuschung voraus. Ob eine solche oder lediglich eine einfache, rechtlich nicht relevante Täuschung vorliegt, muss im Einzelfall durch Würdigung des Verhaltens beider Parteien ermittelt werden. Im Rahmen dieser Abwägung stehen die Täuschungsintensität beim Täuschenden und die Opfermitverantwortung beim Getäuschten im Zentrum. Beurteilungsmassstab ist letztlich, vereinfacht gesagt, ob das Verhalten der jeweiligen Partei sozialadäquat ist. Solange sich der Täuschende sozialadäquat verhält, liegt in der Regel keine arglistige Täuschung vor, und solange sich der Getäuschte sozialadäquat verhält, ist im Regelfall eine Opfermitverantwortung zu verneinen.*

### I. Einleitung

Im vorliegenden zur amtlichen Publikation vorgesehenen Urteil hatte sich das Bundesgericht mit einer Streitigkeit aus einem Software-Integrationsvertrag<sup>1</sup> zu beschäftigen. Es entschied, dass das Handelsgericht auch für eine konexe Widerklage gegen eine nicht im Handelsregister eingetragene Klägerin und Widerbeklagte zuständig ist, und beantwortete diese bislang im Schrifttum kontrovers diskutierte Frage (E. 2). Daneben befasste sich das Bundesgericht mit drei materiell-rechtlichen Themen: der absichtlichen Täuschung (E. 3.1–3.4.3), dem Grundlagenirrtum (E. 3.4.4) und dem Leistungsverzicht gestützt auf Art. 107 Abs. 2 OR (E. 4).

Diese Urteilsbesprechung beschränkt sich auf die Thematik der absichtlichen Täuschung. Ausgeklammert werden somit prozessuale Aspekte. Ebenso verzichten die Autoren darauf, Ausführungen zum Grundlagenirrtum und zum Leistungsverzicht zu machen. Aus diesem Grund werden nur jene Erwägungen des Bundesgerichts wiedergegeben, welche für vorliegende Besprechung relevant sind.

### II. Sachverhalt und Rechtsweg

Im Jahre 2011/2012 schrieb die Stadt U. (Klägerin, Widerbeklagte, Beschwerdeführerin, nachfolgend Kundin) die Gesamterneuerung ihres Internetauftritts im Rahmen eines Submissionsverfahrens öffentlich aus. Die A. AG (Beklagte, Widerklägerin, Beschwerdegegnerin, nachfolgend Unternehmerin) reichte zusammen mit ihrer Offerte, welche auf der Softwarelösung B. (nachfolgend Software) beruhte, ein umfangreiches Dossier ein, welches insbesondere das ausgefüllte, auf Selbstdeklaration basierende Formular «Erfüllung Anforderungen/Funktionen» enthielt.

In der Folge plausibilisierte die Kundin unter Beizug eines externen Beraters (nachfolgend Berater) die Angaben der Unternehmerin. Nachdem die Unternehmerin den Zuschlag erhalten hatte, unterzeichneten die Parteien am 9./10. August 2012 einen Projektierungs-Vertrag (nachfolgend Vertrag). Am 31. Oktober/11. November 2013 schlossen die Parteien zusätzlich eine «Vereinbarung Entschädigung Zusatzaufwendungen» (nachfolgend Zusatzvereinbarung) ab. Aufgrund von Differenzen setzte die Kundin der Unternehmerin zweimal Nachfrist zur mängelfreien Erfüllung an und erklärte mit Schreiben vom 22. September 2014 schliesslich unter anderem unter Berufung auf Täuschung den sofortigen Rücktritt vom Vertrag und von der Zusatzvereinbarung.

\* MARKUS VISCHER, Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Walder Wyss AG, Zürich.

\*\* DARIO GALLI, MLaw, Rechtsanwalt, Doktorand Universität Freiburg i.Ue., Walder Wyss AG, Zürich

<sup>1</sup> Hierzu im Detail: GIANNI FRÖHLICH-BLEULER, *Softwareverträge*, 2. A., Bern 2014, N 321 ff. und 368 ff.

Mit Klage vom 17. April 2015 beantragte die Kundin dem Handelsgericht des Kantons Zürich (nachfolgend Vorinstanz), die Unternehmerin sei zu verpflichten, ihr CHF 513'305.27 zuzüglich Zins zu 5% zu bezahlen. Sie forderte damit die von ihr an die Unternehmerin geleisteten Zahlungen zurück und machte überdies Schadenersatzansprüche geltend. Die Unternehmerin beantragte ihrerseits, die Klage sei abzuweisen, und verlangte widerklageweise, die Kundin sei zur Bezahlung der restlichen vertraglich geschuldeten Pauschalrate von CHF 10'000 nebst Zins zu 5% sowie zu Schadenersatz in Höhe von CHF 32'205.75 nebst Zins zu 5% zu verpflichten. Die Vorinstanz wies mit Urteil vom 9. Februar 2017 die Hauptklage ab und verpflichtete die Kundin, der Unternehmerin CHF 10'000 nebst Zins zu 5% zu bezahlen. Im Mehrbetrag wies sie die Widerklage ab.

Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragte die Kundin dem Bundesgericht unter anderem, der angefochtene Entscheid sei aufzuheben, die Klage sei gutzuheissen und die Widerklage sei abzuweisen. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab.

### III. Erwägungen des Bundesgerichts

Das Bundesgericht erinnerte, der Tatbestand der absichtlichen Täuschung setze einerseits voraus, dass der Vertragspartner – durch positives Verhalten oder durch Schweigen – absichtlich getäuscht worden sei; für die Täuschungsabsicht genüge Eventualvorsatz. Andererseits sei erforderlich, dass der Vertragspartner durch die Täuschung zum Vertragsabschluss verleitet worden sei. Der durch die Täuschung hervorgerufene Irrtum müsse somit kausal für den Abschluss des Vertrages gewesen sein. Das Bundesgericht hielt weiter fest, ein (aktives) täuschendes Verhalten nach Art. 28 OR bestehe in einer Vorspiegelung falscher Tatsachen beziehungsweise dem Aufstellen von falschen Behauptungen. Werde dagegen ein Irrtum beim Vertragspartner nicht aktiv hervorgerufen, sondern dieser lediglich durch das Verschweigen von Tatsachen in seinem Irrtum belassen, sei dies nur insoweit – als (passiv) täuschendes Verhalten – verpönt, als eine Aufklärungspflicht bestehe; eine solche könne sich aus besonderer gesetzlicher Vorschrift und aus Vertrag ergeben oder wenn eine Mitteilung nach Treu und Glauben und den herrschenden Anschauungen geboten sei (E. 3.1, 3.1.1).

Dem Täuschenden sei der Einwand verwehrt, der Getäuschte hätte bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt, etwa durch Nachforschungen, die Täuschung erkennen können. Ein allenfalls fahrlässiges Verhalten des Getäuschten könne die Täuschungshandlung nicht aufheben oder entschuldigen. Den Ausschlag gebe allein die Tatsache, dass die Täuschung wirksam gewesen sei. Auch eine fahrlässige

Unkenntnis des wahren Sachverhalts stehe der Geltendmachung der Täuschung nicht entgegen, da das dolose Verhalten des Täuschenden ungleich schwerer wiege (E. 3.1.4).

Die Vorinstanz habe erwogen, es sei «a priori nicht ersichtlich», inwiefern ein täuschendes Verhalten der Unternehmerin vorgelegen haben soll. Sie habe die Frage aber offengelassen. Denn selbst wenn ein täuschendes Verhalten der Unternehmerin vorliegen würde, würde dieses völlig in den Hintergrund treten. Dies weil laut Vorinstanz im Rahmen der Täuschung gemäss Art. 28 OR die «Opfermitverantwortung» der Getäuschten zu berücksichtigen sei. Auch im Rahmen von Art. 28 OR müsse eine «Interessenabwägung zwischen dem Wissen und dem Wissen-Müssen jeder Vertragspartei» stattfinden. Dabei spielten auf der einen Seite die «Täuschungsintensität» und auf der anderen Seite die «Opferselbstschutzmöglichkeiten» eine grosse Rolle. Dies führe im Ergebnis zur Anwendung von Art. 25 OR, der die Berufung auf Täuschung dann als unstatthaft erkläre, wenn sie Treu und Glauben widerspreche. Vorliegend könne sich die Kundin aufgrund verschiedener Umstände nach Treu und Glauben und in Anwendung von Art. 25 OR nicht mehr auf absichtliche Täuschung stützen (E. 3.2).

Das Bundesgericht erklärte, es sei nicht ganz klar, was die Vorinstanz mit «Opfermitverantwortung» und ähnlichen Ausdrücken meine. Es gebe zivilrechtlich keine Opfermitverantwortung in dem Sinn, dass ein Getäuschter zufolge seiner Fahrlässigkeit gleichsam «selber schuld» sei oder deswegen gegen Treu und Glauben verstossen würde, wenn er sich auf die Täuschung berufe. Im Übrigen würde das Konzept der Vorinstanz voraussetzen, dass die «Täuschungsintensität» beurteilt werde, was nicht möglich sei, ohne dass Klarheit darüber bestehe, worin das täuschende Verhalten bestanden haben soll (E. 3.3).

Das Bundesgericht führte aus, die Kundin habe den Täuschungsvorwurf zweifach begründet. Ein «erster Täuschungskomplex» bestehe darin, dass die Unternehmerin der Kundin tatsachenwidrig vorgegaukelt habe, dass die Software eine Standard-CMS-Software sei, welche geeignet sei, das Projekt gemäss den Vorgaben des Pflichtenhefts umzusetzen. Die Unternehmerin habe zweitens die Selbstdeklaration tatsachenwidrig ausgefüllt und dabei eine «out of the box»-Funktionalität vorgegaukelt, welche in Tat und Wahrheit nicht bestanden habe. Der Vorwurf der Kundin sei im Kern, dass die Unternehmerin sich zur Realisierung umfangreicher, detailliert umschriebener Funktionen gemäss Pflichtenheft verpflichtet habe, obwohl ihr von Anfang an klar gewesen sei, dass sie diese mit der Software nicht «out of the box», das heisst standardmässig ohne zusätzlich zu entschädigende Ergänzungen, werde erbringen können (E. 3.4.1, 3.4.2.1).

Das Bundesgericht folgerte, es gehe vorliegend also letztlich darum, was vereinbart worden sei. Namentlich scheine ein unterschiedliches Verständnis darüber bestanden zu haben, was der Begriff «out of the box» bedeute. Nach Ansicht der Kundin sei eine Standardlösung (ohne Zusatzkosten) vereinbart worden. Hierfür berufe sich die Kundin unter anderem auf das von der Unternehmerin erstellte Lösungskonzept, welches Vertragsbestandteil gewesen sei. Darin habe die Unternehmerin ausgeführt: «Die meisten Anforderungen und Funktionen im Pflichtenheft können «out of the box» erfüllt werden und benötigen lediglich kleiner (recte: kleinere) Anpassungen und der (recte: den) Einrichtungsaufwand.» Zudem habe die Kundin im Pflichtenheft auch verlangt, dass der offerierte Preis als Kostendach gelte. Die Unternehmerin ihrerseits habe unter anderem darauf hingewiesen, im Vertragsbestandteil bildenden Lösungskonzept sei auf das Plug-in-Angebot hingewiesen worden, wonach über 300 Erweiterungen (Plug-ins) bestünden, welche spezifisch für die Software entwickelt worden seien. Dort sei auch auf «ein paar» für die Kundin relevante Plug-ins hingewiesen worden. Die Kundin habe daher davon ausgehen müssen, dass die von der Unternehmerin angebotene Lösung auf der Software basierte, einige Funktionen jedoch mittels zugehöriger und bestehender Plug-ins/Add-ons implementiert werden würden. Aus dem Vertrag, der dem Pflichtenheft vorgehe, ergebe sich sodann, dass kein Kostendach vereinbart worden sei. Darin werde nämlich festgehalten, dass die Unternehmerin «nach effektivem Aufwand» abrechne (E. 3.4.2.1).

Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass keine Täuschung vorliege. Beide Parteien könnten sich für ihr jeweiliges unterschiedliches Verständnis darüber, welche Leistungen zu welchem Preis vereinbart worden seien, auf bestimmte Indizien stützen. Der Streit sei daher eigentlich ein solcher über die Vertragsauslegung. Darauf berufe sich die Kundin jedoch nicht, das heisst, sie mache keinen Erfüllungsanspruch geltend. Ebenso wenig berufe sich die Kundin auf einen (versteckten) Dissens, setze ein Willensmangel, wie sie ihn geltend mache, doch zumindest einen normativen Konsens voraus. Eine Täuschung über Tatsachen und insbesondere eine diesbezügliche Täuschungsabsicht der Unternehmerin liege jedenfalls aber nicht vor. Auch eine Täuschung durch passives Verhalten sei zu verneinen. Dies würde voraussetzen, dass die Unternehmerin nach Treu und Glauben eine entsprechende Aufklärungspflicht gehabt hätte, was allein schon deswegen zu verneinen sei, weil die Kundin für das Projekt einen Berater beigezogen habe. Wenn jemand einen Experten beiziehe, könne die Gegenpartei davon ausgehen, dass dieser über Fachkunde verfüge, und müsse nicht denken, sie müsse selber noch Aufklärungsarbeit leisten (E. 3.4.2, 3.4.2.3).

## IV. Bemerkungen

### A. Ausgangslage

Die Vorinstanz hat offengelassen, ob der Unternehmerin ein täuschendes Verhalten vorgeworfen werden kann. Zugleich hat sie aber festgehalten, dass selbst wenn ein täuschendes Verhalten der Unternehmerin vorliegen würde, dieses aufgrund der Opfermitverantwortung der Kundin völlig in den Hintergrund treten würde (E. 3.2).

Das Bundesgericht gelangte zwar zum selben Schluss wie die Vorinstanz in ihrer Eventualbegründung, begründete dies aber anders (E. 3.4.2, 3.4.2.3). Das besprochene Urteil verdient im Ergebnis Zustimmung (unten IV.G.). Hingegen ist unseres Erachtens die Begründung des Bundesgerichts inkorrekt. Im Fokus unserer Kritik steht folgende Passage:

«Es ist nicht ganz klar, was die Vorinstanz mit «Opfermitverantwortung» und ähnlichen Ausdrücken meint. Die Beschwerdeführerin [das heisst die Kundin] rügt, die damit zugrunde gelegte Rechtsauffassung widerspreche der oben (E. 3.1.4) dargelegten bundesgerichtlichen Rechtsprechung. In der Tat gibt es zivilrechtlich keine Opfermitverantwortung in dem Sinn, dass ein Getäuschter zufolge seiner Fahrlässigkeit gleichsam «selber schuld» ist oder deswegen gegen Treu und Glauben verstossen würde, wenn er sich auf die Täuschung beruft.»<sup>2</sup>

Bevor das vorliegende Urteil kritisch gewürdigt wird (IV.G.), werden die absichtliche Täuschung im Zivilrecht (IV.B.) und die arglistige Täuschung im Strafrecht (IV.C.) skizziert. Anschliessend legen die Autoren dar, dass das Prinzip der Opfermitverantwortung auch im Zivilrecht bei absichtlichen Täuschungen zu berücksichtigen ist (IV.D.), und stellen die zivilrechtliche absichtliche Täuschung und die strafrechtliche arglistige Täuschung einander gegenüber (IV.E.). Sodann wird aufgezeigt, dass das Verhalten des Täuschenden und jenes des Getäuschten in einem Spannungsverhältnis stehen und folglich beide gewürdigt werden müssen (IV.F.). Den Abschluss dieser Urteilsbesprechung bildet ein kurzes Fazit (IV.H.).

### B. Begriff der absichtlichen Täuschung im Zivilrecht

Der Gesetzgeber regelt den Tatbestand der zivilrechtlichen absichtlichen Täuschung – auch *zivilrechtlicher Betrug* genannt<sup>3</sup> – in verschiedenen Normen: im OR AT (Art. 28 Abs. 1 und 2 OR), im OR BT, genauer gesagt im Kaufrecht (Art. 192 Abs. 3, Art. 198, Art. 199, Art. 203, Art. 210

<sup>2</sup> BGer, 4A\_141/2017, 4.9.2017, E. 3.3 *in initio*.

<sup>3</sup> PETER POPP, Betrug im Schuld- und Strafrecht, in: Niklaus Schmid/Martin Killias (Hrsg.), *Le droit pénal et ses liens avec les autres branches du droit. Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Gauthier*, Bern 1996, 111 ff., 111.



Abs. 6, Art. 234 Abs. 1 und 3 OR), im Werkvertragsrecht (Art. 370 Abs. 1 OR) und im Frachtrecht (Art. 452 Abs. 1 OR); im ZGB, das heisst im Familienrecht (Art. 107 Ziff. 3 ZGB) und im Erbrecht (Art. 469 Abs. 1 und Art. 540 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB) sowie im SchKG (Art. 313 Abs. 1 SchKG mit Verweis auf Art. 28 OR).

Hervorzuheben ist, dass die Terminologie uneinheitlich ist.<sup>4</sup> Der Gesetzgeber spricht wahlweise von «absichtlicher Täuschung»<sup>5</sup>, «absichtlich verschwiegen»<sup>6</sup>, «arglistig verschwiegen»<sup>7</sup>, «absichtlich getäuscht»<sup>8</sup> oder von «arglistiger Täuschung»<sup>9, 10</sup>. Obwohl der Gesetzgeber unterschiedliche Begrifflichkeiten verwendet, meint er damit jedoch sowohl im OR<sup>11</sup> als auch im ZGB<sup>12</sup> dassel-

be.<sup>13</sup> Nur eine Minderheitsmeinung in der Lehre möchte den verschiedenen Begriffen unterschiedliche Bedeutungen beimessen.<sup>14</sup> Es mag zwar in der Doktrin ein breiter Konsens darüber bestehen, dass die Begriffe dieselbe Bedeutung besitzen. Was hingegen genau unter absichtlicher beziehungsweise arglistiger Täuschung und verwandten Ausdrücken im Zivilrecht zu verstehen ist, darüber gehen die Meinungen freilich auseinander: Ist darunter eine einfache Täuschung oder eine qualifizierte, eben arglistige Täuschung zu verstehen? Darauf wird zurückzukommen sein (unten IV.E.).

Eine zivilrechtliche absichtliche Täuschung setzt (i) eine Täuschungshandlung über Tatsachen voraus, welche (ii) einen Motivirrtum beim Vertragspartner hervorrufen oder aufrechterhalten und (iii) den Vertragspartner zum Abschluss des Vertrags verleiten muss (*objektiver Tatbestand*).<sup>15</sup> Der Täuschende muss den Getäuschten zudem absichtlich, das heisst (eventual-)vorsätzlich, täuschen.<sup>16</sup> Der Vorsatz muss sich auf die drei objektiven Tatbestandselemente, also die Täuschungshandlung, die Irrtumserregung und die dadurch erfolgende Willensbeeinflussung beziehen (*subjektiver Tatbestand*).<sup>17</sup> Fehlt dem «Täuschenden» der Vorsatz beziehungsweise macht dieser lediglich fahrlässige Falschangaben, muss der «Getäuschte» nach den Regeln über den

<sup>4</sup> ROLF H. WEBER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97–109 OR, Bern 2000 (zit. BK-WEBER), Art. 99 OR N 57 ff. betreffend Arglist und Absicht im Allgemeinen; für das *Kaufrecht* siehe CR CO I-VENTURI/ZENRUFFINEN, Vor Art. 197–210 N 44, in: Luc Thévenoz/Franz Werro (Hrsg.), Code des obligations I, Commentaire Romand, 2. A., Basel 2012 (zit. CR CO I-Verfasser).

<sup>5</sup> Art. 28 Abs. 1 und Abs. 2, Art. 203, Art. 210 Abs. 6, Art. 234 Abs. 1 und 3, Art. 452 Abs. 1 OR.

<sup>6</sup> Art. 192 Abs. 3 und Art. 370 Abs. 1 OR.

<sup>7</sup> Art. 199 OR.

<sup>8</sup> Art. 198 OR und Art. 107 Ziff. 3 ZGB.

<sup>9</sup> Art. 469 Abs. 1 ZGB.

<sup>10</sup> Gewisse Gesetzesbestimmungen (zum Beispiel Art. 454 Abs. 3 OR oder Art. 540 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB) sprechen bloss von «Arglist» und beziehen sich auf eine Täuschung. Daneben existieren auch einzelne Gesetzesbestimmungen, welche unabhängig von einer Täuschung von Arglist sprechen (beispielsweise Art. 769 Abs. 2, Art. 966 Abs. 2, Art. 1030 Abs. 2 OR).

<sup>11</sup> BGer, 4A\_301/2010, 7.9.2010, E. 3.2, und BGer, 4C.242/2004, 6.10.2004, E. 2 betreffend die Termini «absichtliche Täuschung» im Sinne von Art. 203 OR und «arglistiges Verschweigen» gemäss Art. 199 OR. Die Lehre bezüglich des Täuschungsbegriffs nach Art. 28 OR und nach Kaufrecht: MARKUS VISCHER, Der Einsatz des Strafrechts im Gewährleistungsrecht beim Unternehmenskauf, in: Anna Böhme/Fabian Gähwiler/Fabiana Theus Simoni/Ivo Zuberbühler (Hrsg.), Ohne jegliche Haftung. Festschrift für Willi Fischer, Zürich/Basel/Genf 2016, 541 ff., 543; BRUNO VON BÜREN, Schweizerisches Obligationenrecht. Besonderer Teil (Art. 184–551), Zürich 1972, 38 (Anm. 153); FRANCO PEDRAZZINI, La dissimulation des défauts, Diss. Freiburg i.Ue., Freiburg i.Ue., 1992, N 34 ff., insbesondere N 85; HUGO OSER/WILHELM SCHÖNENBERGER, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Art. 184–418 OR, 2. A., Zürich 1936 (zit. ZK-OSER/SCHÖNENBERGER), Art. 203 OR N 1. Bezüglich *Werkvertrag*: PETER GAUCH, Der Werkvertrag, 5. A., Zürich/Basel/Genf 2011, N 2090 ff. mit weiteren Hinweisen. Betreffend *Frachtvertrag*: ALEXANDER VON ZIEGLER/GIOVANNA MONTANARO, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser (Hrsg.), Schweizerisches Obligationenrecht, Orell Füssli Kommentar, Zürich 2016, Art. 452 OR N 4.

<sup>12</sup> Betreffend *Familienrecht*: BSK ZGB I-GEISER, Art. 107 N 13, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Zivilgesetzbuch I, Basler Kommentar, 5. A., Basel 2014, unter ausdrücklichem Hinweis auf Art. 28 OR; bezüglich *Erbrecht*: PETER TUOR,

Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die Erben, Art. 457–536 ZGB, 2. A., Bern 1952, Art. 469 ZGB N 24.

<sup>13</sup> Im Allgemeinen: J.B. EMIL RUSCH, Drohung und arglistige Täuschung bei Verkehrsgeschäften, Diss. Zürich 1948, 58 f., BSK OR I-WIEGAND, Art. 99 N 5, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Obligationenrecht I, Basler Kommentar, 6. A., Basel 2015 (zit. BSK OR I-Verfasser); BK-WEBER (FN 4), Art. 99 OR N 57; ALFRED SCHUBIGER, Verhältnis der Sachgewährleistung zu den Folgen der Nichterfüllung oder nicht gehörigen Erfüllung, Diss. Bern, Bern 1957, 82; THOMAS LÖRTSCHER, Vertragliche Haftungsbeschränkungen im schweizerischen Kaufrecht, Diss. Zürich, Zürich 1977, 139; ANDREAS VON TUHR, Streifzüge im revidierten Obligationenrecht, SJZ 1921/22, 365 ff. und 383 ff., 368 (Anm. 8); EUGEN BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. A., Zürich 1988, 220 (Anm. 96). Siehe auch BGE 131 III 145 E. 8.1, wo betreffend die absichtliche Täuschung nach Kaufrecht auf Art. 28 OR verwiesen wird, oder HGer ZH, 1.6.1977, in: SJZ 1977, 320 ff., 322, welches im Zusammenhang mit Art. 28 OR ausdrücklich von «arglistiger Täuschung» spricht.

<sup>14</sup> ZK-OSER/SCHÖNENBERGER (FN 11), Art. 192 OR N 21; HERBERT SCHÖNLE/PETER HIGI, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Art. 192–204 OR, Kauf und Schenkung – Zweite Lieferung, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2005, Art. 192 OR N 76, Art. 199 OR N 68 ff. und Art. 203 OR N 13 f.; HERMANN BECKER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Art. 184–551 OR, Bern 1934, Art. 370 OR N 3.

<sup>15</sup> BGer, 4A\_141/2017, 4.9.2017, E. 3.1.1 und 3.1.2; BSK OR I-SCHWENZER (FN 13), Art. 28 N 3 ff.

<sup>16</sup> BGer, 4C.330/1999, 5.4.2000, E. 1e.

<sup>17</sup> BGer, 4A\_141/2017, 4.9.2017, E. 3.1.2.

Irrtum (Art. 23–26 OR) vorgehen.<sup>18</sup> Gegebenenfalls können auch Schadenersatzansprüche aus *culpa in contrahendo* geltend gemacht werden.<sup>19</sup> In negativer Hinsicht ist verlangt, dass der Getäuschte kein Wissen über die zu täuschende Tatsache besitzen darf.<sup>20</sup>

Die ausdrückliche oder konkludente Täuschungshandlung kann in der Vorspiegelung falscher Tatsachen beziehungsweise dem Aufstellen von falschen Behauptungen oder der Verheimlichung, das heisst Unterdrückung, wahrer Tatsachen (*aktive Täuschung, dolus commisivus*) oder im Verschweigen von Tatsachen (*passive Täuschung, dolus omissivus*) bestehen.<sup>21</sup> Das Verschweigen von Tatsachen ist nur verpönt, soweit eine Aufklärungspflicht besteht.<sup>22</sup> Eine Aufklärungspflicht kann sich aus besonderer gesetzlicher Vorschrift, Vertrag oder im Einzelfall aufgrund von Treu und Glauben ergeben.<sup>23</sup> Tendenziell ist eine Aufklärungspflicht zu bejahen, wenn eine Wissenslücke zwischen den Parteien vorliegt, eine Partei besondere Fachkenntnisse besitzt und/oder ein Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien besteht.<sup>24</sup> Eine allgemeine Aufklärungspflicht besteht jedoch nicht.<sup>25</sup> Ebenso wenig existiert eine daraus

abgeleitete allgemeine, vorvertragliche Untersuchungspflicht.<sup>26</sup>

In der Praxis ist der Rechtsbehelf der absichtlichen Täuschung vor allem im Kaufvertrags-, aber auch im Werkvertragsrecht im Zusammenhang mit dem Verschweigen von Mängeln bedeutsam.<sup>27</sup> Gelingt es nämlich dem Käufer nachzuweisen, dass ihn der Verkäufer getäuscht hat, kann der Verkäufer weder die Nichtrechtzeitigkeit der Mängelrüge (Art. 203 OR) noch die Verjährung (Art. 210 Abs. 6 OR) geltend machen.<sup>28</sup> Weiter kann der täuschende Verkäufer dem Käufer auch nicht die Erkennbarkeit des Mangels entgegenhalten (Art. 200 Abs. 2 OR).<sup>29</sup> Schliesslich sind allfällige Freizeichnungsklauseln ungültig (Art. 199 OR). Wegen Letzterem nimmt das Bundesgericht – im Rahmen von Grundstückkaufverträgen – relativ schnell eine absichtliche Täuschung an, um die seiner Auffassung nach oft unbilligen Resultate der Wegbedingung oder Einschränkung der gesetzlichen Gewährleistung (Art. 192 ff., Art. 197 ff. OR) zu korrigieren.<sup>30</sup> Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass sich ein getäuschter Käufer alternativ auf die kaufrechtlichen Gewährleistungsrechte oder auf Art. 28 Abs. 1 OR berufen kann.<sup>31</sup>

### C. Begriff der arglistigen Täuschung im Strafrecht

Diverse Straftatbestände knüpfen an eine arglistige Täuschung an. Im Vordergrund steht der Betrug (Art. 146 StGB), wo der Gesetzgeber von «arglistiger Irreführung» und «arglistiger Bestärkung eines Irrtums» spricht. Eine

<sup>18</sup> CLAIRE HUGUENIN, Die absichtliche Täuschung durch Dritte, SJZ 1999, 261 ff., 262 f.

<sup>19</sup> INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil, 7. A., Bern 2016, N 38.07.

<sup>20</sup> In Bezug auf das Kaufrecht: HERIBERT TRACHSEL, Zum absichtlichen (arglistigen) Verschweigen von Mängeln, BR 2015, 135 ff., 137.; THEO GUHL/ALFRED KOLLER, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. A., Zürich 2000, § 42 N 55; DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, Anfechtung eines Aktienkaufvertrags gemäss Art. 203 OR, dRSK vom 9.9.2016, N 12.

<sup>21</sup> BGer, 4A\_23/2016, 19.7.2016, E. 4; BGE 132 II 161 E. 4.1; BRUNO SCHMIDLIN, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Mängel des Vertragsabschlusses, Art. 23–31 OR, 2. A., Bern 2013 (zit. BK-SCHMIDLIN), Art. 28 OR N 12; HEINRICH HONSELL, Arglistiges Verschweigen in Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung, in: Pierre Tercier/Marc Amstutz/Alfred Koller/Jörg Schmid/Hubert Stöckli (Hrsg.), Gauchs Welt. Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2004, 101 ff., 104; PIERRE ÉNGEL, Traité des obligations en droit suisse, 2. A., Bern 1997, 351 ff.

<sup>22</sup> BGE 116 II 431 E. 3a.

<sup>23</sup> BGer, 4A\_141/2017, 4.9.2017, E. 3.1.1; MAX BAUMANN, Zürcher Kommentar, Zivilgesetzbuch, Art. 1–7 ZGB, Einleitung, 3. A., Zürich 1998 (zit. ZK-BAUMANN), Art. 2 ZGB N 172.

<sup>24</sup> MONIKA SOMMER, Bundesgerichtsentscheid vom 11. Januar 2005 (4C.225/2004) i.S. A., B., C. ca. X. AG, MRA 2005, 140 ff., 144 f.; MELANIE GOTTINI/HANS CASPAR VON DER CRONE, Aufklärungspflicht im Rahmen von Art. 28 OR, SZW 2017, 509 ff., 510 f. mit Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung; VALENTIN MONN, Die Verhandlungsabrede, Diss. Freiburg i.Ue., Zürich/Basel/Genf 2010, N 1395 ff.

<sup>25</sup> BGer, 4C.26/2000, 6.9.2000, E. 2a/bb; BUCHER (FN 13), 220; HUGUENIN (FN 18), 262; GOTTINI/VON DER CRONE (FN 24), 510; VISCHER (FN 11), 544 f.

<sup>26</sup> Betreffend *Kaufrecht*: BGer, 4A\_472/2010, 26.11.2010, E. 3.2; OLIVER BLUM, Rechtliche Bedeutung der Due Diligence, in: Rudolf Tschäni (Hrsg.), Mergers & Acquisitions VIII, Zürich/Basel/Genf 2006, 175 ff., 191 f.; MARKUS VISCHER, Die Rolle des Verschuldens im Gewährleistungsrecht beim Unternehmenskauf, SJZ 2009, 129 ff., 135.

<sup>27</sup> TRACHSEL (FN 20), 135; VISCHER (FN 11), 545 mit weiteren Hinweisen.

<sup>28</sup> GALLI/VISCHER (FN 20), N 11.

<sup>29</sup> BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, Art. 28 OR und kaufrechtliche Sachgewährleistung bei absichtlicher Täuschung des Käufers, ZBJV 2002, 137 ff., 146.

<sup>30</sup> VISCHER (FN 11), 545 f. unter Hinweis auf BGer, 4A\_619/2013, 20.5.2014 (besprochen von ELENA KOCH/MARKUS VISCHER, Die «falsche» Zone im Grundstückskauf, dRSK vom 17.10.2014), BGer, 4A\_11/2015, 25.6.2015 (besprochen von DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, Zulässigkeit von Freizeichnungsklauseln in Grundstückkaufverträgen, dRSK vom 30.9.2015), und BGer, 4A\_470/2012, 23.1.2013 (besprochen von SCARLETT SCHWARZENBERGER/MARKUS VISCHER, Freizeichnungsklauseln in Grundstückkaufverträgen. Mangelhafte Sache und arglistiges Verschweigen von Mängeln, dRSK vom 7.5.2013).

<sup>31</sup> BGE 127 III 83 E. 1b (besprochen von PETER GAUCH, Sachgewährleistung und Willensmängel beim Kauf einer mangelhaften Sache – Alternativität der Rechtsbehelfe und Genehmigung des Vertrages, recht 2001, 184 ff.).

arglistige Täuschung wird aber auch bei der arglistigen Vermögensschädigung (Art. 151 StGB) vorausgesetzt.<sup>32</sup> Andere Straftatbestände wie zum Beispiel die Erschleichung eines gerichtlichen Nachlassvertrages (Art. 170 StGB) oder der unrechtmässige Bezug von Leistungen einer Sozialversicherung oder der Sozialhilfe (Art. 148a StGB, sogenannter Sozialleistungsmisbrauch) setzen indes – zumindest gemäss Wortlaut – nur eine einfache Täuschung voraus.<sup>33</sup>

Im Rahmen dieser Urteilsbesprechung interessiert vornehmlich die Frage, was die zivilrechtliche absichtliche Täuschung und die strafrechtliche arglistige Täuschung gemein haben (unten IV.E.). Aufgrund der sachlichen Nähe von Art. 28 OR zu Art. 146 StGB gehen die Autoren bei der nachstehenden Analyse der strafrechtlichen arglistigen Täuschung vom Begriffsverständnis der arglistigen Täuschung beim Betrug (Art. 146 StGB) aus. Wie bei der zivilrechtlichen absichtlichen Täuschung kann die Täuschung aktiv durch Vorspiegelung oder Unterdrückung von Tatsachen oder passiv durch Schweigen zufolge Verletzung einer Aufklärungspflicht<sup>34</sup> geschehen (Tatvariante 1 = «durch Vorspiegelung oder Unterdrückung von Tatsachen arglistig irreführt»)<sup>35</sup>. Daneben wird auch die Konstellation erfasst, in welcher sich das Opfer bereits in einem Irrtum befindet und der Täter das Opfer in diesem bestärkt (Tatvariante 2 = «ihn in einem Irrtum arglistig bestärkt»)<sup>36</sup>. Das irreführende Verhalten im Sinne der Tatvariante 1 muss tatsächlich einen Irrtum hervorrufen. In der Tatvariante 2 muss der Täter den bereits bestehenden Irrtum lediglich bestärken. Der Irrtum besteht in der Differenz zwischen dem erweckten Anschein und der Wirklichkeit.<sup>37</sup> In subjektiver Hinsicht verlangt Art. 146 StGB (Eventual-)Vorsatz.<sup>38</sup>

Nicht jede Täuschung ist tatbestandsmässig im Sinne von Art. 146 StGB. Verlangt wird eine Täuschung, also eine Verhaltensweise – bestehend aus einem Tun oder Nichtstun

–, die objektiv betrachtet arglistig ist (sogenannte *qualifizierte Täuschungshandlung*).<sup>39</sup> Eine Täuschung ist gemäss Bundesgericht dann arglistig, wenn der Täuschende ein ganzes *Lügenreiches Gebäude* errichtet oder sich neben einer einfachen Lüge *besonderer beziehungsweise täuschender Machenschaften* wie zum Beispiel gefälschter Urkunden bedient. *Einfache Lügen* sind gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung auch ohne besondere Machenschaften arglistig, wenn (i) die Angaben des Täuschenden nicht oder nur mit besonderer Mühe auf ihre Richtigkeit überprüft werden können, (ii) der Täuschende den Getäuschten von einer Überprüfung der Angaben abhält, (iii) dem Getäuschten die Überprüfung der Angaben nicht zumutbar ist oder (iv) der Täuschende aus bestimmten Gründen voraussieht, dass der Getäuschte von einer Überprüfung absehen wird.<sup>40</sup> Arglist bedeutet somit letztlich Nicht-Überprüfbarkeit des Vorhandenseins beziehungsweise Nichtvorhandenseins einer Tatsache.<sup>41</sup>

Die Arglist ist zu verneinen, wenn der Getäuschte eine *Opfermitverantwortung* trägt. Das Mass der vom Getäuschten erwarteten Aufmerksamkeit wird dabei nicht abstrakt, sondern individuell-konkret bestimmt. Es kommt mithin auf die Lage und Schutzbedürftigkeit des Opfers im Einzelfall an. Eine Opfermitverantwortung ist ausnahmsweise dann zu bejahen, wenn der Getäuschte die zumutbaren elementaren Vorsichtsmassnahmen nicht getroffen hat. Mit anderen Worten genügt fahrlässiges Verhalten des Getäuschten nicht; verlangt wird *Leichtfertigkeit*.<sup>42</sup>

## D. Das Prinzip der Opfermitverantwortung im Zivilrecht

### 1. Das Prinzip der Opfermitverantwortung im Zivilrecht in der Rechtsprechung des Bundesgerichts

An dieser Stelle sei an die Aussage des Bundesgerichts erinnert, wonach es im Zivilrecht keine Opfermitverantwortung gebe.<sup>43</sup> Es ist dem Bundesgericht zwar beizupflichten, dass der Terminus «Opfermitverantwortung» ein dem Strafrecht entlehnter Begriff ist. Dies vermag allerdings nichts am Umstand zu ändern, dass das Konzept der Opfermitverantwortung schon vor Jahrzehnten unter dem Deckmantel von Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB) Eingang in die bundesgerichtliche Rechtsprechung gefunden hat.

<sup>32</sup> BSK StGB II-ARZT, Art. 151 N 2, in: Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Strafrecht II, Basler Kommentar, 3. A., Basel 2013 (zit. BSK StGB II-Verfasser).

<sup>33</sup> Umstritten: bezüglich Art. 170 StGB: BSK StGB II-HAGENSTEIN (FN 32), Art. 170 N 13, und betreffend Art. 148a StGB: MATTHIAS JENAL, Der Sozialleistungsmisbrauch (Art. 148a StGB) und die obligatorische Landesverweisung (Art. 66a Abs. 1 StGB) – ein neuer Straftatbestand schafft Probleme, Jusletter vom 6.3.2017, N 6 ff.

<sup>34</sup> Verlangt wird eine *Garantenstellung*. Ein Betrug durch Schweigen ist nur unter den Voraussetzungen eines unechten Unterlassungsdelikts strafbar (GÜNTER STRATENWERTH/GUIDO JENNY/FELIX BOMMER, Schweizerisches Strafrecht. Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individualinteressen, 7. A., Bern 2010, § 15 N 23).

<sup>35</sup> ANDREAS DONATSCH, Strafrecht III. Delikte gegen den Einzelnen, 10. A., Zürich/Basel/Genf 2013, 223 ff.

<sup>36</sup> STRATENWERTH/JENNY/BOMMER (FN 34), § 15 N 27 f.

<sup>37</sup> Zum Ganzen DONATSCH (FN 35), 234.

<sup>38</sup> BERNARD CORBOZ, Les infractions en droit suisse, Band I, 3. A., Bern 2010, 332.

<sup>39</sup> DONATSCH (FN 35), 224 unter Hinweis auf BGE 128 IV 18 E. 3a, in: Pra 2002, Nr. 60.

<sup>40</sup> BGE 135 IV 76 E. 5.2.

<sup>41</sup> JÜRIG-BEAT ACKERMANN, Sträflicher Leichtsinns oder strafbarer Betrug? – Zur rationalen Kriminalisierung der Lüge, in: Jürg-Beat Ackermann/Marianne Johanna Hilf (Hrsg.), Alles Betrug? – Betrug, Betrüger und Betrogene in der Strafrechtspraxis. 7. Schweizerische Tagung zum Wirtschaftsstrafrecht, Zürich/Basel/Genf 2014, 75 ff., 87 f.; siehe auch VISCHER (FN 11), 549 f.

<sup>42</sup> BGE 135 IV 76 E. 5.2; BGer, 6S.168/2006, 6.11.2006, E. 1.2.

<sup>43</sup> BGer, 4A\_141/2017, 4.9.2017, E. 3.3.



Denn wie nachfolgend aufgezeigt wird, existiert auch im Zivilrecht kein absolutes Täuschungsverbot, weil sonst die Handlungsfreiheit des Individuums und des Markts zu sehr eingeschränkt würden.<sup>44</sup>

#### a. Aktive Täuschungen

Dem Bundesgericht ist insofern zuzustimmen, als eine allgemeine Pflicht zur Überprüfung der Angaben der Vertragspartei nicht besteht. Folgerichtig existiert auch keine allgemeine Opfermitverantwortung.<sup>45</sup> Mit anderen Worten darf jedermann grundsätzlich auf die Richtigkeit der Angaben der Gegenpartei vertrauen beziehungsweise kann gutgläubig auf eine Überprüfung ihrer Aussagen verzichten.<sup>46</sup>

In Einzelfällen kann sich der Getäuschte jedoch nicht auf Treu und Glauben berufen; er kommt mithin nicht in den Genuss des Vertrauensschutzes. Wie MICHA NYDEGGER treffend hervorhebt, ist dies der Fall, wenn (i) dem Getäuschten eine *gesetzliche Pflicht* zur Überprüfung von Angaben obliegt (beispielsweise Art. 31 KKG<sup>47</sup> oder Art. 4 f. GwG<sup>48</sup>), wenn (ii) *konkrete Anhaltspunkte* dafür bestehen, dass die Angaben des Vertragspartners unwahr sind, oder wenn (iii) das Opfer die *Täuschung* entsprechend seinen Fähigkeiten ohne Weiteres, das heisst *ohne Überprüfungs-massnahme, als solche erkennen* kann.<sup>49</sup>

<sup>44</sup> Bezüglich *Strafrecht*: BGE 135 IV 76 E. 5.2., wonach «*nicht jegliches täuschende Verhalten im Geschäftsverkehr strafrechtliche Folgen nach sich ziehen soll*» (Hervorhebung hinzugefügt); ACKERMANN (FN 41), 83 f.; MICHA NYDEGGER, Grund und Grenzen der Arglist beim Betrug, ZStrR 2013, 281 ff., 284 und 292 f.; URSULA CASSANI, Der Begriff der arglistigen Täuschung als kriminalpolitische Herausforderung, ZStrR 1999, 152 ff., 153; HEIDI SÄGESSER, Opfermitverantwortung beim Betrug, Diss. Bern, Bern 2014, N 28. Betreffend *Zivilrecht*: VISCHER (FN 11), 551 *in initio*; MAJA L. BLUMER, in: Heinrich Honsell (Hrsg.), Obligationenrecht, Kurzkommentar, Basel 2014, Art. 28 OR N 2; BRUNO VON BÜREN, Arglistig oder einfach arg?, SJZ 1971, 8 f., 9; VON BÜREN (FN 11), 31 und 36; HUGO OSER/WILHELM SCHÖNENBERGER, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Art. 1–183 OR, 2. A., Zürich 1929 (zit. ZK-OSER/SCHÖNENBERGER), Art. 28 OR N 5; siehe auch WALTER YUNG, La vérité et le mensonge dans le droit privé, in: Études et articles, Genf 1971, 71 ff., 79 ff.; ZK-BAUMANN (FN 23), Art. 2 ZGB N 14a, wonach blindes Vertrauen nicht geschützt werde. Anderer Meinung HANS GIGER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Der Fahrniskauf, Art. 184–215 OR, 2. A., Bern 1979 (zit. BK-GIGER), Art. 199 OR N 28.

<sup>45</sup> NYDEGGER (FN 44), 306; VISCHER (FN 11), 551.

<sup>46</sup> In diesem Sinne HANS MERZ, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Einleitung, Art. 1–10 ZGB, Bern 1962 (zit. BK-MERZ), Art. 2 ZGB N 17.

<sup>47</sup> Bundesgesetz vom 23. März 2001 über den Konsumkredit (KKG; SR 221.214.1).

<sup>48</sup> Bundesgesetz vom 10. Oktober 1997 über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung (Geldwäschereigesetz, GwG; SR 955.0).

<sup>49</sup> Bezüglich *Strafrecht*: NYDEGGER (FN 44), 311 f. und 315 f.; MATHIAS HÄRRI, Die nicht arglistige Täuschung, plädoyer 4/1998, 26 ff., 30 *in initio*; BGer, 6S.168/2006, 6.11.2006, E. 2.1.

Solche Gedankengänge finden sich auch in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur teilweise schwierigen Frage, wann eine reklamehafte Anpreisung und wann eine Täuschung vorliegt.<sup>50</sup> Das Bundesgericht stellt somit selbst Überlegungen zur Opfermitverantwortung an, wenn es betreffend Werbeprospekte beispielsweise ausführt, «*[...] jeder vorsichtige Leser [musste] von dessen Angaben einen Abstrich machen [...]*»<sup>51</sup> oder «*[...] auch der normal intelligente Beklagte musste sich sagen, dass jede dem Kunden gewährte Vergünstigung vom Verkäufer wieder irgendwie eingebracht werden muss, da ein auf Gewinnerzielung ausgehendes kaufmännisches Unternehmen keine Wohlfahrts-einrichtung darstellt.*»<sup>52</sup>.

Aber auch mit Bezug auf die Überprüfbarkeit von Angaben lassen sich diverse Urteile – insbesondere im Kaufvertragsrecht – finden, wo das Bundesgericht eine Täuschung mit der Begründung verneint hat, dass der angeblich Getäuschte die Täuschung (beziehungsweise den Mangel) hätte erkennen können. Auf drei solche Urteile wird nachfolgend eingegangen.

*Beispiel 1:* Im Jahre 2005 beschäftigte sich das Bundesgericht mit einer Streitigkeit aus dem Kauf eines Motorrads der Marke «Harley-Davidson», «52er-Modell». Nach dem Kauf des Motorrads stellte der Käufer fest, dass der Rahmen und andere Ersatzteile nicht originale Harley-Davidson-Teile sind, und machte Grundlagenirrtum und Täuschung geltend. Das Bundesgericht verneinte ein Vorliegen derselben und führte aus, es sei – insbesondere für den Käufer als Harley-Davidson-Fan – auf den ersten Blick erkennbar gewesen, dass wichtige Teile nicht von Harley-Davidson stammten.<sup>53</sup>

*Beispiel 2:* In einem Urteil aus dem Jahr 2014 verneinte das Bundesgericht eine arglistige Täuschung bei einem Autokauf über ein Auktionsportal. Im Inserat des Verkäufers waren unter anderem folgende Angaben enthalten: «Unfallwagen! Reparatur wurde nicht genau eruiert. Frontairbac ausgelöst. (Fahrbar.) Alle Kühler iO! Keine mechanische Prüfung. Fahrzeugkauf auf eigenes Risiko ab Platz ohne Garantie.». Daraus schloss das Bundesgericht, der Käufer habe sich bewusst sein müssen, dass das Fahrzeug nicht nur Bagatellschäden, sondern erhebliche Schäden aufweise und mit hohen Reparaturkosten zu rechnen sei. Auf den Fotos sei gut zu erkennen gewesen, dass die Kühlerhaube derart beschädigt sei, dass eine Inverkehrsetzung des Fahrzeugs ohne fachmännische Reparatur nicht möglich sei. Gemäss

<sup>50</sup> Einlässlich BK-SCHMIDLIN (FN 21), Art. 28 OR N 81 ff.

<sup>51</sup> BGE 53 II 127 E. 4c.

<sup>52</sup> BGE 85 II 402 E. 5b.

<sup>53</sup> BGer, 4C.43/2005, 24.6.2005, E. 3.2.

Bundesgericht liege somit kein arglistiges Verschweigen von Mängeln vor.<sup>54</sup>

*Beispiel 3:* Schliesslich verneinte das Bundesgericht in einem Entscheid aus dem Jahre 1981 eine absichtliche Täuschung im Zusammenhang mit einem Aktienkaufvertrag. Der Käufer hatte behauptet, das Warenlager sei in der Übernahmebilanz krass überbewertet worden. Das Bundesgericht hielt dem entgegen, dass der Käufer Verwaltungsrat zahlreicher Wirtschaftsunternehmen sei, als erfahrener Geschäftsmann gelte und sich über die Bewertung des Warenlagers richtig zu erkundigen gewusst hätte.<sup>55</sup>

#### b. Passive Täuschungen

Nach schweizerischem Rechtsverständnis hat jede Person ihre Interessen im Geschäftsverkehr eigenverantwortlich zu wahren.<sup>56</sup> Daraus folgt, dass jedermann selbst dafür verantwortlich ist, bei Vertragsverhandlungen die benötigten Informationen einzuholen.<sup>57</sup> Damit ist auch gesagt, dass keine Pflicht besteht, während Vertragsverhandlungen nach möglichen Irrtümern des Vertragspartners zu forschen. Nur ausnahmsweise kann sich eine Aufklärungspflicht ergeben (oben IV.B.).<sup>58</sup>

Unter ausdrücklicher Bezugnahme auf das Kriterium der Arglist hat das Bundesgericht folgende Überlegungen zur Opfermitverantwortung angestellt:

«Keine Aufklärungspflicht besteht dagegen, soweit der Verkäufer nach Treu und Glauben annehmen durfte, der Käufer werde den wahren Sachverhalt ohne Weiteres erkennen [...]. Dies trifft in der Regel zu, wenn der Käufer den wahren Sachverhalt bei gehöriger Aufmerksamkeit hätte erkennen sollen [...].»

Und weiter:

«Deshalb kann in solchen Fällen vom Käufer eine Überprüfung der Ware vor dem Vertragsabschluss erwartet werden. Dies gilt in analoger Anwendung der Rechtsprechung zur Arglist im Strafrecht dann nicht, wenn die Überprüfung nicht oder nur mit besonderer Mühe möglich und damit nicht zumutbar ist oder der Verkäufer den Käufer von der möglichen Überprüfung abhält oder nach den Umständen voraussieht, dass dieser die Überprüfung aufgrund eines besonderen Vertrauensverhältnisses unterlassen werde [...].»<sup>59</sup>

## 2. Zusammenfassung

Die vorstehenden Ausführungen haben aufgezeigt, dass gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung das Prinzip der

Opfermitverantwortung auch im Zivilrecht gilt. Zwar darf grundsätzlich aufgrund von Treu und Glauben auf die Richtigkeit der Angaben des Vertragspartners vertraut werden. Ausnahmsweise trägt ein Getäuschter jedoch eine Mitverantwortung an der Täuschung und kann sich diesfalls nicht auf Treu und Glauben berufen. Statt von Opfermitverantwortung wäre es unseres Erachtens passender, von *Opfer-selbstverantwortung* zu sprechen, da die Getäuschten nicht eigenverantwortlich gehandelt haben.<sup>60</sup> Eine Opfermitverantwortung entfällt vereinfacht gesagt immer dann, wenn sich das Vorhandensein beziehungsweise Nichtvorhandensein einer Angabe nicht überprüfen lässt.<sup>61</sup> Das Prinzip der Opfermitverantwortung könnte zivilrechtlich ausgedrückt auch als *Pflicht, sich selber korrekt auf Vertragsverhandlungen vorzubereiten* («*le devoir de se préparer correctement soi-même*»), einschliesslich der *Pflicht der gebotenen Aufmerksamkeit während den Vertragsverhandlungen* bezeichnet werden.<sup>62</sup>

Diese Erkenntnis steht im Übrigen auch nicht im Widerspruch zur apodiktischen Aussage des Bundesgerichts, wonach dem Täuschenden der Einwand verwehrt sei, der Getäuschte hätte bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt, etwa durch Nachforschungen, die Täuschung erkennen können.<sup>63</sup> Wie aufgezeigt, darf der Getäuschte grundsätzlich auf die Angaben des Gegenübers vertrauen. *Ergo* kann ihm auch nicht vorgeworfen werden, er hätte die Täuschung bei gebotener Sorgfalt – hier als eine über die normale Sorgfalt hinausgehende Sorgfalt verstanden – erkennen können. Daneben existieren aber Ausnahmefälle, wo ein Getäuschter leichtfertig handelt, sodass ihm unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben der Rechtsschutz zu versagen ist. Gleiches gilt auch bei passiven Täuschungen: Hätte der Getäuschte eine Tatsache, das heisst eine Angabe, einfach und ohne Aufwand verifizieren können, trifft ihn eine Opfermitverantwortung. Entsprechend hat das Bundesgericht zum Beispiel die Klage eines Käufers wegen Mängeln am Flachdach einer Einstellhalle mit der Begründung abgewiesen, dass der Käufer den mangelhaften Zustand bei gehöriger Aufmerksamkeit ohne Weiteres hätte feststellen können. Somit habe der Verkäufer keine Aufklärungspflicht verletzt.<sup>64</sup>

<sup>54</sup> BGer, 4A\_353/2014, 19.11.2014, E. 4.2.

<sup>55</sup> BGE 107 II 419 E. 2.

<sup>56</sup> ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil, 3. A., Bern 2009, § 14 N 154; ANDREAS VON TUHR/HANS PETER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I, 3. A., Zürich 1979, 322.

<sup>57</sup> SOMMER (FN 24), 144.

<sup>58</sup> GOTTINI/VON DER CRONE (FN 24), 510.

<sup>59</sup> BGer, 4C.16/2005, 13.7.2005, E. 1.5.

<sup>60</sup> Siehe dazu auch SÄGESSER (FN 44), N 40 f.

<sup>61</sup> VISCHER (FN 11), 549 f.

<sup>62</sup> PIERRE TERCIER, La culpa in contrahendo en droit suisse, in: Schweizerisches Institut für Rechtsvergleichung (Hrsg.), Premières journées juridiques yougoslavo-suisse, Lausanne et Fribourg, 16–19 novembre 1983, Zürich 1984, 225 ff., 232; ZK-BAUMANN (FN 23), Art. 2 ZGB N 158 ff.

<sup>63</sup> Statt vieler BGer, 4A\_141/2017, 4.9.2017, E. 3.1.4 mit weiteren Hinweisen.

<sup>64</sup> BGer, 4A\_648/2012, 25.2.2013, E. 4 (besprochen von SCARLETT SCHWARZENBERGER/MARKUS VISCHER, Freizeichnungsklauseln in



Unsere Auffassung wird schliesslich auch durch BGE 27 II 558 gestützt. In diesem Entscheid aus dem Jahre 1901 hatte das Bundesgericht – zwar noch unter der Herrschaft des OR von 1881<sup>65</sup> – zu obiger Problematik Folgendes ausgeführt: «*Ob der Irrende den Irrtum bei gehöriger Aufmerksamkeit hätte vermeiden können, ist gleichgültig, nur darf der Irrende nicht leichtgläubig Äusserungen des Andern getraut haben, die ohne Präntention der Glaubwürdigkeit auftreten, da in diesem Falle von vorsätzlicher Bestimmung fremden Willens durch Täuschung nicht mehr gesprochen werden könnte.*»<sup>66</sup>

### E. Zivilrechtliche absichtliche Täuschung = strafrechtliche arglistige Täuschung

Wie soeben dargelegt, existiert nicht nur im Straf-, sondern auch im Zivilrecht eine Opfermitverantwortung (oben IV.D.). Folglich sind auch im Zivilrecht nur qualifizierte Täuschungen tatbestandsmässig. Aus diesen zwei Erkenntnissen ist unseres Erachtens wiederum zu schliessen, dass die zivilrechtliche absichtliche Täuschung und die arglistige Täuschung im Sinne von Art. 146 StGB *identisch* sind.<sup>67</sup> Beide setzen in objektiver Hinsicht eine arglistige, das heisst qualifizierte Täuschung voraus, welche aktiv oder passiv verursacht werden kann und einen Irrtum erregen muss. Sodann ist ein Kausalzusammenhang zwischen Irrtum und Abschluss des Vertrags beziehungsweise Vermögensdisposition notwendig. In subjektiver Hinsicht verlangen sowohl das Zivil- als auch das Strafrecht Vorsatz, wobei *dolus eventualis* genügt. Präzisierend ist festzuhal-

ten, dass beim Betrug (Art. 146 StGB) zusätzlich zum Kausalzusammenhang noch ein Motivationszusammenhang zwischen Täuschung, Irrtum und Vermögensdisposition vorliegen muss. Mit anderen Worten müssen Getäuschter und Verfügender identisch sein.<sup>68</sup> Dieses Erfordernis wird bei der zivilrechtlichen absichtlichen Täuschung (implizit) ebenfalls vorausgesetzt. Der Getäuschte muss nämlich derjenige sein, welcher den Vertrag abschliesst.

Im Schrifttum – insbesondere in der Strafrechtslehre – wird jedoch auch die gegenteilige Meinung vertreten.<sup>69</sup> Das Kriterium der Arglist diene der Abgrenzung der nicht rechtswidrigen oder nur zivilrechtlich sanktionierten Täuschung (Art. 28 OR) vom strafrechtlich geahndeten Betrug. Dieser Auffassung scheint auch die Strafabteilung des Bundesgerichts zu sein: «*Zivilrechtlich ist eine Täuschung rechtswidrig und zieht Rechtsfolgen nach sich, auch wenn der Irrtum kein wesentlicher ist und die Irreführung nicht arglistig erfolgt. In Fällen, in denen Betrug wegen fehlender Arglist ausscheidet, kann eine Kostenaufgabe als gerechtfertigt erscheinen, wenn das Verhalten als Verstoss gegen Art. 28 OR zu qualifizieren ist.*»<sup>70</sup>

Dieser Auffassung kann unseres Erachtens aus zwei Gründen nicht gefolgt werden: *Erstens* ist das Hauptunterscheidungsmerkmal zwischen einer arglistigen Täuschung im Sinne von Art. 146 StGB und der zivilrechtlichen absichtlichen Täuschung (Art. 28 OR) die unrechtmässige *Bereicherungsabsicht*. Diese stellt nur beim Betrug ein Tatbestandsmerkmal dar.<sup>71</sup> Indes dürfte in der Regel eine Bereicherungsabsicht auch bei der zivilrechtlichen absichtlichen Täuschung vorliegen.<sup>72</sup> Zu denken ist etwa an einen Käufer, welcher den Kaufgegenstand über dessen tatsächlichen Marktwert verkaufen möchte (zum Beispiel Verkauf

Grundstückkaufverträgen – Augen auf, Kauf ist Kauf, dRSK vom 22.5.2013).

<sup>65</sup> Der damalige Art. 24 OR und der heutige Art. 28 OR enthalten die gleichen Tatbestandsmerkmale; einzig die Formulierung ist anders (siehe dazu unten FN 77). Siehe zur absichtlichen Täuschung unter dem OR von 1881 etwa ANDREAS VON TUHR, Über die Mängel des Vertragsabschlusses nach schweizerischem Obligationenrecht, ZSR 1898, I ff.

<sup>66</sup> BGE 27 II 558 E. 3 (Hervorhebung hinzugefügt).

<sup>67</sup> VISCHER (FN 11), 549 ff.; wohl gleicher Meinung OSKAR LUTZ, Über die Abgrenzung zwischen dem zivil- und strafrechtlichen Betrug, SJZ 1936/37, 67 f., 68; VON BÜREN (FN 11), 31 (Anm. 122) und 36 (Anm. 153); TRACHSEL (FN 20), 137 f.; NYDEGGER (FN 44), 293, welcher betreffend die arglistige Täuschung gemäss Art. 146 StGB darauf abstellt, welche täuschenden Verhaltensweisen im Rechtsverkehr tolerierbar seien. Unklar, wohl aber im Ergebnis zustimmend BK-SCHMIDLIN (FN 21), der zwar festhält, es genüge jede List (Art. 28 OR N 7), dann aber später ausführt, der Unterschied zwischen Art. 148 (*recte*: 146) StGB und Art. 28 OR bestehe darin, dass nur Art. 146 StGB eine Bereicherungsabsicht voraussetze (Art. 28 OR N 139 ff.). Siehe ferner CYRIL HEGNAUER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das eheliche Kindesverhältnis, Art. 252–301 ZGB, 3. A., Bern 1964, Art. 257 ZGB N 8 f., und GAUCH (FN 11), N 2093, welche mit Bezug auf Art. 257 aZGB beziehungsweise Art. 371 OR nur qualifizierte Täuschungen zulassen wollen.

<sup>68</sup> Statt vieler DONATSCH (FN 35), 235.

<sup>69</sup> CASSANI (FN 44), 153; POPP (FN 3), 112; HERMANN VIKTOR GILOMEN, Absichtliche Täuschung beim Abschluss von Verträgen nach schweizerischem Obligationenrecht, Diss. Bern, Bern 1950, 127; HÄRRI (FN 49), 32; BK-GIGER (FN 44), Art. 199 OR N 28; WILLY WISMER, Das Tatbestandsmerkmal der Arglist beim Betrug, Diss. Zürich 1988, 33; LÖRTSCHER (FN 13), 138 f.; PEDRAZZINI (FN 11), N 516 ff. Wohl auch SÄGESSER (FN 44), N 40, die davon ausgeht, dass bei Fehlen einer Arglist allenfalls der Zivilweg offenstehe. Siehe ferner Arrêt de la Chambre d'accusation du canton de Neuchâtel, 29.3.2001, in: RJN 2001, 160 ff., 161, betreffend Art. 146 StGB: «*[...] la protection des créanciers est en principe l'affaire du droit privé; pour que le droit pénal puisse intervenir, il faut en particulier que la violation en cause soit suffisamment importante pour perturber notre ordre juridique.*» (Hervorhebung hinzugefügt).

<sup>70</sup> BGE, 6B\_998/2010, 31.8.2011, E. 5.1 (Hervorhebung hinzugefügt).

<sup>71</sup> GILOMEN (FN 69), 127 f.; LUTZ (FN 67), 68; VON TUHR/PETER (FN 56), 319; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER (FN 44), Art. 28 OR N 13; HERMANN BECKER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1–183 OR, 2. A., Bern 1945 (zit. BK-BECKER), Art. 28 OR N 1; ENGEL (FN 21), 350.

<sup>72</sup> VISCHER (FN 11), 549.

einer Liegenschaft, bei dem das angegebene Flächenmass von 2'112 Quadratmeter vom tatsächlichen Flächenmass 170 Quadratmeter abweicht<sup>73</sup> oder statt Burgunder Verkauf von verschnittenem Wein<sup>74</sup>). Ferner sind bei der zivilrechtlichen absichtlichen Täuschung im Gegensatz zum Betrug die Vermögensdisposition und der Vermögensschaden nicht Tatbestandsmerkmale.<sup>75</sup> Allerdings dürften auch diese oftmals erfüllt sein.<sup>76</sup> Im Übrigen kann auch aus dem Umstand, dass das geltende OR im Gegensatz zum OR von 1881 nicht mehr von «betrügerischen Handlungen» spricht, nichts Gegenteiliges abgeleitet werden. Das Ersetzen des Begriffs «betrügerische Handlungen» durch «absichtliche Täuschung» im heutigen Art. 28 OR sollte nämlich einzig signalisieren, dass der zivilrechtliche Betrug im Sinne von Art. 28 OR vom strafrechtlichen unabhängig ist.<sup>77</sup> Daraus kann nun aber nicht gefolgert werden, dass die zivilrechtliche absichtliche Täuschung nicht arglistig sein muss. Die Neuformulierung sollte einzig auf die oben umschriebenen Unterschiede (Bereicherungsabsicht, Vermögensdisposition und Vermögensschaden) hinweisen. *Zweitens* dienen Art. 28 OR und Art. 146 StGB unterschiedlichen Zwecken: Das Strafrecht schützt das Vermögen, wohingegen Art. 28 OR die freie unbeeinflusste Willensbildung schützt.<sup>78</sup> Aus diesem Grund können im Zivilrecht bei absichtlicher Täuschung, im Gegensatz zu Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR, auch unwesentliche Irrtümer angefochten werden. Daraus kann nun aber wiederum nicht der Schluss gezogen werden, dass nur im Strafrecht die Arglist vorausgesetzt wird. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die I. zivilrechtliche Abteilung des Bundesgerichts die absichtliche Täuschung dem Betrug (Art. 146 StGB) auch schon gleichgesetzt hat: «*En l'absence de tromperie, c'est à juste titre qu'elle a écarté le moyen tiré du dol (art. 28 CO).*»<sup>79</sup>

## F. Verhalten von Täuschendem und Getäuschem stehen in einem Spannungsverhältnis

Ob eine Täuschung arglistig und damit tatbestandsmässig im Sinne von Art. 28 OR und Art. 146 StGB ist, wird durch

eine Abwägung der Interessen des Täuschenden und jenen des Getäuschten im Spannungsfeld des gegenseitigen Vertrauens<sup>80</sup> beziehungsweise des Wissens und Wissen-Müssens des Täuschenden und des Wissens und Wissen-Müssens des Getäuschten ermittelt.<sup>81</sup> Dabei wird das *Verhalten des Täuschenden* (beziehungsweise die Täuschungsintensität) auf der einen Seite und das *Verhalten des Getäuschten* auf der anderen Seite gewürdigt<sup>82</sup> und in den Kontext zueinander gesetzt.<sup>83</sup> Es muss also – entgegen der Ansicht des Bundesgerichts im besprochenen Urteil<sup>84</sup> – zwingend auch das Verhalten des Getäuschten mitbeurteilt werden, weil das Bestehen einer arglistigen Täuschung nicht absolut, das heisst nur anhand einer Würdigung des Verhaltens des Täuschenden, bejaht werden kann. Folglich ist das Verhalten des Getäuschten unter dem Gesichtspunkt des aus Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB) fliessenden Prinzips der Opfermitverantwortung zu bewerten (oben IV.D.). Bereits der Terminus «Opfermitverantwortung» deutet an, dass die Frage, ob eine Täuschung arglistig ist oder eben nicht, relativ ist.<sup>85</sup> Ist eine Opfermitverantwortung zu bejahen, liegt kein rechtlich verpöntes Verhalten des Täuschenden vor.<sup>86</sup> Neben der Würdigung des «Täter-Opfer-Verhaltens» sind immer auch personenbezogene Voraussetzungen (Fachwissen<sup>87</sup>, Intelligenz, Alter, Gesundheitszustand etc.) des Getäuschten, aber auch des Täuschenden zu berücksichtigen.

Die Richtigkeit dieser Ausführungen soll anhand von zwei Beispielen untermauert werden. *Beispiel 1:* Verkauft ein Verkäufer sein in Tat und Wahrheit gelbes Auto als rotes Auto, stellt dies zweifelsfrei eine Lüge beziehungsweise Täuschung dar. Der Käufer kann diese Angabe jedoch sehr einfach – spätestens bei Übergabe des Kaufgegenstands – verifizieren. Eine tatbestandsmässige Täuschung ist unseres

<sup>73</sup> BGE 81 II 138.

<sup>74</sup> BGE 71 IV 13.

<sup>75</sup> BK-SCHMIDLIN (FN 21), Art. 28 OR N 142; GILOMEN (FN 69), 127 f.; LUTZ (FN 67), 68; MAX KELLER/CHRISTIAN SCHÖBI, Das Schweizerische Schuldrecht. Band I: Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, 3. A., Basel 1988, 159.

<sup>76</sup> VISCHER (FN 11), 547 f.

<sup>77</sup> ZK-OSER/SCHÖNENBERGER (FN 44), Art. 28 OR N 1; BK-BECKER (FN 71), Art. 28 OR N 1.

<sup>78</sup> KELLER/SCHÖBI (FN 75), 159 f.; VON TUHR/PETER (FN 56), 319; BK-SCHMIDLIN (FN 21), Art. 28 OR N 141; CR CO I-SCHMIDLIN (FN 4) Art. 28 N 54.

<sup>79</sup> BGer, 4A\_217/2009, 3.11.2009, E. 2.4 (Hervorhebung hinzugefügt); siehe auch BGE 27 II 558 E. 3.

<sup>80</sup> BK-MERZ (FN 46), Art. 2 ZGB N 17.

<sup>81</sup> VISCHER (FN 11), 551.

<sup>82</sup> Ebenso ZK-OSER/SCHÖNENBERGER (FN 44), Art. 28 OR N 7; in diesem Sinne auch AUGUST EGGER, Zürcher Kommentar, Zivilrecht, Art. 1–10 ZGB, Einleitung, sowie Art. 11–89 ZGB, Das Personenrecht, 2. A., Zürich 1930, Art. 2 ZGB N 1, der festhält, dass Rechtskonflikte «[...] unter sorgfältiger Bewertung der dabei in Frage kommenden Interessen einer Lösung entgegengeführt werden [...]» müssen (Hervorhebung hinzugefügt).

<sup>83</sup> Siehe auch KURT KLAUSBERGER, Die Willensmängel im schweizerischen Vertragsrecht, Diss. Zürich, Zürich 1989, 32 (Anm. 138), welcher darauf hinweist, dass die Umstände bei einer «Täuschung» beim Täuschenden und Getäuschten unterschiedlich sein können.

<sup>84</sup> BGer, 4A\_141/2017, 4.9.2017, E. 3.3.

<sup>85</sup> Im Übrigen darf nicht vergessen gehen, dass auch die Frage selbst, ob eine Opfermitverantwortung vorliegt, eine Wertungssache und somit relativ ist (siehe in diesem Zusammenhang OGer AG, 1. Strafkammer, SST.2016.64, 11.8.2016, in: CAN 2017, Nr. 17, 52 ff., 53).

<sup>86</sup> BGer, 6S\_168/2006, 6.11.2006, E. 1.2 bezüglich Art. 146 StGB.

<sup>87</sup> Zur Unterscheidung «Branchenkundiger versus Laie» etwa GUHL/KOLLER (FN 20), § 17 N 3; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER (FN 44), Art. 28 OR N 7.

Erachtens daher zu verneinen. Ganz anders gestaltet sich die Rechtslage aber, wenn der Verkäufer sein als rot ausgegebenes, aber eigentlich gelbes Auto einer blinden Person veräussert. Hier würde man aufgrund der personenbezogenen Voraussetzungen des Käufers eine rechtlich relevante Täuschung bejahen. *Beispiel 2*: Der Verkäufer veräussert sein als unfallfrei bezeichnetes Unfallfahrzeug. Das Vorliegen einer rechtlich relevanten Täuschung ist zu verneinen, wenn für den Käufer auf den ersten Blick erkennbar ist, dass die Stossstange und die Motorhaube des Autos völlig verbeult sind. Wird das Unfallfahrzeug hingegen fachmännisch repariert, dürfte ein Laie diese Lüge nicht entdecken, weswegen eine tatbestandsmässige Täuschung anzunehmen ist. Diese Beispiele lassen sich beliebig weiterführen. Entscheidend ist, dass das Verhalten beider Parteien im Einzelfall gewürdigt wird, da nicht jede Lüge rechtlich relevant ist.

Abschliessend sei darauf hingewiesen, dass nach hier vertretener Auffassung die Aussage des Bundesgerichts unzutreffend ist, wonach Täuschung und Täuschungsintensität nicht separat beurteilt werden könnten (E. 3.3 *in fine*). Der Bestand der Täuschung und deren Intensität, das heisst Inhalt, können nicht nur, sondern müssen sogar *uno actu* beurteilt werden. Denn Bestand und Inhalt können aus logischen Gründen nicht getrennt beurteilt werden: Entweder besteht etwas (zum Beispiel ein Vertrag oder eben eine Täuschung) oder es besteht nichts. Besteht etwas, hat es notwendigerweise immer einen Inhalt. Mit anderen Worten kann etwas nicht ohne Inhalt bestehen.<sup>88</sup> So verhält es sich auch bei der hier interessierenden Frage. Täuschung und Täuschungsintensität müssen also gleichzeitig beurteilt und zudem zum Verhalten des Getäuschten ins Verhältnis gesetzt werden.

### G. Würdigung des vorliegenden Urteils

Im Verfahren vor Bundesgericht war umstritten, welche Vertragsleistungen zu welchem Preis vereinbart worden waren. Während die Kundin sich auf den Standpunkt gestellt hat, es sei eine Standardlösung ohne Zusatzkosten vereinbart worden, ging die Unternehmerin davon aus, es werde nach effektivem Aufwand verrechnet. Mit Bezug auf diesen Vertragspunkt liegen somit keine übereinstimmenden Willenserklärungen vor. Die Höhe des Preises stellt

eine *essentialia negotii* des Software-Integrationsvertrags dar, sofern dieser – wie in der Regel – als Werk-, Werklieferungs- oder Innominatvertrag, auf den Werkvertragsrecht angewendet wird, qualifiziert wird.<sup>89</sup> Im Lichte dieser Ausführungen hätte sich die Kundin im Hauptstandpunkt auf Dissens berufen sollen. Hätte die Auslegung der Erklärungen der Parteien nach dem Vertrauensprinzip ergeben, dass keine übereinstimmenden Willenserklärungen vorliegen, wäre der Vertrag zufolge Dissenses gar nie zustande gekommen. Wäre das Gericht demgegenüber zum Schluss gelangt, es liege wenigstens normativer Konsens vor, hätte sich die Kundin für diesen Fall *eventualiter* auf Willensmängel (Art. 23 ff. OR) berufen können. Dies hat sie jedoch unterlassen. Vielmehr hat sie versucht, die absichtliche Täuschung mit Argumenten zu begründen, welche eigentlich im Rahmen der Auslegung hätten vorgebracht werden sollen.

Das Bundesgericht hat zu Recht das Vorliegen einer absichtlichen Täuschung verneint, auch wenn es dies teilweise etwas oberflächlich begründet hat. Die Kundin führte vor Bundesgericht aus, die Täuschung sei darin zu erblicken, dass die Unternehmerin tatsachenwidrig vorgegaukelt habe, die Software sei eine Standard-CMS-Software mit «out of the box»-Funktionalität (siehe E. 3.4.1). Worin genau die Täuschungshandlung bestanden haben soll, ist unseres Erachtens unklar. Auch das Bundesgericht konnte die täuschende Verhaltensweise nicht genau identifizieren (siehe E. 3.4.2, E. 3.4.2.3).

Erachtet man das tatsachenwidrige Ausfüllen der Selbstdeklaration als Täuschung, wäre dies als *aktive Täuschung* zu qualifizieren, da falsche Tatsachen vorgespiegelt worden wären. Wie ausgeführt, ist dieses «täuschende» Verhalten der Unternehmerin in Relation zum Verhalten der Kundin zu setzen. Unter dem Gesichtspunkt der Opfermitverantwortung ist festzuhalten, dass die Kundin unseres Erachtens aufgrund des Submissionsverfahrens gesetzlich verpflichtet war, die Angebote zu prüfen. Aus diesem Grund konnte sie sich nicht auf die Richtigkeit dieser Angaben verlassen. Zwar hat die Kundin die Angaben – sogar unter Beizug des Experten – geprüft, offenbar aber nicht genau genug. Das Bundesgericht begnügte sich mit der Aussage, eine (aktive) Täuschung und eine Täuschungsabsicht lägen nicht vor. Dies stellt nach hier vertretener Auffassung keine rechtsgenügeliche Begründung dar und zeigt zugleich deutlich auf, dass es schwierig ist, das Vorliegen einer Täuschung zu bejahen oder zu verneinen, wenn man nicht auf die im Rahmen der Opfermitverantwortung entwickelten Kriterien zurückgreifen kann.

<sup>88</sup> MARKUS VISCHER, Die allgemeinen Bestimmungen des schweizerischen intertemporalen Privatrechts, Diss. Zürich, Zürich 1986, 43; WALTHER BURCKHARDT, Methode und System des Rechts, Nachdruck Zürich 1971, 113 f. Entsprechend lassen sich auch die Geltungs- und Auslegungskontrolle nicht scharf voneinander trennen, siehe dazu MARKUS VISCHER, Freizeichnungsklauseln in Grundstückskaufverträgen – Gegenstand einer AGB-Kontrolle oder der Selbstverantwortung?, SJZ 2012, 177 ff., 179 f.

<sup>89</sup> Zur Qualifikation des Software-Integrationsvertrags FRÖHLICH-BLEULER (FN 1), N 373 ff.; betreffend die *essentialia negotii* des Werkvertrags BSK OR I-ZINDEL/PULVER/SCHOTT (FN 13), Art. 363 N 4.



Man könnte die Täuschung auch in der fehlenden Aufklärung durch die Unternehmerin erblicken, mithin in einer *passiven Täuschung*. Auch dieses Verhalten hat das Bundesgericht zu Recht nicht als Täuschung taxiert. Begründet hat dies das Bundesgericht mit dem stichhaltigen Argument, dass die Kundin einen Experten beigezogen hatte. Somit konnte die Unternehmerin davon ausgehen, dass sie keine Aufklärung betreiben muss.

## H. Fazit

Aus den vorstehenden Ausführungen können *vier Erkenntnisse* gewonnen werden:

*Erstens* existiert im Straf- und im Zivilrecht *kein absolutes Täuschungsverbot*. Aus diesem Grund muss zwischen rechtlich zulässigen (= einfachen) und rechtlich verpönten (= qualifizierten) Täuschungen differenziert werden. Dies geschieht anhand des Kriteriums der Arglist, mithilfe dessen das Risiko der Tatbestandsverwirklichung (Art. 28 OR, Art. 146 StGB) angemessen zwischen Täuschendem und Getäuschten verteilt wird.<sup>90</sup>

*Zweitens* muss, sofern eine Täuschung zur Diskussion steht, das *Verhalten beider Parteien gewürdigt* und in Relation zueinander gesetzt werden, weil die Interessen der Parteien im Spannungsfeld des gegenseitigen Vertrauens stehen. Im Rahmen dieser Abwägung muss also zwischen dem Wissen und Wissen-Müssen des Täuschenden einerseits und dem Wissen und Wissen-Müssen des Getäuschten andererseits abgewogen werden. Dabei stehen die Täuschungsintensität beim Täuschenden und die Opfermitverantwortung beim Getäuschten im Zentrum der Abwägung. Das Prinzip der *Opfermitverantwortung*, welches Ausfluss von Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB) ist, gilt – entgegen der Ansicht des Bundesgerichts – seit jeher auch im Zivilrecht. Das Bundesgericht stellt nämlich selbst, wie die zahlreichen Beispiele gezeigt haben, unter dem Deckmantel von Treu und Glauben Überlegungen zur Opfermitverantwortung an. Ob eine Täuschung arglistig ist, beurteilt sich letztlich am Kriterium der *Sozialadäquanz*: Solange sich der Täuschende sozialadäquat verhält, liegt in der Regel keine arglistige Täuschung vor, und solange sich der Getäuschte sozialadäquat verhält, ist im Regelfall eine Opfermitverantwortung zu verneinen.<sup>91</sup>

*Drittens* sind die zivilrechtliche absichtliche Täuschung und die strafrechtliche arglistige Täuschung – entgegen der weit verbreiteten Ansicht in der (Strafrechts-)Lehre – identisch. Es ist daher angezeigt, auch im Zivilrecht konsequent von arglistiger, statt bloss von absichtlicher Täuschung zu

sprechen.<sup>92</sup> Damit ist auch gesagt, dass es sich um einen weit verbreiteten Irrtum handelt, wonach das Kriterium der Arglist als Abgrenzung zwischen dem zivil- und dem strafrechtlichen Betrug dienen soll. Diese Erkenntnis steht im Übrigen auch nicht im Widerspruch zur (gültigen) Aussage, dass jeder strafrechtliche Betrug (Art. 146 StGB) einen zivilrechtlichen Betrug darstellt, nicht aber *vice versa*.<sup>93</sup> Denn der Hauptunterschied zwischen dem straf- und dem zivilrechtlichen Betrug besteht darin, dass ersterer zusätzlich die Tatbestandsmerkmale «Schaden», «Vermögensdisposition» und insbesondere «Bereicherungsabsicht» voraussetzt.

*Viertens* – ausgehend von der Prämisse, dass die zivil- und strafrechtliche arglistige Täuschung identisch sind – wäre das Vorliegen einer zivilrechtlichen arglistigen Täuschung prinzipiell zu verneinen, wenn der Strafrichter zum Schluss gelangt, es liege keine arglistige Täuschung gemäss Art. 146 StGB vor. Der Getäuschte kann allerdings immer noch den Zivilweg beschreiten und eine absichtliche Täuschung geltend machen.<sup>94</sup> Wegen seiner Unabhängigkeit gegenüber dem Strafgesetz und dem Urteil des Strafrichters kann der Zivilrichter (theoretisch) nämlich nach wie vor eine zivilrechtliche absichtliche Täuschung bejahen (Art. 53 OR).<sup>95</sup> Aussichtsreicher wäre unseres Erachtens aber die Berufung auf Grundlagenirrtum (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR), sofern beim Getäuschten der hervorgerufene Irrtum wesentlich war.<sup>96</sup>

<sup>90</sup> Einlässlich NYDEGGER (FN 44), 310 ff.; siehe auch VISCHER (FN 11), 549 ff.; SÄGESSER (FN 44), N 39.

<sup>91</sup> Einlässlich VISCHER (FN 11), 551.

<sup>92</sup> VISCHER (FN 11), 543; wohl auch VON BÜREN (FN 11), 31 (Anm. 122) und 38 (Anm. 153).

<sup>93</sup> RUSCH (FN 13), 55 (Anm. 218); siehe auch BGer, 4A\_533/2013, 27.3.2014, E. 3.3.

<sup>94</sup> BGer, 4A\_533/2013, 27.3.2014, E. 3.3.

<sup>95</sup> Hierzu im Allgemeinen: ROLAND BREHM, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Art. 41–61 OR, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, 4. A., Bern 2013, Art. 53 OR N 3 ff., siehe ferner ARNOLD F. RUSCH, If it doesn't fit, you must acquit!, AJP 2017, 1161 ff.

<sup>96</sup> Dazu im Allgemeinen: KELLER/SCHÖBI (FN 75), 159; PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID/SUSAN EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil, Band I, 10. A., Zürich/Basel/Genf 2014, N 864.