



Kommentar zu: Urteil: [4A\\_502/2021](#) vom 17. Juni 2022  
Sachgebiet: Obligationenrecht (allgemein)  
Gericht: Bundesgericht  
Spruchkörper: Abteilung I  
dRSK-Rechtsgebiet: Vertragsrecht

[De](#) | [Fr](#) | [It](#) |

## Verhältnis von Art. 28 Abs. 1 OR zu Art. 146 Abs. 1 StGB

### Autor / Autorin

Helene Tasman, Dario Galli, Markus Vischer

**walderwyss**

### Redaktor / Redaktorin

Christoph Brunner

**brunner.arbitration**

*In seinem Urteil 4A\_502/2021 vom 17. Juni 2022 wiederholte das Bundesgericht, dass Art. 28 Abs. 1 OR keine arglistige Täuschung verlange und sich deshalb von Art. 146 Abs. 1 StGB unterscheide. Ebenso hielt es fest, dass die Unsorgfalt des Getäuschten durch die Täuschung des Täuschenden verdrängt werde.*

### Sachverhalt

[1] A (Beklagter und Beschwerdeführer, nachfolgend: Verkäufer) betrieb eine Garage als Einzelunternehmen auf zwei Parzellen, von denen eine Parzelle seiner Ehefrau und die andere ihm, seiner Ehefrau und einem Dritten gehörte. Anfang 2014 plante der Verkäufer, sein Unternehmen zu verkaufen (Sachverhalt Teil A.a).

[2] Am 30. September 2014 schloss der Verkäufer mit der Z AG (Klägerin und Beschwerdegegnerin, nachfolgend: Käuferin) einen Vertrag mit der Überschrift «Kaufvertrag» (nachfolgend: Kaufvertrag) ab. Gemäss Ziff. 1 dieses Kaufvertrages verpflichtete sich der Verkäufer, das gesamte Mobiliar und die Software für die Unternehmensführung, die gemäss dem beigelegten Inventar Bestandteil des Kaufvertrages bildeten, an die Käuferin zu übertragen und dieser das Eigentum daran zu verschaffen. Ziff. 2 des Kaufvertrages legte den Preis für den Erwerb des Mobiliars und der Software auf CHF 500'000 fest. Zusätzlich enthielt Ziff. 8 des Kaufvertrages die Zusicherung des Verkäufers, dass das von Ziff. 1 des Kaufvertrages erfasste Mobiliar und die Software frei von jeglichen Rechten Dritter seien. Entgegen dem Wortlaut des Kaufvertrages war dem Vertrag kein Inventar beigefügt (Sachverhalt Teil A.c).

[3] Am 2. Oktober 2014 wurden zwei öffentlich beurkundete Grundstückkaufverträge mit der X AG abgeschlossen. Sie hatten die Grundstücke zum Gegenstand, auf denen sich die Garage und der dazugehörige Parkplatz befanden. Die Kaufpreise betragen CHF 2'200'000 und CHF 500'000, d.h. insgesamt CHF 2'700'000 (Sachverhalt Teil A.d).

[4] Am selben Tag zahlte die Käuferin dem Verkäufer den Kaufpreis von CHF 500'000 (Sachverhalt Teil A.e).

[5] In Wirklichkeit gehörte die verkaufte Software der S AG. Der Verkäufer besass lediglich eine Lizenz der Software (Sachverhalt Teil A.e).

[6] Am 22. Januar 2015 verlangte die Käuferin die Auflösung des Kaufvertrages. Sie berief sich dabei auf eine

absichtliche Täuschung bzw. auf einen Irrtum. Die Käuferin forderte den Verkäufer auf, den Kaufpreis von CHF 500'000 innert zehn Tagen nach Erhalt des Schreibens zurückzubezahlen. Im Gegenzug dazu würde die Käuferin das Mobiliar zurückübertragen. Der Verkäufer weigerte sich, dieser Aufforderung nachzukommen (Sachverhalt Teil A.f).

[7] Im Mai 2015 reichte die Käuferin eine Strafanzeige wegen Betrugs gegen den Verkäufer ein. Das Strafverfahren wurde mit Verfügung vom 13. September 2018 eingestellt (Sachverhalt Teil A.h).

[8] Am 17. März 2016 reichte die Käuferin eine Klage gegen den Verkäufer ein, mit der sie u.a. die Zahlung von CHF 500'000 verlangte. Der Verkäufer beantragte die Abweisung der Klage (Sachverhalt Teil B.a).

[9] Mit Urteil vom 25. August 2020 verurteilte die Waadtländer *Chambre patrimoniale* den Verkäufer zur Zahlung von CHF 500'000 an die Käuferin. Die Erstinstanz stellte fest, dass sich die Parteien durch einen Fahrniskaufvertrag gebunden hatten, dessen Gegenstand nicht durch subjektive Auslegung ermittelt werden konnte. Nach dem Vertrauensprinzip regle dieser Kaufvertrag die Übertragung des Eigentums am Mobiliar und an der Software, womit die Garage ausgestattet war und nicht an der Computeranlage der Garage, wie es der Verkäufer behauptete. Der Verkäufer habe die Käuferin absichtlich getäuscht, indem er behauptet hatte, Eigentümer der Software zu sein, obwohl er nur über eine Softwarelizenz verfügte. Folglich sei die Käuferin ungeachtet ihrer groben Fahrlässigkeit berechtigt gewesen, den Kaufvertrag wegen arglistiger Täuschung anzufechten, was diese auch rechtzeitig getan habe (Art. 28 OR und Art. 31 OR) (Sachverhalt Teil B.a).

[10] Das Waadtländer Kantonsgericht wies mit Urteil vom 16. August 2021 die Berufung des Verkäufers ab und bestätigte das erstinstanzliche Urteil (Sachverhalt Teil B.b).

[11] Der Verkäufer gelangte daraufhin mit Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht und beantragte im Wesentlichen, die Klage der Käuferin abzuweisen. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab, soweit es darauf eintrat (Sachverhalt Teil C und E. 5).

## Erwägungen

[12] Das Bundesgericht schützte das vorinstanzliche Urteil. Es stützte das von den Vorinstanzen objektive Auslegungsergebnis, wonach die Software und nicht die Computeranlage Gegenstand des Kaufvertrags gewesen sei (E. 3), auch wenn sich viele Fragen zur vorliegenden Transaktion, wie z.B. die Frage der Simulation, stellen würden (E. 3.2 und E. 4.3). Ebenso bekräftigte das Bundesgericht die Ansicht der Vorinstanz, wonach der Verkäufer die Käuferin im Sinne von Art. 28 Abs. 1 OR absichtlich über sein Eigentum an der Software getäuscht habe. Dabei spiele es keine Rolle, dass das Strafverfahren eingestellt worden sei, verlange Art. 28 Abs. 1 OR doch im Gegensatz zu Art. 146 Abs. 1 StGB keine Arglist (E. 4.2). Zudem werde die Unsorgfalt des Getäuschten durch die Täuschung des Täuschenden verdrängt (E. 4.2 auch mit Hinweis auf die abweichende Meinung von VISCHER/GALLI, AJP 2017, S. 1404 f., wonach auch Art. 28 Abs. 1 OR eine arglistige Täuschung verlange).

## Kurzkommentar

[13] Das Bundesgericht bestätigt seine Rechtsprechung, wonach Art. 28 Abs. 1 OR im Gegensatz zu Art. 146 Abs. 1 StGB keine Arglist verlange. Ebenso bestätigt es seine Rechtsprechung, wonach die Unsorgfalt des Getäuschten durch die Täuschung des Täuschenden verdrängt werde. Immerhin weist es auf die abweichende Auffassung von VISCHER/GALLI hin.<sup>[1]</sup>

[14] Die bundesgerichtliche Rechtsprechung überzeugt nicht. Art. 28 Abs. 1 OR schützt wie Art. 146 Abs. 1 StGB im Strafrecht nicht die Ehrlichkeit *per se*, ist doch Unehrllichkeit im menschlichen Zusammensein omnipräsent.<sup>[2]</sup> Folglich ist nicht jede Täuschung im Geschäftsverkehr eine absichtliche Täuschung im Sinne von Art. 28 Abs. 1 OR. Vielmehr ist auch bei Art. 28 Abs. 1 OR wie im Strafrecht bei Art. 146 Abs. 1 StGB eine gewisse Intensität der Täuschung und damit letztlich eine arglistige Täuschung notwendig.<sup>[3]</sup> Das ergibt sich auch aus Art. 199 OR, wo korrekterweise von arglistigem und nicht von absichtlichem Verschweigen gesprochen wird.

[15] Ob eine Täuschungshandlung arglistig ist, ergibt sich nicht aus einer alleinigen Betrachtung des Verhaltens der täuschenden Partei. Vielmehr ist auch das Verhalten der getäuschten Partei zu berücksichtigen, was oft unter dem Begriff der Opfermitverantwortung geschieht.<sup>[4]</sup> Das Bundesgericht lehnt diesen Begriff zwar ab,<sup>[5]</sup> berücksichtigt

aber bei der zivilrechtlichen absichtlichen Täuschung unter dem Titel von Treu und Glauben in vielen Fällen auch das Verhalten des Getäuschten.<sup>[6]</sup> Es ist deshalb entgegen dem Bundesgericht im vorliegenden Fall nicht so, dass eine Unsorgfalt auf Seiten der getäuschten Person in jedem Fall irrelevant ist. Vielmehr ist in jedem Einzelfall eine sorgfältige Betrachtung der Interessenlagen beider Parteien und auch eine Interessenabwägung vorzunehmen, wobei die Richtschnur bei beiden Parteien das in ihren Situationen jeweils angezeigte sozial adäquate Verhalten ist.<sup>[7]</sup> Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Einhaltung eines Vertrags der Grundsatz und die Nichteinhaltung des Vertrags infolge absichtlicher Täuschung die Ausnahme sein muss.

[16] Mangels in dieser Hinsicht genügend detailliertem Sachverhalt kann nicht beurteilt werden, ob im vorliegenden Fall das Bundesgericht und die Vorinstanzen diese Interessenabwägung korrekt vorgenommen haben. Allerdings stellt sich vorliegend schon die Frage, ob das Verhalten der Käuferin schützenswerter als das Verhalten des Verkäufers war, was auch das Bundesgericht antönt, wenn es ausführt, die Transaktion werfe eine Reihe von Fragen bis hin zur Frage der Simulation auf.

[17] Abschliessend ist noch darauf hinzuweisen, dass das Bundesgericht im Bereich der Furchterregung (Art. 29 f. OR) einen anderen Weg zu beschreiten scheint. So hat es kürzlich in seinem Urteil [4A\\_607/2021](#)<sup>[8]</sup> vom 9. August 2022 E. 7.1.3 ohne ausführliche Begründung die «übermässigen Vorteile» im Sinne von Art. 30 Abs. 2 OR mit dem offenbaren Missverhältnis gemäss Art. 157 Ziff. 1 StGB gleichgesetzt. Da der Tatbestand der Übervorteilung (Art. 21 OR) ebenfalls den Begriff des offenbaren Missverhältnisses enthält, ist offen, wie das Bundesgericht künftig das Verhältnis der zivilrechtlichen Übervorteilung nach Art. 21 OR und des strafrechtlichen Wuchers nach Art. 157 Ziff. 1 StGB beurteilen wird. Bislang ging es von einem weiteren zivilrechtlichen Begriff der Übervorteilung nach Art. 21 OR als dem strafrechtlichen Begriff des Wuchers nach Art. 157 Ziff. 1 StGB aus.<sup>[9]</sup>

M.A. HSG in Law HELENE TASMAN, Substitutin, Walder Wyss AG.

Dr. iur. DARIO GALLI, LL.M., Rechtsanwalt, Walder Wyss AG.

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

---

[1] MARKUS VISCHER/DARIO GALLI, *Entscheidbesprechungen*. BGer [4A\\_141/2017](#): Opfermitverantwortung bei der zivilrechtlichen absichtlichen Täuschung, AJP 2017, S. 1393 ff.

[2] STEFAN MAEDER/MARCEL ALEXANDER NIGGLI, in: Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), *Basler Kommentar, Strafrecht II*, 4. Aufl., Basel 2019, Art. 146 StGB N 10 ff.

[3] *Betreffend Art. 146 StGB*: BSK StGB II-MAEDER/NIGGLI (Nr. 2) Art. 146 StGB N 61.

[4] Z.B. MARKUS VISCHER, in: Anna Böhme/Fabian Gähwiler/Fabiana Theus Simoni/Ivo Zuberbühler (Hrsg.), *Ohne jegliche Haftung*. Festschrift für Willi Fischer, Zürich/Basel/Genf 2016, S. 541 ff., S. 550 f.

[5] Z.B. Urteil des Bundesgerichts [4A\\_141/2017](#) vom 4. September 2017 E. 3.3, nicht publiziert in: BGE [143 III 495](#); anders hingegen im Strafrecht wie z.B. Urteil des Bundesgerichts [6B\\_127/2022](#) vom 22. März 2023 E. 4.3.2.

[6] Z.B. Urteil des Bundesgerichts [4A\\_42/2021](#) vom 5. Juli 2021 E. 5.3 (besprochen von LIVIA HÄBERLI/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, *Opfermitverantwortung beim Kunstkauf*, in: dRSK, publiziert am 21. Januar 2022, Rz. 14) Urteil des Bundesgericht [4A\\_353/2014](#) vom 19. November 2014 E. 4.2; Urteil des Bundesgerichts [4C.43/2005](#) vom 24. Juni 2005 E. 3.2; BGE [107 II 419](#) E. 2 S. 423; siehe schon BGE [27 II 558](#) E. 3 «Ob der Irrrende den Irrtum bei gehöriger Aufmerksamkeit hätte vermeiden können, ist gleichgültig, nur darf der Irrrende nicht leichtgläubig Äusserungen des Andern getraut haben, die ohne Präention der Glaubwürdigkeit auftreten, da in diesem Falle von vorsätzlicher Bestimmung fremden Willens durch Täuschung nicht mehr gesprochen werden könnte.»; siehe auch VIKTORIYA CHERNAYA/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, *Fahrlässiger Irrtum und Verstoss gegen Treu und Glauben*, in: dRSK, publiziert am 10. Oktober 2022, Rz. 10 ff.

[7] VISCHER/GALLI (Nr. 1), S. 1402 ff.; siehe auch MARKUS VISCHER/DARIO GALLI, *Entscheidbesprechungen*. BGer 4A\_286/2018: Täuschung und Irrtum über die Bebaubarkeit eines Grundstücks, AJP 2019, S. 1067 ff., S. 1069 ff.

[8] Siehe dazu die Urteilsbesprechung von Sissy Sciolli/Dario Galli/Markus Vischer, [Zivilrechtliche Furchterregung und strafrechtlicher Wucher](#), in: dRSK, publiziert am 9. Juni 2023.

[9] Vgl. Sophie Regenfuss/Dario Galli/Markus Vischer, [Anwendung der Wucherstrafnorm auf eine M&A-Transaktion](#), in: dRSK, publiziert am 23. September 2019, Rz. 16; siehe auch Maximilian Schwarzenberger/Dario Galli/Markus Vischer, [Betriebskauf: keine Übervorteilung der Verkäuferin](#), in: dRSK, publiziert am 11. Mai 2022, Rz. 21 (drittes Lemma).

**Zitiervorschlag:** Helene Tasman / Dario Galli / Markus Vischer, Verhältnis von Art. 28 Abs. 1 OR zu Art. 146 Abs. 1 StGB, in: dRSK, publiziert am 9. Juni 2023

ISSN 1663-9995. Editions Weblaw

**EDITIONS WEBLAW**

Weblaw AG | Schwarztorstrasse 22 | 3007 Bern

T +41 31 380 57 77 [info@weblaw.ch](mailto:info@weblaw.ch)

**weblaw.ch**