



Kommentar zu: Urteil: [4A_73/2021](#) vom 1. Juni 2021
Sachgebiet: Vertragsrecht
Gericht: Bundesgericht
Spruchkörper: I. zivilrechtliche Abteilung
dRSK-Rechtsgebiet: Vertragsrecht

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

Verzichtsvereinbarung und Rückforderung – aus Lausanne nichts Neues?

Autor / Autorin

Marius Denoth, Dario Galli, Markus Vischer

walderwyss

Redaktor / Redaktorin

Christoph Brunner

PETER & KIM
ATTORNEYS AT LAW

In seinem Urteil 4A_73/2021 vom 1. Juni 2021 bestätigte das Bundesgericht seine Rechtsprechung, wonach die Anwendbarkeit von Art. 21 OR eine Anwendung der Art. 19/20 OR (Sittenwidrigkeit) ausschliesse. Weiter befasste es sich auch beiläufig mit der Rechtsnatur einer entgeltlichen Vereinbarung über den Rückzug einer Baueinsprache. Obschon das Bundesgericht im vorliegenden Urteil das Rad rechtlich nicht neu erfand, wäre nichtsdestoweniger aus methodologischer Sicht eine etwas strukturiertere Herangehensweise des obersten Gerichts wünschenswert gewesen.

Sachverhalt

[1] Die A AG (Klägerin, Beschwerdeführerin, nachfolgend: Klägerin) entwickelte zusammen mit der C AG ein Bauprojekt, das ein Logistikcenter für D beinhaltete. Mit Grundstückkaufvertrag vom 22. Dezember 2015 zwischen der Klägerin und der E Limited (nachfolgend: Erwerberin) wurde eine Parzelle mit Bauverpflichtung (schlüsselfertige Erstellung des Logistikgebäudes) verkauft. Das Eigentum sollte nach Fertigstellung des Gebäudes und erfolgter Übergabe an die D Immobilien AG (nachfolgend: Mieterin) abgetreten werden. Falls das Gebäude der Mieterin nicht bis 1. März 2017 übergeben würde, sah der Vertrag ein Rücktrittsrecht der Erwerberin vor (Sachverhalt Teil A.a).

[2] In der weiteren Planung mit der Mieterin zeigte sich, dass die ursprünglich geplante Anfahrt nicht genügte und folglich die Rampenanfahrten baulich anzupassen waren. Deshalb musste der Platz im Grenzbereich zwischen der zu bebauenden Parzelle und der bestehenden Liegenschaft vergrössert werden, was eine Stützmauer an der Grenze der benachbarten Liegenschaft voraussetzte. Auf dieser Nachbarparzelle betrieb die B AG (Beklagte, Beschwerdegegnerin, nachfolgend: Beklagte) ihren Betrieb. Eigentümerin dieser Parzelle war die F GmbH, welche die Parzelle an die Beklagte vermietet hatte. Die Klägerin schloss am 9. März 2016 mit der F GmbH einen Grunddienstbarkeitsvertrag betreffend die Gewährung eines Grenzbaurechts zur Erstellung der Stützmauer ab (Sachverhalt Teil A.b).

[3] Am 10. März 2016 erhob die Beklagte Einsprache gegen die geplante Stützmauer und begründete dies damit,

dass diese die Arbeitshygiene in ihren Produktionsräumen stark beeinträchtigte. Im Anschluss an zwei Besprechungen zwischen Vertretern der Parteien wurde am 22. März 2016 eine Vereinbarung (nachfolgend: Verzichtvereinbarung) getroffen. Darin verpflichtete sich die Klägerin, der Beklagten «à fonds perdu» CHF 240'000 zu bezahlen, und die Beklagte verpflichtete sich, ihre Einsprache zurückzuziehen. Die Klägerin überwies die vereinbarte Summe, worauf die Beklagte ihre Einsprache zurückzog. Mit Schreiben vom 17. Februar 2017 erklärte die Klägerin, die Verzichtvereinbarung sei aufgrund von Sittenwidrigkeit und Willensmängeln nichtig bzw. einseitig unverbindlich. Sie verlangte von der Beklagten die Rückzahlung von CHF 240'000, was diese ablehnte (Sachverhalt Teile A.c und A.d).

[4] Mit Klage vom 4. September 2017 beim Bezirksgericht Münchwilien beantragte die Klägerin, die Beklagte sei zu verpflichten, ihr CHF 240'000 nebst Zins zu bezahlen. Mit Entscheid vom 14. November 2019 wies das Bezirksgericht die Klage ab. Eine dagegen erhobene Berufung wies das Obergericht des Kantons Thurgau ab. Es erwog, es sei davon auszugehen, dass die Klägerin irrtumsfrei und freiwillig geleistet und sich nicht in einer unzumutbaren starken wirtschaftlichen Bedrängnis befunden habe. Sie könne die geleistete Abgeltung von CHF 240'000 somit nicht zurückfordern. Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragte die Klägerin u.a., der Entscheid des Obergerichts sei kostenfällig aufzuheben und die Beklagte sei zu verpflichten, ihr CHF 240'000 nebst Zins zu bezahlen. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab, soweit es darauf eintrat (Sachverhalt Teile B und C sowie E. 6).

Erwägungen

[5] Umstritten sei, ob die Klägerin die geleistete Summe von CHF 240'000 infolge Nichtigkeit (Sittenwidrigkeit) der Verzichtvereinbarung bzw. fehlender Freiwilligkeit der Zahlung im Sinne von Art. 63 [OR](#) zurückfordern könne (E. 4).

[6] Nach Art. 20 Abs. 1 OR sei ein Vertrag nichtig, der einen unmöglichen oder widerrechtlichen Inhalt habe oder gegen die guten Sitten verstosse. Sittenwidrig seien Verträge, die gegen die herrschende Moral, das heisst gegen das allgemeine Anstandsgefühl oder gegen die der Gesamtrechtsordnung immanenten ethischen Prinzipien und Wertmassstäbe verstiesse (E. 4.4.1).

[7] Nicht jeder entgeltliche Verzicht auf ein Rechtsmittel im Bauverfahren sei sittenwidrig. Eine verpönte Kommerzialisierung liege vielmehr erst dann vor, wenn mit der entgeltlichen Verzichtvereinbarung allein der drohende Verzögerungsschaden des Bauherren vermindert werden soll. Soweit sich der wirtschaftliche Wert des Verzichts bloss aus dem möglichen Schaden wegen der Verlängerung des Bewilligungsverfahrens, nicht aber aus schutzwürdigen Interessen des Nachbarn ergebe, sei die Kommerzialisierung des Verzichts sittenwidrig. Die Verabredung einer Vergütung für den Rückzug eines nicht aussichtslosen Baurekurses sei nicht sittenwidrig (E. 4.1.2).

[8] Mit der Vorinstanz könne offenbleiben, ob die Verzichtvereinbarung überhaupt als sittenwidrig zu beurteilen sei. Entgegen der Klägerin würde die Bejahung einer verpönten Kommerzialisierung der Rechtsposition durch die Beklagte nicht bereits ein Indiz dafür darstellen, dass die Klägerin unzumutbare Nachteile in Kauf zu nehmen hatte. Denn die Frage, ob eine sittenwidrige Vereinbarung vorliege, sei von der Frage der Möglichkeit der Rückforderung zu unterscheiden (E. 4.3).

[9] Die Klägerin rüge, sie habe sich in einer Not-/Zwangslage befunden und habe nicht freiwillig bezahlt. In ihrer Situation habe es sich für jede vernünftige Partei objektiv aufgedrängt, sich zu beugen, auch wenn die Beklagte keine Ansprüche gehabt hätte. Die Verzögerung von Bauvorhaben durch Rechtsmittel und Rechtsmittelverfahren führe grundsätzlich regelmässig zur Schädigung der Bauherrschaft. Sie habe sich aufgrund eines Grundstückkaufvertrags verpflichtet, das schlüsselfertige Gebäude spätestens per 1. März 2017 zu übergeben, weil auf diesen Zeitpunkt der Mietbeginn vorgesehen gewesen sei. Die zeitliche Verzögerung hätte zu Verletzungen von Verträgen mit Dritten geführt. Nach der Lebenserfahrung hätte die Durchführung eines ordentlichen Einspracheverfahrens, einschliesslich allfälliger weiterer Rechtsmittelverfahren, Monate gedauert. Für eine Fertigstellung per 1. März 2017 sei aber schon nach der allgemeinen Lebenserfahrung ein unverzüglicher Baubeginn notwendig gewesen (E. 4.3.1).

[10] In BGE [123 III 101](#) E. 3b S. 108 habe sich das Bundesgericht – wie folgt – zu den Voraussetzungen des

Rückforderungsanspruchs eines Bauherrn geäussert: Der Begriff der Unfreiwilligkeit sei im Gesetz nicht allgemein umschrieben. Was darunter zu verstehen sei, lasse sich aber aus einzelnen Bestimmungen ableiten. Ein Beispiel unfreiwilliger Leistung finde sich zunächst in Art. 63 OR selbst, gemäss dessen Abs. 3 die Rückforderung einer bezahlten Nichtschuld nach Schuldbetreibungs- und Konkursrecht vorbehalten werde. Daraus ergebe sich, dass Zahlungen, die unter Betreuungszwang erfolgen würden, als unfreiwillig gelten müssten. Unfreiwillig sei auch eine Leistung, zu der ein Bewucherter durch seine Notlage (Art. 21 OR) und ein widerrechtlich Bedrohter durch seine Furcht (Art. 29 f. OR) veranlasst würden. Diese Beispiele zeigten, dass eine eigentliche Zwangslage gegeben sein müsse. Abgesehen von den erwähnten, gesetzlich umschriebenen Fällen liege eine die Freiwilligkeit der Leistung ausschliessende Zwangslage nur vor, wenn der Leistende unzumutbare Nachteile in Kauf zu nehmen hätte, die er nicht anders als durch die Leistung abwenden könne. Die Zahlung müsse als einzig möglicher und zumutbarer Ausweg erscheinen. Der Umstand, dass der Bauherr zur Bezahlung einer Geldsumme bereit sei, weil er eine Bauverzögerung verhindern wolle, mit der er wegen eines ergriffenen Rechtsmittels rechnen müsse, reiche dafür nicht. In der Lehre sei kritisiert worden, das Bundesgericht habe die Schwelle für die Rückforderung zu hoch angelegt, sodass eine solche nur in krassen Fällen möglich sei. Dieser Kritik sei insofern Rechnung zu tragen, als die Anforderungen an den Nachweis der Unzumutbarkeit nicht überspannt werden dürften. So könne jedenfalls nicht (allein) entscheidend sein, von wem die Initiative für die Verichtsvereinbarung ausgehe. Die Ansicht gewisser Autoren, dass der Bereicherungsanspruch nicht ausgeschlossen sein dürfe, wenn die Abgeltung eines Rechtsbehelfs zwar nicht der einzig mögliche zumutbare Ausweg sei, sich aber einem vernünftigen Bauherrn zur Vermeidung finanzieller (oder anderer) Nachteile aufdränge, gehe aber zu weit. Ansonsten würde der Bauherr in den meisten Fällen nach Eintritt des Erfolgs (Rückzug des Rechtsmittels) sein Geld zurückfordern können. Es sei aber auch dem Umstand Rechnung zu tragen, dass der Bauherr sich zum Rechtsauskauf entschieden habe, statt das jeweilige Verfahren abzuwarten und allfällige Verzögerungsschäden als Schadenersatz geltend zu machen (E. 4.3.2).

[11] Vorliegend habe die Vorinstanz nicht als erwiesen erachtet, dass die Klägerin sich durch eine Notlage zur Bezahlung der Abgeltung veranlasst gesehen hätte. Die Klägerin setze sich mit den diesbezüglichen vorinstanzlichen Erwägungen nicht hinreichend auseinander, sondern übe über weite Strecken appellatorische Kritik. Der allgemeine Hinweis auf den Umstand, dass die Verzögerung von Bauvorhaben durch Rechtsmittel und Rechtsmittelverfahren regelmässig zur Schädigung der Bauherrschaft führe, reiche dafür nicht. Die Klägerin verweise zwar erneut auf die vertraglichen Rücktrittsrechte der Erwerberin und der Mieterin, zeige aber nicht mit Aktenhinweis auf, dass sie vor den Vorinstanzen dargelegt hätte, dass bei einer Fertigstellung nach dem 1. März 2017 tatsächlich ein Vertragsrücktritt durch die Erwerberin bzw. die Mieterin erfolgt wäre bzw. die Termine nicht verhandelbar gewesen wären. Damit genüge sie den Anforderungen an eine Willkürüge nicht. Das baurechtliche Einspracheverfahren hätte zwar zu einer Verzögerung geführt; dass die Dauer nicht zumindest ansatzweise hätte abgeschätzt werden können, wie die Klägerin behauptet, sei aber nicht ersichtlich, zumal sie sich an anderer Stelle ihrer Beschwerde auf den Standpunkt stelle, die Einsprache sei aussichts- und haltlos gewesen. Sie führe sodann selbst aus, das Kauf-/Mietobjekt als Logistikcenter der D sei auf deren Bedürfnisse «massgeschneidert» gewesen. Sie mache diese Ausführungen, um zu belegen, dass der geplante Bau für Dritte nicht geeignet gewesen wäre bzw. mit hohen Kosten gleich wieder hätte umgebaut werden müssen. Dies spräche aber dafür, wie die Beklagte zu Recht ausführe, dass die Erwerberin bzw. die Mieterin im Falle von zeitlichen Verzögerungen wohl kaum ohne Weiteres vom Vertrag zurückgetreten wäre, sondern sich auf Verhandlungen eingelassen und allenfalls ihrerseits (weitere) Ansprüche gestellt hätte. Vor diesem Hintergrund ist auch die vorinstanzliche Feststellung, die Klägerin habe den Verzögerungsschaden nicht substantiiert behauptet, nicht zu beanstanden. Die Schadensberechnung der Klägerin geht von einem definitiven Scheitern des Projekts aus. Sie zeige aber nicht hinreichend auf, weshalb sie zum Zeitpunkt des Abschlusses der Verichtsvereinbarung von einem definitiven Scheitern des Projekts hätte ausgehen müssen, wenn sie auf den Auskauf des Rechtsmittels verzichtet hätte. Die Klägerin tue somit insgesamt nicht hinreichend dar, dass sie zur Vermeidung unzumutbarer finanzieller oder anderer Nachteile die Verichtsvereinbarung hätte abschliessen müssen. Die Vorinstanz durfte somit ohne Verletzung von Bundesrecht davon ausgehen, eine Rückforderung der bezahlten Summe scheitere an Art. 63 OR (E. 4.3.3).

[12] Umstritten sei weiter, ob die Klägerin im Hinblick auf die Verichtsvereinbarung übervorteilt wurde. Einleitend sei anzumerken, dass ein allfälliges Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung eine Sittenwidrigkeit nicht zu begründen vermöchte. Dieser Problemkreis werde vielmehr abschliessend vom – hier zu prüfenden –

Übervorteilungsstatbestand des Art. 21 OR erfasst. Eine Übervorteilung gemäss Art. 21 OR setze objektiv ein offenes Missverhältnis zwischen den Austauschleistungen und subjektiv eine Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit (Notlage, Unerfahrenheit oder Leichtsinn) der benachteiligten Vertragspartei auf der einen und deren Ausbeutung auf der anderen Seite voraus. Der Übervorteilte könne den Vertrag während eines Jahres für unverbindlich erklären und seine Leistung zurückfordern. Eine Notlage («*gêne*», «*bisogni*») im Sinne von Art. 21 OR liege vor, wenn sich eine Partei bei Vertragsabschluss in starker Bedrängnis, in einer Zwangslage befände. In Betracht falle dabei nicht nur die wirtschaftliche Bedrängnis, sie könne auch persönlicher, familiärer, politischer oder anderer rechtserheblicher Natur sein. Entscheidend sei, dass ein Verhandlungspartner den Abschluss des für ihn ungünstigen Vertrags gegenüber der Inkaufnahme drohender Nachteile als das kleinere Übel betrachte, sofern diese Güterabwägung auch in objektiver Betrachtung (Art. 2 Abs. 1 [ZGB](#)) als vertretbar erscheine. Die Feststellungen der Vorinstanz zur Situation der Klägerin und zu den Umständen des Vertragschlusses seien tatsächlicher Natur und bänden das Bundesgericht. Die Frage, ob die Klägerin gestützt auf diese Tatsachen in ihrer Entscheidungsfreiheit beeinträchtigt gewesen sei, wie auch die Frage, ob die Beklagte dies ausgebeutet habe, seien demgegenüber frei überprüfbare Rechtsfragen. Die Rechtsprechung gehe davon aus, dass die Bejahung einer Übervorteilung im Sinne von Art. 21 OR angesichts eines von der Privatautonomie beherrschten Vertragsrechts die Ausnahme bleiben müsse (E. 5.1).

[13] Die Klägerin rüge, sie hätte sich bei Abschluss der Verzichtvereinbarung in einer Notlage befunden. Sie hätte es tatsächlich als kleineres Übel angesehen, aus einer Notlage heraus den exorbitanten Betrag von CHF 240'000 zu bezahlen, um nicht das Risiko einzugehen, mit dem Bau nicht beginnen zu können, Miet- und Grundstückkaufverträge mit Dritten zu verletzen und Rücktritte der Erwerberin oder der Mieterin in Kauf zu nehmen. Sie hätte sich in einer subjektiven Ausnahmesituation befunden, die ein freies Aushandeln von Vertragsbedingungen ausgeschlossen hätte. Die Klägerin hätte die Umstände konkret darlegen müssen, aufgrund derer auf eine eigentliche Notlage hätte geschlossen werden können. Dazu hätte sie darlegen müssen, dass sie sich wegen der drohenden Bauverzögerung infolge des hängigen Rechtsmittels in so starker wirtschaftlicher Bedrängnis befunden habe, dass ihr der Abschluss des für sie ungünstigen Vertrags noch als das kleinere Übel erschienen wäre. Sie habe aber nicht hinreichend dargetan, dass sie sich aufgrund der Einsprache in derart starker wirtschaftlicher Bedrängnis befunden hätte, dass ihre Entscheidungsfreiheit betreffend den Abschluss der Verzichtvereinbarung beeinträchtigt gewesen wäre. Es verletze daher kein Bundesrecht, wenn die Vorinstanz eine eigentliche Notlage der Klägerin im Zeitpunkt des Abschlusses der Verzichtvereinbarung verneinte. Damit erübrige sich eine Prüfung der übrigen Voraussetzungen von Art. 21 OR (E. 5.3).

Kurzkommentar

[14] Das Bundesgericht wählte im vorliegenden Fall einen etwas eigenwilligen Lösungsweg, wobei dies vermutlich den Vorbringen der Parteien und den Vorinstanzen geschuldet war. Es prüfte zuerst, ob die Rückforderungsklage der Klägerin an der Freiwilligkeit der Leistung gemäss Art. 63 OR scheitert und erst in einem zweiten Schritt die Voraussetzungen von Art. 21 OR. Entsprechend liess es die Klägerin am etwas diffusen Test der Freiwilligkeit scheitern und fügte nur in einem Nachsatz an, auch eine Notlage gemäss Art. 21 OR sei nicht erstellt. Methodologisch wäre es vorzuziehen gewesen, das Bundesgericht hätte zuerst die Notlage gemäss Art. 21 OR geprüft und dann aufgrund fehlender Notlage die Rückforderbarkeit nach Art. 62 ff. OR verneint. So blieb es im Wesentlichen bei der Anwendung des schwer greifbaren Tests der Freiwilligkeit gemäss Art. 63 OR, zu dem das Bundesgericht ausführte, es müsse eine eigentliche Zwangslage im Sinne von z.B. Art. 63 Abs. 3 OR, Art. 21 OR oder Art. 29 f. OR vorliegen, damit die Freiwilligkeit verneint werden könne. Eine solche Zwangslage sei aber vorliegend nicht gegeben, weshalb auch keine Notlage i.S.v. Art. 21 OR bestehen könne.

[15] Immerhin lernt man aus dem hier kommentierten Bundesgerichtsurteil dreierlei: Zunächst qualifiziert das Bundesgericht das zur Diskussion stehende Rechtsgeschäft *en passant* als «Rechtskauf» und somit als Kaufgeschäft im Sinne von Art. 184 ff. OR. Zweitens hält das Bundesgericht an seiner konstanten Auffassung fest, dass Art. 21 OR die Bestimmungen von Art. 19/20 OR verdrängt.^[1] Und drittens erwähnt das Bundesgericht, dass die Anforderungen an den Test der Freiwilligkeit gemäss Art. 63 OR bzw. der Notlage nach Art. 21 OR bei Fällen wie dem zu beurteilenden nicht überspannt werden dürfen. Zu dieser Trias ist Folgendes anzumerken:

[16] Der Meinung des Bundesgerichts zur Rechtsnatur der Verzichtvereinbarung ist insofern zuzustimmen, dass es sich gemäss wohl herrschender Lehre bei einer Verzichtvereinbarung um einen privatrechtlichen und nicht

etwa um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag handelt.^[2] Ob ein solches Rechtsgeschäft jedoch wirklich einen Kaufvertrag darstellen kann, wird in der Lehre teilweise verneint.^[3] In der neueren Literatur wird insbesondere die Meinung vertreten, dass eine Verzichtvereinbarung je nach Interessenlage der Parteien entweder einen prozessualen Vergleich oder, sofern sie nicht der Lösung eines Streits oder der Ungewissheit über ein bestehendes Rechtsverhältnis durch gegenseitige Zugeständnisse dient, einen Innominatkontrakt prozessrechtlicher Natur darstellt.^[4] Vorliegend ist dem Bundesgericht jedoch nicht entgegenzuhalten, dass es sich nur beiläufig mit dieser Fragestellung auseinandersetze. Denn die *in casu* besonders relevanten Bestimmungen des Allgemeinen Teils des Obligationenrechts (Art. 19/20 und Art. 21 OR) sind auf sämtliche Zivilrechtsverhältnisse anwendbar, wie z.B. Kaufvertrag, Innominatkontrakt oder prozessualen Vergleich (vgl. Art. 7 ZGB).^[5]

[17] Die Exklusivität von Art. 21 OR im Verhältnis zu Art. 19/20 OR ist in der Lehre umstritten. Ein Grossteil der Lehre betrachtet insbesondere Verträge, die eine besonders krasse Inäquivalenz (*laesio enormissima*) aufweisen, als sittenwidrig und nimmt mithin zwischen Art. 19/20 und Art. 21 OR Überschneidungen im Anwendungsbereich an.^[6] Die Frage nach dem Verhältnis zwischen Art. 19/20 und Art. 21 OR ist nicht bloss dogmatischer Natur, sondern in der Praxis äusserst entscheidend:^[7] Die Sittenwidrigkeit führt zur Nichtigkeit des Vertrags *ex tunc*^[8] und ist von Amtes wegen festzustellen.^[9] Zudem kann sich jedermann jederzeit auf diese Nichtigkeit berufen.^[10] Eine Übervorteilung im Sinne von Art. 21 OR führt im Gegensatz dazu «nur» zur einseitigen Unverbindlichkeit,^[11] die ihrerseits «nur» eintritt, wenn der Übervorteilte (daher nicht jedermann) innert Jahresfrist erklärt, dass er den Vertrag nicht halten wolle (Art. 21 Abs. 1 OR). Verpasst der Übervorteilte diese «sportliche Frist», die bereits mit Vertragsabschluss zu laufen beginnt (Art. 21 Abs. 2 OR), so gilt der Vertrag ungeachtet der ihm innewohnenden Äquivalenzstörung als rechtsgültig zustande gekommen.^[12]

[18] Obschon es bei der Annahme einer Überschneidung im Anwendungsbereich von Art. 19/20 OR und Art. 21 OR unter Umständen schwierig sein kann, zu bestimmen, wann von einem enormen (sittenwidrigen) Missverhältnis und wann lediglich von einem offenbaren Missverhältnis (im Sinne von Art. 21 OR) auszugehen ist,^[13] erscheint die konstante Rechtsprechung des Bundesgerichts dennoch nicht einleuchtend. Denn das Bundesgericht selbst definiert die Sittenwidrigkeit im Sinne von Art. 20 OR als gegen die herrschende Moral verstossend, d.h. gegen das allgemeine Anstandsgefühl oder die der Gesamtrechtsordnung immanenten ethischen Prinzipien und Wertmassstäbe.^[14] Inwiefern ein besonderes Missverhältnis, beispielsweise aufgrund der schamlosen Ausnützung einer Monopolstellung, zwar unter Umständen übervorteilend aber nicht auch gegen die ethischen Prinzipien und Wertvorstellungen verstossend und damit sittenwidrig sein kann, wird vom Bundesgericht sodann auch nicht näher begründet. Namentlich mit Blick auf die eingeschränkte Geltendmachung von Art. 21 OR (vgl. Rz. 17) sollte eine Berufung auf Art. 19/20 OR in grösserem Masse zulässig sein, insbesondere wenn die subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 21 OR (Notlage, Unerfahrenheit, Leichtsinne) nicht erfüllt sind.^[15]

[19] Im Zusammenhang mit der Unfreiwilligkeit der Rückforderung gemäss Art. 63 OR war das Bundesgericht bisher davon ausgegangen, dass die Unfreiwilligkeit nur vorliegen könne, wenn die Zahlung der Entschädigung aus Sicht des Leistenden als einzig möglicher und zumutbarer Ausweg erscheint.^[16] Auch wenn das Bundesgericht dieser konstanten Rechtsprechung vorliegend nicht explizit zu widersprechen scheint, anerkannte es zumindest, dass «die Anforderungen an den Nachweis der Unzumutbarkeit nicht überspannt werden dürfen» (E. 4.3.2). Insofern kann darin eine gewisse Relativierung der bisherigen strengen bundesgerichtlichen Praxis gesehen werden. Nichtsdestotrotz erteilte das Bundesgericht den grosszügigeren Lehrmeinungen eine klare Absage, denen zufolge ein Bereicherungsanspruch möglich sei, selbst wenn die Abgeltung eines Rechtsbehelfs zwar nicht der einzig mögliche zumutbare Ausweg sei, sich aber einem vernünftigen Bauherrn zur Vermeidung finanzieller Nachteile aufdränge (vgl. E. 4.3.2 *in fine*).^[17] Dass sich das Bundesgericht künftig noch weiter in die Richtung von ERIK LUSTENBERGER bewegt, dürfte mit Blick auf diese klare Aussage und die strenge konstante Rechtsprechung jedoch unwahrscheinlich sein.

[20] Zusammenfassend verdient das besprochene Urteil Zustimmung, trotz des etwas eigenwilligen Lösungswegs des Bundesgerichts und trotz der Tatsache, dass das Bundesgericht gewisse rechtliche Fragen (durchaus zu Recht) nicht *ad extenso* behandelte. Aus rechtlicher Sicht ist das Urteil nicht bahnbrechend, steht es doch im Einklang mit der konstanten, wenn auch in der Lehre nicht unumstrittenen Rechtsprechung des Bundesgerichts zu

den behandelten Themen.

MLaw MARIUS DENOTH, Substitut, Walder Wyss AG.

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

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

[1] Vgl. dazu Urteil des Bundesgerichts [4A_504/2008](#) vom 6. Juli 2009 E. 2.1; Urteil des Bundesgerichts [4A_21/2009](#) vom 11. März 2009 E. 5.2; Urteil des Bundesgerichts [5C.91/2000](#) vom 25. Mai 2000 E. 3; BGE [115 II 232](#) E. 4c S. 236; zustimmend HUBERT STÖCKLI, Das Synallagma im Vertragsrecht, Habil. Freiburg 2006 = AISUF Band 271, Zürich/Basel/Genf 2008, S. 209 f.

[2] ERIK LUSTENBERGER, Die Verzichtvereinbarung im öffentlichen Bauverfahren, Diss. Freiburg 2007 = BR Band Nr. 15, Zürich/Basel/Genf 2008, Rz. 43; zustimmend MICHÈLE GUTH, Konsensuale Streitbeilegung im öffentlichen Verfahrensrecht, Diss. Zürich 2017 = ZStöR Band 252, Zürich/Basel/Genf 2017, S. 8.

[3] Vgl. HERBERT SCHÖNLE, Zürcher Kommentar, 3. Aufl., Zürich 1993, Art. 184 OR N 63, dem zufolge eine Verzichtvereinbarung mangels Übertragbarkeit des Kaufgegenstandes nicht als Kaufvertrag qualifiziert werden könne.

[4] Vgl. LUSTENBERGER (Nr. 2), Rz. 44 ff.

[5] Siehe PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 11. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, Rz. 14 ff.; ERNST PLATZ, Der Vergleich im schweizerischen Recht, Diss. St. Gallen 2013 = SGRW Band 24, Zürich/St. Gallen 2014, S. 91 ff.

[6] BARBARA MEISE/CLAIRE HUGUENIN, in: Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl., Basel 2020, Art. 21 OR N 21; DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, [Anwendung des Strafrechts auf M&A Transaktionen?](#), in: dRSK, publiziert am 8. Januar 2016, Rz. 6; ADRIAN STAEHELIN, Zürcher Kommentar, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006, Art. 322 OR N 20; ERNST A. KRAMER, Berner Kommentar, Bern 1991, Art. 19/20 OR N 204 f.

[7] STÖCKLI (Nr. 1), S. 212.

[8] BGE [97 II 108](#) E. 4 S. 115.

[9] Urteil des Bundesgerichts [4A_3/2014](#) vom 9. April 2014 E. 3.1.

[10] Urteil des Bundesgerichts [4C.305/1999](#) vom 19. Januar 2001 E. 4a; BGE [95 II 532](#) E. 3 S. 537.

[11] BSK OR I-MEISE/HUGUENIN (Nr. 6), Art. 21 OR N 15.

[12] STÖCKLI (Nr. 1), S. 200.

[13] So auch STÖCKLI (Nr. 1), S. 213.

[14] BGE [132 III 455](#) E. 4.1 S. 458; BGE [129 III 604](#) E. 5.3 S. 617; BGE [123 III 101](#) E. 2 S. 102.

[15] So auch BK-KRAMER (Nr. 6), Art. 19/20 OR N 205 m.w.H.

[16] Urteil des Bundesgerichts [5C_52/2001](#) vom 14. Juni 2001 E. 4a; BGE [123 III 101](#) E. 3b S. 108.

[17] Siehe zu dieser Meinung ERIK LUSTENBERGER, Missbräuchliche Einsprachen – Möglichkeiten und Grenzen der Sanktionierung, BR 2006, S. 36 ff., S. 39.

Zitiervorschlag: Marius Denoth / Dario Galli / Markus Vischer, Verzichtvereinbarung und Rückforderung – aus Lausanne nichts Neues?, in: dRSK, publiziert am 15. Dezember 2021

ISSN 1663-9995. Editions Weblaw

EDITIONS WEBLAW

Weblaw AG | Schwarztorstrasse 22 | 3007 Bern

T +41 31 380 57 77 info@weblaw.ch

weblaw.ch