

§ 13 Vertragsanfechtung wegen Willensmängel	192
I. Begriff und Voraussetzungen des Willensmangels	192
1. Zu OR 23-31 im allgemeinen	192
2. Zur Einteilung der Irrtumstatbestände	193
3. Zum Anwendungsbereich der Willensmängelregelung	193
II. Der Erklärungsirrtum	194
1. Historische und dogmatische Hinweise	194
2. Zum Erfordernis der «Wesentlichkeit» der Erklärungsirrtümer und zu deren Einteilung	196
3. Kasuistik	197
4. Falschübermittlung (OR 27)	201
III. Grundlagenirrtum (OR 24/I Ziff. 4)	202
1. Historische und dogmatische Hinweise	202
2. Sachlicher Bezugspunkt des Grundlagenirrtums; Irrtum über «künftige Sachverhalte»	204
3. Die «Wesentlichkeit» des Irrtums	206
4. Anwendungsfälle	207
IV. Die Wirkungen des Irrtums	209
1. Grundsatz der einseitigen Anfechtbarkeit (OR 23, 31/I)	209
2. Die Anfechtung	211
3. Wirkung der Anfechtung	214
4. Ausschluss und Verwirkung der Anfechtung nach OR 25 und durch Genehmigung	215
5. Die Schadenersatzpflicht des fahrlässig Irrenden (OR 26)	217
V. Täuschung (OR 28)	218
1. Begriff	218
2. Voraussetzungen (OR 28/I)	219
3. Sonderfall der Täuschung durch einen Dritten (OR 28/11)	221
4. Rechtsfolgen	222
VI. Die Furchterregung (OR 29/30)	224
1. Allgemeines	224
2. Die Voraussetzungen im einzelnen	225
3. Rechtsfolgen des Tatbestandes der Furchterregung	227

§ 13 Vertragsanfechtung wegen Willensmängel

Literatur

V. BEUTHIEN, Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis, Tübingen 1969; H. BROX, Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung, Karlsruhe 1960; B. CUENOD, Délimitation du domaine de Perreur dans les contrats en droit suisse des obligations, thèse Lausanne 1941; M. DIESSELHORST, Zum Irrtum beim Vertragsschluss, Symptica F. Wieacker, Göttingen 1970, p. 180 ff.; F. FICK, Der wesentliche Irrtum im revidierten schweizerischen OR, Festschrift für G. Cohn, Zürich 1915, p. 617 ff.; W. FLUME, Eigenschaftsirrtrum und Kauf, Münster 1948; DERS., Irrtum und Rechtsgeschäft im römischen Recht, Festschrift für F. Schulz I, Weimar 1951, p. 209 ff., sowie Das Rechtsgeschäft §§ 21-26, m. w. H.; ST. GHIRIN-GHELLI, Rapporti fra l'interpretazione di un contratto e la sua impugnazione per errore, Rep. 100 (1967), p. 11; P. JÄGGI, Vertrauensprinzip und Gesetz, Festgabe A. Simonius, Basel 1955, p. 145 ff. (Privatrecht und Staat, Zürich 1976, p. 149 ff.); E. A. KRAMER, Grundfragen der vertraglichen Einigung, München/Salzburg 1972, und dort Zitierte; A. MANIGK, Irrtum und Auslegung, Berlin 1918; A. MEIER-HAYOZ, Das Vertrauensprinzip beim Vertragsabschluss, Ein Beitrag zur Lehre von der Auslegung und den Mängeln des Vertragsabschlusses beim Schuldvertrag, Diss. Zürich 1948; P. PIOTET, De l'invalidité partielle des actes juridiques, spécialement en cas de vice du consentement, ZSR 76 (1975), p. 97 ff.; D. ROTHOEFT, System der Irrtumslehre als Methodenfrage der Rechtsvergleichung, Tübingen 1968; B. SCHMIDLIN, Das Vertrauensprinzip und die Irrtumslehre im deutschen und schweizerischen Recht, ZSR 89 (1970), p. 225 ff.; W. SCHUBERT, Zu einer Edition unveröffentlichter Materialien zum BGB. Zugleich ein Beitrag zur Entstehungsgeschichte des § 119 BGB, AcP 175, p. 426 ff.; A. SIMONIUS, Wandlungen der Irrtumslehre in Theorie und Praxis, Festgabe für F. Goetzing, Basel 1935, p. 240 ff.; DERS., Bedeutung des Vertrauensprinzips in der Vertragslehre, Festgabe der Basler Juristischen Fakultät zum schweizerischen Juristentag, Basel 1942, p. 233 ff.; V. TUHR, Über die Mängel des Vertragsabschlusses nach schweizerischem OR, ZSR 15 N. F. (1896), p. 278 ff.

I. Begriff und Voraussetzungen des Willensmangels

1. Zu OR 23-31 im allgemeinen

Unter dem Marginale «Mängel des Vertragsabschlusses» regelt das Gesetz in OR 23 bis 31 eine Reihe von Tatbeständen, die dadurch gekennzeichnet sind, dass der Vertragswille des einen Partners im weitesten Sinne mangelhaft gebildet ist (daher «Willensmängel»). Gemeinsames Merkmal der im Sinne dieser Bestimmungen mangelhaften Verträge ist es, dass sie nicht von selbst ungültig sind, sondern lediglich unter der Voraussetzung ungültig werden, dass der Verletzte, d. h. der in Willensmängeln verhaftete Partner, diesen Erfolg will bzw. durch eine entsprechende Erklärung («Anfechtung») diesen Erfolg herbeiführt.

2. Zur Einteilung der Irrtumstatbestände

Der in der Willensbildung sich spontan einstellende Fehler wird als Tatbestand des *Irrtums* bezeichnet (OR 23-27; unten Ziff. II-IV), demgegenüber die vom Partner veranlassten Willensmängel der *Täuschung* und *Drohung* als Sondertatbestände erscheinen (OR 28, 29/30, dazu unten Ziff. V und VI).

Die den Irrtumstatbestand ausmachenden Fälle nicht von aussen induzierter Willensmängel lassen sich danach unterscheiden, ob der Fehler in einem Auseinanderfallen zwischen dem vom Irrenden Erklärten, bei dem er aufgrund des Vertrauensprinzips grundsätzlich behaftet wird, und dem von ihm tatsächlich Gewollten, liegt, oder ob bereits die Willensbildung als solche fehlerhaft war insofern, als der Irrende bei seiner Entschliessung von unrichtigen Voraussetzungen ausging. Die erste Tatbestandsgruppe stellt keinen Willensmangel/Irrtum im strengen Sinn dar, wird aber nach sachlogischen Kriterien gleich wie ein solcher behandelt und «*Erklärungsirrtum*» genannt, während die zweite Gruppe *Grundlagenirrtum* heisst.

Die Fälle des Erklärungsirrtums wie jene des Grundlagenirrtums lösen zwar die gleichen Rechtsfolgen aus, die gemeinschaftlich behandelt werden können (unten Ziff. IV); die Willensmängel-Tatbestände sind aber wesensmässig so verschieden, je nachdem, ob der Fehltatbestand in der Bildung oder Äusserung des Willens liegt, dass eine gesonderte Betrachtung jeder der beiden Fallgruppen angezeigt ist (Erklärungsirrtum: Ziff. II, Grundlagenirrtum: Ziff. III), dies um so mehr, als die historische Basis der rechtlichen Behandlung des einen wie des anderen Irrtumstatbestandes verschieden ist (vgl. je Ziff. 1 von II und III). Dabei soll nicht übersehen werden, dass eine eindeutige Abgrenzung beider Bereiche nicht möglich ist und oft ein und derselbe Tatbestand sowohl unter dem Blickpunkt des Erklärungs- wie des Grundlagenirrtums betrachtet werden kann¹.

3. Zum Anwendungsbereich der Willensmängelregelung

Grundsätzlich erstreckt sich in Anwendung von ZGB 7 der Anwendungsbereich von OR 23 ff. auf *sämtliche Rechtsgeschäfte* (dazu oben § 7/V/2). Bei *Verfügungen* (vgl. oben § 4/VIII) ist der Bereich stark eingeschränkt, da der Gehalt des Geschäfts weitgehend abstrakt und Berufung auf Grundlagenirrtum nur eingeschränkt möglich ist. Im Werkvertragsrecht schliesst die Sonderregelung von OR 373 Abs. 2 die Anfechtung wegen Willensmängel aus (BGE 109 II 335); umgekehrt wird die Irrtumsanfechtung durch die Regeln der *kaufrechtlichen Sachgewährleistung nicht ausgeschlossen* (BGE 98 II 20 E. 3, 107 II 42 und dazu OR/BT § 4/VIII).

¹ Dies erklärt, dass die fehlende Anerkennung des Grundlagenirrtums in der romanistischen Tradition und im BGB nicht ausschliesst, dass die in der Schweiz als Grundlagenirrtum qualifizierten Tatbestände weitgehend ebenfalls erfasst werden, wie umgekehrt in der Praxis zum revidierten OR die Neigung besteht, alle vorkommenden Fälle als Grundlagenirrtümer zu qualifizieren (vgl. dazu unten Ziff. III/2; II/1b/bb, Anm. 8).

Für die Anfechtung von Vereinbarungen bezüglich der Festsetzung von Entschädigungen nach Strassenverkehrs-Unfällen besteht eine Sondernorm (SVG 87/II; dazu BGE 109 II 348).

II. Der Erklärungsirrtum

1. Historische und dogmatische Hinweise

a) Romanistische Tradition

Während ursprüngliche Rechtsordnungen durchwegs dazu neigen, den Eintritt gewillkürter Rechtsfolgen davon abhängig zu machen, ob bestimmte äusserlich wahrnehmbare Formen gewahrt oder bestimmte Worte gesprochen sind, gelangen moderne Rechte dazu, mehr oder weniger den inneren Willen der Parteien zu berücksichtigen und diesem gegenüber den äusseren Rechtsschein und damit auch in gewissem Sinne die Rechtssicherheit zurückzustellen. Beachtenswert ist aber, dass das spätere Römische Recht unter hellenistischem Einfluss bereits dem Grundsatz nach einen Voluntarismus vertritt: Schon bei der Auslegung einer mehrdeutigen Erklärung ist das vom Erklärenden Gewollte massgebend, während eine nach allgemeinem Verständnis eindeutige Erklärung, wenn im Ergebnis vom Erklärenden nicht gewollt, diesen nicht bindet².

In der Pandektistik des 19. Jahrhunderts wurde die Kontroverse zwischen der sogenannten *Erklärungstheorie*, welche im Interesse der Verkehrssicherheit auf den objektiven Sinn der Erklärung abstellen will, und der in spätrömischer Tradition stehenden *Willenstheorie*, die auf das tatsächlich Gewollte, nicht auf den Wortlaut der Erklärung abstellt, im allgemeinen zugunsten der letzteren entschieden³.

b) Unterscheidung der modernen Kodifikationen zwischen der Frage ursprünglicher Vertragsgültigkeit und nachträglicher Anfechtbarkeit

aa) Die modernen Kodifikationen (d. h. OR und in dessen Gefolge das BGB) betrachten im Gegensatz zur romanistischen Tradition die Willensmängel nicht als

² Vgl. etwa KASER, § 8/II; DERS., Das Römische Privatrecht, I, p. 234 ff.

³ Die in der Willenstheorie liegende Gefährdung der Verkehrssicherheit ist zu allen Zeiten auf der Ebene des *Beweisrechts* gemildert worden, denn offenkundig ist derjenige, der einen vom Sinn seiner Erklärung abweichenden inneren Willen behauptet, für diese Behauptung immer beweispflichtig geblieben, was praktisch bedeutet, dass nur der nach aussen getretene und erkennbar gewordene (wenn auch nicht notwendig dem Vertragspartner erkennbar gewordene) Wille Berücksichtigung findet.

Tatbestände der Vertragsnichtigkeit, sondern der Anfechtbarkeit⁴. Dies bedeutet, dass unabhängig von der Frage der Anfechtbarkeit wegen Willensmängel vorerst die andere Frage zu stellen ist, ob überhaupt ein Vertrag zustande gekommen sei, bei deren Verneinung sich jede weitere Überlegung erübrigt. Würde die Frage der Vertragsgültigkeit (die Frage nach den an den Vertragskonsens zu stellenden Anforderungen) gleich beantwortet wie diejenige nach den eine Anfechtbarkeit begründenden Willensmängeln, würde für letztere kein Raum bleiben. Nachdem OR und BGB die Frage der Vertragsentstehung und jene der Vertragsanfechtbarkeit getrennt regeln, versteht es sich, dass die Mängel, welche das Zustandekommen eines Vertragskonsenses hindern, enger umschrieben sind als jene, welche eine Anfechtbarkeit begründen. Im wesentlichen kann man feststellen, dass die Gesetzgeber in der Frage der *Vertragsentstehung* den Standpunkt der *Erklärungstheorie* einnehmen, d. h. einen Vertrag als zustande gekommen betrachten, wenn der Erklärungsempfänger auf einen bestimmten Vertragswillen schliessen durfte, während in der nachgeordneten Frage der *Anfechtbarkeit* des geschlossenen Vertrages *die Willenstheorie verwirklicht wird*⁵; die sogenannte *Vertrauenstheorie* in der schweizerischen Doktrin (die sich nur wenig von der Erklärungstheorie unterscheidet) spielt nur im Rahmen der Frage der *Vertragsentstehung*, nicht dagegen bei der Anfechtbarkeit der Verträge wegen Willensmängel⁶.

bb) Für das geltende schweizerische Recht sind angesichts des klaren gesetzgeberischen Willens alle Auffassungen abzulehnen, welche auch die Regelung des Erklärungsirrtums im Sinne von OR 24 Ziff. 1-3 nach dem Vertrauensprinzip auslegen und den Anwendungsbereich dieser Anfechtungstatbestände minimalisieren, wenn nicht ausschliessen wollen⁷; es hat dabei zu bleiben, dass die Regelung des Erklärungsirrtums im Ansatz einen reinen Voluntarismus verwirklicht, der allerdings in seinen praktischen Wirkungen durch eine Ersatzpflicht des fahrlässig

⁴ Das OR weniger deutlich als das BGB. Vgl. unten Ziff. IV/1.

⁵ Dies gilt jedenfalls für den *Erklärungsirrtum*; der Tatbestand des Grundlagenirrtums dagegen kann ausserhalb des Spannungsfeldes der beiden Konzeptionen des Vertragskonsenses gesehen werden. Vgl. unten Ziff. III.

⁶ Die Feststellung, dass zwischen dem in OR 1 niedergelegten erklärungs-theoretischen Prinzip und der Möglichkeit der Anfechtung wegen Erklärungsirrtums ein Wertungswiderspruch besteht, ist an sich zutreffend, rechtfertigt aber keinerlei Kritik an der Gesetzgebung: die gegebene Lösung vereinigt bewusst auf verschiedenen Stufen beide Konzeptionen. - Vorerst wird in der Frage der Vertragsentstehung durch Abstellen auf die Erklärungstheorie die Verkehrssicherheit geschützt; erst sekundär wird eine Korrektur des Resultates im Sinne eines Voluntarismus (Willenstheorie) herbeigeführt, dies jedoch nur für einen Teil der Tatbestände (vgl. Erfordernis der Wesentlichkeit des Irrtums, Ausschluss der Anfechtung nach Jahresfrist) und unter den Irrenden beschwerenden Voraussetzungen (Schadenersatzpflicht bei Fahrlässigkeit).

Vgl. im Sinne dieser hier abgelehnten Kritik SIMONIUS, Wandlungen der Irrtumslehre, p. 240 ff.; DERSELBE, Bedeutung des Vertrauensprinzips, p. 233 ff. Vgl. auch B. SCHMIDLIN, ZSR 89 (1970) I, p. 225 ff. Darstellung der Kontroverse bei KRAMER, p. 103 ff.

⁷ Neben SIMONIUS, a.a.O. insbesondere v. BÜREN, p. 237; vgl. im übrigen die Übersicht bei KRAMER, p. 106 ff.

Irrenden in hohem Masse gemildert ist und damit den Anliegen der Verkehrssicherheit weitgehend Rechnung trägt⁸.

cc) Das *praktische Ergebnis zusammenfassend* ist festzuhalten, dass in den Kodifikationen OR und BGB im Gegensatz zu anderen Gesetzgebungen und insbesondere zur romanistischen Tradition die Fragen der Vertragsentstehung und der Irrtumsanfechtung auseinanderzuhalten und nach verschiedenen Gesichtspunkten zu behandeln sind:

Nach den *Grundsätzen der Erklärungs- oder Vertrauens Theorie* ist die Doppelfrage zu entscheiden, ob überhaupt ein Vertrag, wenn ja, mit welchem Inhalt ein Vertrag zustande gekommen ist; nur im Falle der Bejahung der ersten Frage stellt sich das weitere Problem, ob die Voraussetzungen einer Irrtumsanfechtung gegeben sind, welche Frage nach der *Willens Theorie* anzugehen ist, im übrigen in der Beantwortung jedoch von weiteren, objektiven Voraussetzungen (vor allem der «Wesentlichkeit» des Irrtums im Sinne von OR 23) abhängt⁹. Dem Erklärungsirrtum gleichgestellt ist das «irriges Falschverstehen» der Äusserung der Gegenpartei, die nach Vertrauensprinzip Recht macht¹⁰.

2. Zum Erfordernis der «Wesentlichkeit» der Erklärungsirrtümer und zu deren Einteilung

Literatur

L. RITTMAYER, Irrtum in der Äusserung, Diss. Zürich 1923; SCHMIDT-RIPLER, Eigenschaftsirrtum und Erklärungsirrtum, Festschrift für H. Lehmann I, Berlin 1956, p. 213 ff.; V. TUHR, Irrtum über den Inhalt der Willenserklärung, Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht 1918, p. 126 ff.; E. WIESER, Weshalb berechtigt der Eigenschaftsirrtum zur Anfechtung? Festschrift für G. Küchenhoff I, Berlin/München 1972, p. 409 ff. (414 f.).

a) *Begriff des Erklärungsirrtums*

Ein Erklärungs- oder Äusserungsirrtum liegt vor, wenn eine Partei in Offerte oder Akzept unbewusst etwas nicht ihrem wirklichen Willen Entsprechendes erklärt; jedoch im Sinne der Erklärung behaftet wird: der Fehler liegt nicht in der Bildung des Vertragswillens, sondern in dessen *Äusserung*¹¹.

⁸ Auch die Praxis scheint mir durch die hier abgelehnte Auffassung zu Recht wenig beeinflusst zu sein.

⁹ Deutlich zeigt die Verschiedenheit der Fragestellung der (auch bei KRAMER, p. 97/98 zitierte Entscheid des Appellationsgerichts von Basel-Stadt nach SJZ 43/1947, p. 223 Nr. 103.

¹⁰ Fraglich allerdings, wenn der Irrende den Irrtum aus Fahrlässigkeit selbst verschuldet oder gar in Kauf nimmt (so wenn er sich nicht bemüht, den Vertrag in eine ihm verständliche Sprache zu übersetzen); im letzteren Fall muss die Anfechtung an OR 25 Abs. 1 scheitern. Vgl. dazu Sem.jud. 1974 (405 ff.), wo eine Schiedsabrede in nicht verstandener Fremdsprache als bindend erachtet wurde.

¹¹ Der Erklärungsfehler muss sich nicht auf den Inhalt des als solchen gewollten Vertrages beziehen, sondern kann auch darin bestehen, dass jemand ohne einen Vertrag schliessen zu wollen einen entsprechenden Eindruck erweckt. Vgl. die unten Anm. 21 genannten Beispiele.

b) Die objektive Wesentlichkeit und die Kasuistik von OR 24/I Ziff. 1-3

Nach der Grundregel von OR 23 begründet ein Irrtum nur dann einen Anfechtungsgrund, wenn er «wesentlich» im Sinne dieser Bestimmung ist. Während beim Grundlagenirrtum das Erfordernis der Wesentlichkeit im Gesetz nicht näher bestimmt wird und dieses aus dem Sinnzusammenhang und dem historischen Kontext heraus zu verstehen ist¹², gibt OR 24/I in Ziff. 1-3 eine Kasuistik, die zwar nicht abschliessend sein will¹³, aber doch die wesentlichsten Tatbestände erfasst. Die Aufzählung knüpft an die pandektistische Überlieferung an und nennt den *error in negotio* (Ziff. 1), den *error in re vel in persona* (Ziff. 2) und den *error in quantitate* (Ziff. 3). Weitere denkbare Fälle der Abweichung des Erklärten vom Gewollten sind an die Voraussetzung geknüpft, dass sie infolge ihrer Bedeutung als *objektiv wesentlich*, d. h. nach allgemeiner Anschauung als so wichtig erscheinen, dass ein Gebundensein an den nicht beabsichtigten Vertrag als unzumutbar erscheint.

c) Subjektive Wesentlichkeit

In allen Fällen gilt das Erfordernis der Wesentlichkeit sodann in *subjektiver* Hinsicht: der Fehler in der Erklärung konstituiert nur einen Anfechtungstatbestand, wenn die Abweichung vom Gewollten für den Erklärenden bereits bei Vertragsschluss eine derart wichtige Rolle spielte, dass er den Vertrag in der erklärten Form nicht geschlossen hätte und ihm das Verhaftetsein im nichtgewollten Vertrag nicht zugemutet werden soll.

3. Kasuistik

a) Der Irrtum im Erklärungsakt (Irrung)

aa) Äusserungsfehler

Der Fehler tritt hier bereits während des Erklärungsvorganges auf, der Erklärende gibt unbewusst eine von seinem tatsächlichen Willen abweichende Erklärung ab. Damit werden in erster Linie die Tatbestände des *Sich-Versprechens* oder des *Sich-Verschreibens* erfasst, wobei dem eigenen mangelhaften Verhalten des Erklärenden der Tatbestand der *Falschübermittlung* gleichzustellen ist (OR 27 und unten Ziff. 4).

bb) Unterzeichnung nicht gelesener Urkunden

Ein Irrtum im Erklärungsakt liegt ferner vor, wenn jemand eine *nicht gelesene Urkunde* unterzeichnet, deren Wortlaut nicht seinem Willen entspricht, ebenso bei

¹² Vgl. dazu unten Ziff. III/3; insbes. 3b. Festzuhalten ist indessen, dass bei Erklärungsirrtum wie Grundlagenirrtum ähnliche subjektive und objektive Gesichtspunkte eine Rolle spielen.

¹³ So ausdrücklich der Text des Ingresses von OR 24/I («namentlich»); dazu BECKER, OR 24 N. 1.

verwandten Tatbeständen wie dem unvollständigen Durchlesen einer unterzeichneten Urkunde, das Akzeptieren nicht gekannter Geschäftsbedingungen etc.¹⁴. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung lässt bei der Unterzeichnung einer ungelesenen Urkunde Anfechtung wegen Irrtums grundsätzlich zu, immerhin mit der praktisch bedeutsamen Einschränkung, dass eine solche ausgeschlossen sein soll, «wenn ersichtlich sei, dass der Erklärende im Bewusstsein der Unkenntnis des Inhalts des Erklärten sich allem, was der Gegner wolle, unterwerfe¹⁵». Im Ergebnis nimmt das Bundesgericht hier die Lehre der sogenannten «ignorantia» auf, die das Nichtwissen unter den genannten Voraussetzungen vom Erklärungsirrtum ausnimmt. Eine Ausnahme ist dann zu machen, wenn die ungelesene unterzeichnete Urkunde Bestimmungen enthält, mit denen der Unterzeichnete nicht rechnen musste¹⁶. Im Zusammenhang mit Allgemeinen Geschäftsbedingungen wirken korrigierend die dazu entwickelten Grundsätze (Ungewöhnlichkeitsregel etc.)¹⁷.

cc) Missbrauchte Blanko-Urkunden

Kontrovers ist, ob in Fällen, da eine *Blanko-Urkunde* entgegen den Intentionen des Ausstellers ausgefüllt wurde, der entstandene Vertrag von letzterem wegen Erklärungsirrtums angefochten werden könne. Das Bundesgericht hat diese Frage in BGE 88 II 427/8 *verneint*, da in erster Linie der Aussteller eines Blanketts das damit verbundene Risiko für einen Missbrauch zu tragen habe. Es berief sich dabei auf den Grundsatz von «Treu und Glauben im Verkehr» und folgerte insbesondere in Analogie zum Tatbestand von OR 33/III, der blanko Unterzeichnende müsse sich «gegenüber einem gutgläubigen Dritten so behandeln lassen, als ob der so erweckte Rechtsschein der wahren Sachlage entspreche» (p. 428). Diese Argumentation ist immerhin zu präzisieren. Das schweizerische OR steht beim Erklärungsirrtum auf dem Boden der Willenstheorie, woraus folgt, dass die Frage des *Vorliegens und der Wesentlichkeit* eines Erklärungsirrtums nicht unter dem Blickwinkel von Treu und Glauben gemessen werden kann, hingegen steht die *Ausübung des Anfechtungsrechtes*

¹⁴ Vgl. dazu OFTINGER, Die ungelesene unterzeichnete Urkunde und verwandte Tatbestände, Festgabe für A. Simonius, Basel 1955, p. 263 ff.; MERZ, ZGB 2 N. 165 ff.; ENGEL, p. 231 f., oben § 10/XIV/2, Anm. 127; für das deutsche Recht FLUME, § 23/2b, p. 451 ff. und dort Zit.

¹⁵ BGE 49 II 182. Vgl. auch BGE 90 II 453 E. 1, wo das Problem nur obiter behandelt wird. - OFTINGER, *passim*, will dogmatisch in solchen Fällen über OR 25/I vorgehen (vgl. auch die zutreffende Feststellung OFTINGERS, p. 272, dass diese Rechtsprechung im Ergebnis das Vertrauensprinzip verwirklicht). Eine ähnliche Argumentation in SJZ 56 (1960), p. 10 f. Lehre und Rechtsprechung zu § 119/I BGB stellen grundsätzlich darauf ab, ob sich der Unterzeichnete überhaupt eine Vorstellung über den Inhalt der ungelesenen unterzeichneten Urkunde machte (in diesem Fall begründet eine Abweichung des vorgestellten vom tatsächlichen Urkundeninhalt ein Anfechtungsrecht) oder ob eine solche Vorstellung fehlte (keine Anfechtungsberechtigung); vgl. dazu FLUME, § 23/2b, p. 451 ff. und dort Anm. 9 Zit.

¹⁶ Zur Frage, unter welchen Voraussetzungen «ignorantia» als Irrtumstatbestand zu werten sei, Vgl. BECKER, OR 23 N. 1. Sodann LARENZ, Allg. Teil, § 20/II/a, p. 361: A ist anfechtungsberechtigt, wenn der Inhalt über den gewollten Regelungsbereich hinausgeht oder sonstwie Regelungen enthält, «die der Erklärende keinesfalls erwarten konnte».

¹⁷ Vgl. dazu oben § 10/XIV/4.

unter dem Vorbehalt des Handelns nach Treu und Glauben. Das Gebot von «Treu und Glauben im Verkehr» kann sich nur sekundär im Rahmen von OR 25/I aktualisieren, von Fall zu Fall wird zu prüfen sein, ob der auf die Urkunde vertrauende Dritte einen Rechtsschutz nach ZGB 2 bzw. OR 25/I verdient. Dies ist zum Beispiel zu verneinen, wenn der Dritte den Missbrauch der Blanko-Urkunde kennt, allenfalls auch, wenn der Unterzeichner der Urkunde mit deren Vorlage bei Dritten nicht rechnen musste¹⁸.

b) Der Irrtum über den Inhalt der Erklärung

Der Irrtum bezieht sich hier nicht bereits auf den Wortlaut der Erklärung; dieser entspricht vielmehr dem tatsächlichen Willen des Proferenten. Die Erklärung besitzt aber eine andere Bedeutung, als ihr der Erklärende geben wollte; es besteht trotz des gewollten Erklärungszeichens Disparität zwischen dem normativ verbindlichen und dem intendierten Sinngehalt der Erklärung.

c) Der Irrtum über die Natur des Rechtsgeschäftes (OR 24/I Ziff. 1)

Ein *error in negotio* liegt vor, «wenn der Irrende einen anderen Vertrag eingehen wollte als denjenigen, für den er seine Zustimmung erklärt hat». Voraussetzung ist damit, dass der wirklich geschlossene gegenüber dem gewollten Vertrag seinem rechtlichen Gehalt nach als ein *anderer* zu qualifizieren ist:

- Irrtum über die *rechtliche Natur des Vertrages*; gewollt ist ein anderer Vertragstypus, z. B. Miete statt Kauf, Bürgschaft statt Schuldbeitritt¹⁹.
- Der Kontrahent will ein unentgeltliches Geschäft abschliessen, verpflichtet sich jedoch zu einem entgeltlichen, A glaubt einen unentgeltlichen Auftrag zu erteilen, verpflichtet sich jedoch zu einem (entgeltlichen) Werkvertrag²⁰.
- Der Kontrahierende will als *Stellvertreter* in fremdem Namen ein Geschäft schliessen, verpflichtet aber sich selbst, da das Handeln in fremdem Namen nicht deutlich genug zum Ausdruck gelangt.
- Obwohl wörtlich nicht von OR 24/I Ziff. 1 erfasst, sind hierher auch zu zählen die Tatbestände des Vertragsschlusses trotz fehlenden Geschäftswillens, der Fall, dass

¹⁸ Zu ähnlichen Formeln kommen etwa auch LARENZ, Allg. Teil, § 33/III, p. 631 f.; FLUME, § 23/2c, p. 455 f.; anders noch bei FLUME, a.a.O., Anm. 12 zit. Lehre. - Die hier getroffenen Feststellungen stehen nicht in Widerspruch zu oben § 12/II/1 in fine, wo der Fall behandelt wird, dass die Parteien übereinstimmend dem Vertrag einen von der Urkunde abweichenden Sinn beilegen.

¹⁹ BGE 34 II 530 E. 6; das Bundesgericht stellt hier, v. TUHR, ZSR 15 (n. F.), p. 304 folgend, auf den Vertragstypus ab: «Der Unterschied zwischen der terminierten einfachen Bürgschaft und der solidarischen Schuldübernahme ist so gross, dass aliud anzunehmen ist.»

²⁰ BGE 64 II 9 ff. A beauftragt den B, «sans engagement» bestimmte Pläne für einen Umbau auszuarbeiten, welche Formel nicht, wie A meint, die Unentgeltlichkeit des Geschäftes bedeutet, sondern bloss spätere Verpflichtungen hinsichtlich der Ausführung des Baus ausschliesst.

jemand nicht einen anderen, sondern gar keinen Vertrag schliessen wollte²¹. Kein «error in negotio» liegt hingegen vor, wenn sich jemand bloss über die rechtlichen Sekundärfolgen eines Vertrages irrte, z. B. nicht mit den Gewährspflichten des Verkäufers rechnet (sogenannter Rechtsirrtum). Der Rechtsirrtum ist meist unbeachtlicher Motivirrtum²².

d) *Der Irrtum über die Identität der Sache oder der Person (OR 24/I Ziff. 2)*

In Ziff. 2 werden zusammengefasst der traditionelle *error in qualitate* (d. h. der Irrtum über die Identität des Vertragsobjektes; aOR 19 Ziff. 2) und der *error in persona* (d. h. den Irrtum über die Identität des Vertragspartners; aOR 20). In beiden Fällen bezieht sich der Irrtum nicht auf die Eigenschaften der fraglichen Sache oder Person; diese wird vielmehr mit anderen verwechselt²³. Die Voraussetzung ist dann nicht erfüllt, wenn sich jemand bloss über *Eigenschaften*, Herkunft u. dgl. einer Sache oder einer Person irrte. Dieser Irrtum ist unter Umständen Grundlagenirrtum, andernfalls bloss unbeachtlicher Motivirrtum²⁴.

Anwendungsfälle des «*error in corpore*»²⁵: A will Aktien der «Bankgesellschaft» kaufen, verschreibt sich aber und kauft in Wahrheit solche des «Bankvereins», oder B will Kalisalpeter zu Düngzwecken kaufen, schliesst jedoch einen Kaufvertrag über den hundertmal teureren chemisch reinen Kalisalpeter zu pharmazeutischen Zwecken ab (BGE 45 II 433).

Ein Irrtum über die Identität einer Person²⁶ (scil. des Vertragspartners) ist wesentlicher (Erklärungs-)Irrtum nur unter der weiteren Voraussetzung, dass der Vertrag mit Rücksicht auf diese Person abgeschlossen worden ist, d. h. wenn die

²¹ Schulbuchbeispiel: A hebt in einer Versteigerung die Hand, um einem Bekannten zuzuwinken, was vom Versteigerer als Zustimmung aufgefasst wurde (und werden durfte); A wird der Zuschlag erteilt. In der Praxis ist zu denken an das ausnahmsweise Zustandekommen eines Vertrages inter absentes durch *Stillschweigen des Akzeptanten* (OR 6), wenn der Akzeptant gar keinen Vertrag wollte (z. B. die Offerte wohl in seinem Bereich eingelangt, ihm aber nicht zu Gesicht gekommen ist). Oder jemand will im Sinne eines «gentlemen's agreement» eine vorläufige Verhaltensregelung aushandeln, die vom Partner nach dem Vertrauensgrundsatz als rechtlich bindende Abmachung verstanden werden darf.

²² ENGEL, p. 221; v. T./P., § 37/II/1, p. 303 mit Hinweis auf CC art. 1135: «Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature.»

²³ *Eigenschaftsirrtum* bezogen auf Sachen war nicht, wie der Terminus nahelegt, im «error in qualitate», sondern im «*error in substantia*» erfasst (dazu unten Ziff. III/4/a). Bei Personen wird Eigenschaftsirrtum (z. B. über Fähigkeiten, Kreditwürdigkeit o. dgl.) überhaupt nicht beachtet; der «error in persona» gem. Ziff. 2 ist strikt auf die *Identität* der Person zu beziehen.

²⁴ Die Abgrenzung gegenüber dem Eigenschaftsirrtum ist insofern praktisch bedeutsam, als der Eigenschaftsirrtum als Grundlagenirrtum zusätzlich ein qualifizierendes Kriterium (objektive Wesentlichkeit) voraussetzt (unten Ziff. III/3b). Vgl. dazu etwa BECKER, OR 24 N. 10 f.; LARENZ, Allg. Teil, § 20/II, p. 371 ff.

²⁵ Vgl. im übrigen ENGEL, p. 222; BECKER, OR 24 N. 12 und dort zit. BGE 26 II 738 E. 7.

²⁶ Vgl. auch unten § 33/VIII/4, Handeln unter falschem Namen.

Persönlichkeit des Vertragspartners eine Rolle spielt, insbesondere dessen Fähigkeiten oder Zutrauenswürdigkeit²⁷.

e) Der Irrtum über Umfang von Leistung oder Gegenleistung (OR 24/I Ziff. 3)

Voraussetzung des *error quantitate* ist es, dass der «Irrrende eine Leistung von erheblich grösserem Umfang versprochen hat oder eine Gegenleistung von erheblich geringerem Umfang sich hat versprechen lassen, als es sein Wille war». Dabei muss die Differenz zwischen gewollter und tatsächlich vereinbarter Leistung bzw. Gegenleistung «*erheblich*» sein, welche Voraussetzung nur im Einzelfall wertend festgestellt werden kann. Bei knappen Gewinnspannen ist Erheblichkeit eher anzunehmen als bei Bestehen grosser Margen²⁸.

Kein *error in quantitate* liegt hingegen vor, wenn sich ein Vertragspartner nur über den *Wert* der (quantitativ im übrigen seinen Vorstellungen entsprechenden) Leistung bzw. Gegenleistung irrte²⁹.

Kasuistik: Misst ein gepachtetes Grundstück an Stelle vorausgesetzter 20 Jucharten nur deren 12³/₄, liegt *error in quantitate* vor (BGE 39 II 240 ff.), ebenso bei einem Irrtum über den bei einem Inseratauftrag gewährten Rabatt für mehrmaliges Erscheinen des Inserates (vgl. BGE 40 II 53 ff.). *Error in quantitate* liegt auch vor, wenn ein Opalring im Wert von Fr. 13'800.- falsch angeschrieben und zu Fr. 1380.- verkauft wird³⁰.

4. Falschübermittlung (OR 27)

Der in der Revision in Anlehnung an BGB § 120 neu aufgenommene Art. 27 stellt die Regel auf, dass der bei der Übermittlung entstehende Fehler als Tatbestand des Erklärungsirrtums zu betrachten ist. Stillschweigend vorausgesetzt wird dabei, dass die unrichtig übermittelte Erklärung dem Erklärenden wie eine tatsächlich gewollte Erklärung zugerechnet wird und den Erklärenden bindet.

Diese Grundsätze gelten auch, wenn die unrichtige Übermittlung durch einen *Boten* erfolgt (der zu unterscheiden ist von dem einen eigenen Vertragswillen formulierenden Stellvertreter, dessen Abweichungen von Instruktionen nach stellvertretungsrechtlichen

²⁷ Dies ist insbesondere anzunehmen *bei auf Dauer ausgerichteten Verträgen*, wie Miet- und Pachtverträgen und anderen Dauerschuldverhältnissen. Auch hier ist der Identitätsirrtum abzugrenzen gegenüber dem Irrtum über die *Eigenschaften* einer Person: ein solcher ist nur unter den Voraussetzungen des Grundlagenirrtums wesentlich.

²⁸ So BECKER, OR 24 N. 16.

²⁹ Der Wertirrtum ist grundsätzlich unbeachtlicher Motivirrtum. Zu gewissen Ausnahmen vgl. Kasuistik zum Grundlagenirrtum unter Ziff. III/5a.

³⁰ BGE 105 II 23.

Grundsätzen zu betrachten sind; vgl. unten § 33)³¹. Dabei kann es keine Rolle spielen, ob der Bote versehentlich oder aus böser Absicht die Erklärung verfälscht hat³².

Voraussetzung der Anwendung von OR 27 ist es, dass der *Bote* als solcher *tatsächlich bestellt* worden ist. Gibt sich jemand zu Unrecht als Bote aus, wird der angebliche Geschäftsherr zum vornherein nicht verpflichtet (während der falsche Bote dem Adressaten seiner Mitteilung nach OR 41 ff. oder in Analogie zu OR 39 haftet).

III. Grundlagenirrtum (OR 24/I Ziff. 4)

Literatur

M. ADAMS, Der Irrtum über «künftige Sachverhalte» - Anwendungsbeispiel und Einführung in die ökonomische Analyse des Rechts, recht 1986, p. 14 ff.; Y. ALLAWI, L'erreur sur les éléments nécessaires du contrat en droit positif suisse et en droit civil irakien, thèse Genève 1971; H. GOLTZ, Motivirrtum und Geschäftsgrundlage im Schuldvertrag, Köln 1973; C. HEIZ, Grundlagenirrtum, Diss. Zürich 1985; R. JATON, L'article 24 chiffre 4 CO. Contribution à l'étude de l'erreur dans le droit positif suisse, thèse Lausanne 1939; G. KOLLY, Der Grundlagenirrtum nach Art. 24 OR: Rechtsprechung des Bundesgerichts, Diss. Freiburg 1978; A. KRAMER, Eine Wendung der Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Grundlagenirrtum? SJZ 66 (1970), p. 177 ff., K. LARENZ, Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung. Die Bedeutung veränderter Umstände, 3. Aufl., München 1963; P. OERTMANN, Die Geschäftsgrundlage, Leipzig 1921; B. TERRIBILLINI, Dall'error in substantia alla cifra 4 dell'articolo 24 del Codice svizzero delle obbligazioni, Basel 1950 (Basler Studien zur Rechtswissenschaft 29); F. WIEACKER, Gemeinschaftlicher Irrtum der Vertragspartner und Clausula rebus sie stantibus. Ein Beitrag zur Geschäftsgrundlage, Festschrift für W. Wilburg, Graz 1965, p. 229 ff.

1. Historische und dogmatische Hinweise

Die Aufnahme des Anfechtungstatbestandes von OR 24/I Ziff. 4 in der Revision ist die gesetzgeberische Antwort auf die Entwicklung der *Doktrin zur Frage*

³¹ Keine Falschübermittlung im Sinne von OR 27 soll vorliegen, wenn der *Bote des Empfängers* falsch berichtet, in welchem Fall der Vertrag mit dem dem Empfangsboten zugekommenen Inhalt zustande gekommen ist. So LARENZ, Allg. Teil, § 20/II, p. 366. Dies ist richtig vom Erklärenden aus gesehen, jedoch würde ich umgekehrt bei gegebenen Voraussetzungen ein *Anfechtungsrecht wegen Erklärungsirrtum seitens des Empfängers* der Erklärung annehmen.

³² A. M. jedoch ENGEL, p. 230: «S'il y a modification volontaire, la déclaration n'est pas valable», für das deutsche Recht anders auch FLUME, § 23/3, p. 456, mit Hinweisen, vgl. auch § 14/3f, p. 241 f. - So wie hier jedoch MARBURGER, Absichtliche Falschübermittlung und Zurechnung von Willenserklärungen, AcP 173 (1973), p. 137 ff. Der Bote ist Übermittlungsinstrument und an der Bildung des rechtsgeschäftlichen Willens nicht beteiligt, so dass es verfehlt ist, von seiner Gut- oder Böswilligkeit es abhängig zu machen, ob ein (der Anfechtung wegen Erklärungsirrtums unterliegender) Vertrag zustande kommt.

der *Geschäftsgrundlagen*. In der pandektistischen Literatur hat vor allem die von WINDSCHEID entwickelte *Lehre von der «Voraussetzung»* (scil. einer rechtsgeschäftlichen Willenserklärung, des Vertragskonsenses)³³ Bedeutung erlangt und in der Folge die Entstehung von Ziff. 4 beeinflusst³⁴. Die einem zu weit getriebenen Voluntarismus verpflichtete Lehre von den Voraussetzungen ist in der Folge differenziert und abgeschwächt worden; sie lebt jedoch immer noch weiter in der von OERTMANN u. a. entwickelten und die heutige deutsche Praxis bestimmenden Lehre von den *«Geschäftsgrundlagen»*³⁵. Im einzelnen ist manches kontrovers; es darf aber festgestellt werden, dass OR 24/I Ziff. 4 jene Richtung weist, die in Deutschland in der Folge seit dem ersten Weltkrieg auch eingeschlagen worden ist. Kenntnis der Entstehungsgeschichte des Anfechtungstatbestandes des Grundlagenirrtums ist für dessen Verständnis wesentlich; sie erklärt, in welchem Sinne die vom Irrenden getroffene Annahme als *«Grundlage des Vertrages betrachtet»* worden sein muss (vgl. dazu unten Ziff. III/3b zur Voraussetzung der *«objektiven Wesentlichkeit»*³⁶).

³³ WINDSCHEID, I, § 97, p. 507 f.: *«Die Voraussetzung ist eine unentwickelte Bedingung ...»*, wobei das Nichtbestehen des bei Vertragsschluss vorausgesetzten Tatbestandes einen *«Einredetatbestand»* und deshalb den *«Anspruch auf Wiederaufhebung der rechtlichen Wirkung gegen denjenigen, zugunsten dessen sie eingetreten ist»*, begründen soll (a.a.O., p. 510).

³⁴ Vgl. zur Entstehungsgeschichte der Irrtumsregelung F. FICK, *Der wesentliche Irrtum im revidierten OR*, Festschrift für G. Cohn, Zürich 1915, p. 617-671, der p. 661 f. den Nachweis erbringt, dass der Gesetzgeber mit der Statuierung des Tatbestandes des Grundlagenirrtums Windscheids Lehre von der Voraussetzung aufgenommen hat. Wie hier auch v. BÜREN, p. 198.

³⁵ Vgl. PAUL OERTMANN, *Die Geschäftsgrundlage*, Leipzig 1921, und die Darstellung bei LARENZ, *Allg. Teil*, § 20/III, p. 334 und FLUME, § 26. Das BGB enthält keine OR 24/I Ziff. 4 entsprechende Generalklausel. § 119/II regelt bloss den (wesentlichen) Eigenschaftsirrtum, den er rechtlich dem Inhaltsirrtum gleichstellt. Lehre und Rechtsprechung behelfen sich mit der Lehre von der notwendigen Geschäftsgrundlage. In der schweizerischen Literatur vertritt eine ähnliche Argumentation v. BÜREN (p. 198), der den *«Grundlagenirrtum»* nur als formal dem Irrtumsrecht zugehörig erachtet und Ziff. 4 material als Kodifikation des Fehlens einer zur *«Vertragsgrundlage»* verdichteten Vertragsvoraussetzung auffasst.

³⁶ Die im Anfechtungstatbestand des Grundlagenirrtums anzutreffende Annäherung der Irrtumslehre an eine Lehre von den Vertragsbedingungen ist allerdings nicht eine Erfindung Windscheids, sondern lässt sich wesentlich weiter zurückverfolgen. FICK, a.a.O., p. 662 zeigt, dass ein wichtiger Ansatzpunkt sich bereits bei *Grotius* findet. Auch die österreichische Rechtsentwicklung musste auf Bahnen verlaufen, welche durch die einschränkende, aber den Zusammenhang des Willensmangels mit Vertragsbedingtheit bewusst machende Norm von ABGB § 901 bestimmt sind: *«Haben die Parteien den Bewegungsgrund, oder den Endzweck ihrer Einwilligung ausdrücklich zur Bedingung gemacht; so wird der Bewegungsgrund ... wie eine andere Bedingung angesehen ...»*.

2. Sachlicher Bezugspunkt des Grundlagenirrtums; Irrtum über «künftige Sachverhalte»

Irrtumsobjekt kann sowohl ein innerhalb wie auch ausserhalb des Vertrages liegender Umstand sein³⁷; dies macht den Kern des Unterschiedes des Grundlagenirrtums gegenüber der traditionellen Kasuistik der Irrtumstatbestände aus, dass die Fehlvorstellung nicht einen direkten Bezug zum Vertragsinhalt aufweisen muss. Dieser Auffassung folgt auch die heutige bundesgerichtliche Rechtsprechung, nachdem in früheren Entscheiden nur Irrtümer über Elemente des Vertragsinhalts berücksichtigt worden waren³⁸. Allerdings muss ein Sachzusammenhang mit dem Vertrag bestehen und der Bereich des Irrenden durch die Auswirkungen betroffen sein.

Der Irrtum muss im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bzw. der Abgabe der massgebenden rechtsgeschäftlichen Erklärung seitens des Irrenden bei diesem bestehen, kann sich im übrigen jedoch nicht bloss auf gegenwärtige, sondern auch vergangene Sachverhalte beziehen. Vereinzelt wird die Auffassung vertreten, dass *Irrtum über künftige Sachverhalte nicht berücksichtigt werden dürfe*³⁹. In dieser Allgemeinheit ist die Formel vom Ausschluss des Irrtums über einen künftigen Sachverhalt nicht zu halten und entbehrt einer gesetzlichen Grundlage. Richtig ist dagegen, dass von Fall zu Fall geprüft werden muss, ob die Parteien eine künftige Entwicklung zur Grundlage ihrer vertraglichen Vereinbarung machen wollten⁴⁰. Dies ist bei jenen «*punktuell*» zu nennenden Verträgen, die in einem einmaligen Vorgang einen Leistungsaustausch bewirken sollen (Kaufverträge, Werkverträge usw.), meist abzulehnen, da es hier den Parteien fernsteht, für die in den Bereich der Gegenpartei

³⁷ GOLTZ, p. 69 ff.; BGE 56 II 426. Neuerdings BGE 95 II 407 ff. und dazu kritisch KRAMER, SJZ 66 (1970), p. 177 ff. (mit Anmerkung Oftingers, p. 180) und MERZ, ZBJV 107 (1971), p. 126. Zustimmend GOLTZ, p. 84 Anm. 159. - Vgl. auch unten Anm. 40.

³⁸ Vgl. etwa BGE 47 II 89. Zu eng der italienische bzw. französische Gesetzeswortlaut, der von «Vertragselementen» spricht.

³⁹ G./M./K., p. 122, MERZ, ZGB 2 N. 194, je mit Hinweisen; G./S., N. 603 sowie GAUCH, in recht (1983), 16 ff. Aus der bundesgerichtlichen Praxis vgl. 107 II 343 sowie 41 II 365 f. und 79 II 275, wo je die Wesentlichkeit eines Irrtums von der «Voraussehbarkeit» des irrtümlich angenommenen Umstandes abhängig gemacht, jedoch nicht Irrtum über «künftigen Sachverhalt schlechthin abgelehnt wird. Diese Praxis wird kritisiert von SCHÖNLE, l'imprévision de fait futurs lors de la conclusion d'un contrat générateur d'obligations in «Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht», Freiburg/Schweiz 1982, p. 413 ff.

⁴⁰ Nach BGE 109 II 111 muss der Irrtum einen bestimmten Sachverhalt betreffen, dessen Verwirklichung von den Parteien als sicher angesehen werden muss. Blosser Hoffnungen, übertriebene Erwartungen oder gar Spekulationen reichen nicht (mit Hinweis auf BGE 107 II 347, 95 II 409, 48 II 239). Vgl. auch Kritik MERZ, in ZBJV 121 (1985), p. 190. Dieser Praxis ist im Ergebnis zuzustimmen. Entscheidend ist allerdings, ob der betreffende Umstand auch von der Gegenpartei nach Treu und Glauben als Geschäftsgrundlage hatte akzeptiert werden müssen oder nicht. - Berücksichtigung zukünftigen Irrtums wird z. B. auch bejaht in ZR 77/40.

übergehende Leistung eine Risikotragung zu übernehmen^{41,42}. Umgekehrt besteht bei *Dauerschuldverhältnissen* eine Wahrscheinlichkeit, dass die Parteien auch künftige Ereignisse (und insbesondere den Nichteintritt eines künftigen Ereignisses) zur Grundlage ihrer Vertragspflichten machen, wo es keineswegs zu vermuten ist, dass die Risiken unvorhersehbarer Geschehnisse einseitig bei der zufällig belasteten Partei liegen sollen⁴³. Insbesondere werden oft Verträge wegen Grundlagenirrtums anfechtbar sein müssen, welche zu periodischen Leistungen verpflichten, deren wirtschaftliche Rechtfertigung infolge eines nachträglichen Ereignisses entfällt (und dies dann am ehesten, wenn das nachträgliche Ereignis völlig ausserhalb der Erwartungen der Parteien lag), so z. B. ein Vertrag, der gegen Entschädigung die (nicht miet- oder pachtweise) Nutzung einer Sache bzw. eines Verfahrens gestattet oder zum Unterlassen einer an sich freistehenden Verhaltensweise verpflichtet⁴⁴. Bei der Gewährung eines *langfristigen Darlehens* mag die von den Parteien in keiner Weise voraussehbare Aufgabe des mit dem Darlehen finanzierten Gewerbebetriebes oder die Eröffnung eines Betriebes, mit dem der Borger den Darleiher konkurrenziert, als in der Zukunft liegende Irrtumsmomente berücksichtigt werden. *Nicht als Grundlagenirrtum* fallen in Betracht Fehlvorstellungen über den *Wert der* (eigenen oder gegnerischen) *Leistung*; diesbezüglich enthält OR 21 eine abschliessende Regelung

⁴¹ Insbesondere bei *Kaufverträgen* wird deutlich, dass dem Verkäufer keinerlei Willensmeinung unterstellt werden darf, das Risiko künftiger, die verkaufte und übergebene Sache treffende Zufälle tragen zu wollen (was die Wirkung der Unterstellung unter die Irrtumsanfechtung wäre): Der Käufer eines Hauses trägt die Risiken eines Erdbebens, der Käufer eines Pferdes jene des Eingehens infolge einer Ansteckung, der Käufer einer Maschine die Gefahr des Diebstahls. In diesem Gesichtspunkt liegt die Rechtfertigung von BGE 95 II 407 (vgl. dazu oben Anm. 37) wie des im Ergebnis entgegengesetzten BGE 98 II 18: Bei Verkauf einer Parzelle als «Bauland» stellt ein Bauhindernis nur dann einen Anfechtungsgrund dar, wenn im Sinne einer Risikoübernahme durch den Verkäufer die Überbaubarkeit zur «unentwickelten Bedingung» und Vertragsgrundlage geworden ist, was nur unter besonderen Voraussetzungen (z. B. Zusicherung «baureif» anzunehmen ist.

⁴² Die bei *gefertigten* Kaufobjekten an sich in der Richtung der Ideen der Parteien liegende Vorstellung, dass während einer gewissen Zeit den Verkäufer noch die Risiken verborgener Fabrikationsmängel treffen sollen, geht im praktischen Ergebnis in der kaufrechtlichen Gewährleistung auf, nicht weil letztere die Irrtumsanfechtung aus rechtlichen Gründen ausschliessen würde, sondern weil eine Meinung der Parteien bei Vertragsschluss zu vermuten ist, dass der Verkäufer bloss im Rahmen der kaufrechtlichen Sonderregelung, bzw. vertraglicher Gewährleistungsvereinbarung soll belangt werden können.

⁴³ Bei gesetzlich geregelten Typen von Dauerschuldverhältnissen finden sich entsprechende Sondervorschriften; insbesondere ist es im *Mietvertrag* selbstverständlich, dass der Mieter bei nichtvoraussehbarer Nichtbenutzbarkeit der Mietsache (z. B. deren Untergang) keinen Mietzins zu entrichten hat (OR 255), wie beiden Parteien bei Eintritt «wichtiger Gründe» die Möglichkeit gewährt wird, vorzeitig den Vertrag zu beendigen (OR 269).

⁴⁴ Zu denken ist etwa an die Verpflichtung, einen Fabrikbetrieb einzustellen, der nachträglich wegen Erdbehrschgefahr ohnehin stillgelegt werden muss. In BGE 41 II 356 ff. finden sich in einem tatbeständlich interessanten Mischungsverhältnis Elemente eines Dauerschuldverhältnisses und eines «punktuell» gestalteten Vertrages, wobei es eine Frage der Interpretation der Vorstellungen der Parteien ist, festzustellen, ob das eine oder andere Element überwiegt.

(dazu unten § 14). Ausgeschlossen scheint es auch, die *Möglichkeit der Erfüllung* als Grundlage des Vertrages zu betrachten; diesbezüglich sind allein die Nichterfüllungsregeln anwendbar, und auch der subjektiv unmöglich zu erfüllende Vertrag ist gültig (unten § 15/III/1/d)⁴⁵.

3. Die «Wesentlichkeit» des Irrtums

a) Subjektive Wesentlichkeit

Der irrtümlich vorausgesetzte Sachverhalt muss für den Anfechtenden «notwendige Grundlage» des Vertrages, d. h. für dessen Entschluss von ausschlaggebender Bedeutung gewesen sein in dem Sinne, dass er ohne die irrtümliche Annahme den Vertrag nicht oder doch nicht zu den vereinbarten Bedingungen geschlossen hätte. Es genügt nicht, dass der betreffende Umstand nur ein mitentscheidendes Motiv darstellte. Das gleiche wird gesagt mit der Feststellung, die irrige Annahme müsse für den Vertragsschluss *kausal* gewesen sein.

b) Objektive Wesentlichkeit: irrig angenommener Sachverhalt als «Grundlage» des Vertrages - Ablehnung des sogenannten Motivirrtums

Damit eine irrige Annahme der einen Vertragspartei zur Grundlage des Vertrags im Sinne von OR 24/I Ziff. 4 wird, genügt neben der subjektiven Wesentlichkeit (oben lit. a) nicht, dass dem Gegner die irrige Annahme bekannt war, was in der Tat den geschwätzigen gegenüber dem wortkargen Kontrahenten bevorzugen würde⁴⁶. Dieser Lesart wird mit der in OR 24/II ausgesprochenen Regel vorgebeugt, dass der blosser Irrtum im *Beweggrund* zum Vertragsabschlusse (der sog. Motivirrtum) unbeachtlich ist. Vielmehr muss der fälschlich angenommene Sachverhalt vom Standpunkt des loyalen Geschäftsverkehrs aus auch dem Vertragspartner als wesentliche Grundlage erscheinen; die Dinge müssen sich für den Vertragspartner so darstellen, dass er ohne Verstoss gegen Treu und Glauben gar nicht kontrahieren darf, ohne den

⁴⁵ Anders (ohne Begründung) BGE 109 II 322; danach soll beim Verkauf eines gestohlenen Autos die Unmöglichkeit des Eigentumserwerbs seitens des Käufers einen Grundlagenirrtum konstituieren. Diese Frage wird abschliessend vom *Kaufrecht* geregelt (OR 192-196) und im übrigen dort umgekehrt beantwortet: Eine Rechtsgewährleistung wird erst durch die *Eviktionsgefahr* ausgelöst; vgl. dazu OR/BT § 4/VIII in fine. - Zum Grundsätzlichen BGE 96 II 21 E. 2a sowie unten § 15 bei Anm. 44.

⁴⁶ Vgl. GOLTZ, Motivirrtum und Geschäftsgrundlage im Schuldvertrag, p. 81 und dort zit. Aufsatz von LENEL, Die Lehre von der Voraussetzung, AcP 74 (1889), p. 213 ff., hier p. 226, weiterhin auch v. T./P., § 37/V, p. 312/3 und Anm. 46. Hat der Vertragspartner den Irrtum erkannt und nicht aufgeklärt, kann bei Vorliegen einer Aufklärungspflicht der Tatbestand der *absichtlichen Täuschung* (unten Ziff. V) vorliegen, der nicht Wesentlichkeit des Irrtums voraussetzt. Unter Umständen ist auch, unter Aufrechterhaltung des Vertrags, eine Haftung aus *culpa in contrahendo* zu erwägen.

für den Gegner so wichtigen Umstand zur Grundlage («Voraussetzung») des Vertrages zu machen. Neben der (dem Partner erkennbaren) subjektiven Wichtigkeit des irrig angenommenen Umstandes soll m. E. auch berücksichtigt werden, ob dieser Umstand eine Beziehung zum Vertragsinhalt aufweist, da in diesem Fall der Partner eher geneigt sein wird, den Vertrag in eine Abhängigkeit von diesem Umstand zu bringen⁴⁷.

4. Anwendungsfälle

a) *Der Eigenschaftsirrtum (error in substantia)*

Ähnlich wie § 119/II BGB enthielt Art. 19/III aOR eine ausdrückliche Regelung des sogenannten Eigenschaftsirrtums. Angesichts der Generalklausel von OR 24/I Ziff. 4 wurde bei der Revision des OR auf diese Vorschrift verzichtet. Der Irrtum über die Eigenschaft einer Sache ist daher ein Anwendungsfall des Grundlagenirrtums und im Sinne von OR 24/I Ziff. 4 auf seine Wesentlichkeit zu prüfen.

Zu den Eigenschaften einer Sache gehören deren Gestalt, Qualität, Farbe usw., aber auch solche tatsächliche oder rechtliche Verhältnisse, «die für die Brauchbarkeit oder den Wert der Sache von Bedeutung sind»⁴⁸. Dazu kann Echtheit, Provenienz oder Alter von Sammlerstücken (RGZ 124, 115; BGE 82 II 424 E. 7, 56 II 424 ff., ZR 68/1) oder die Überbaubarkeit verkauften Baulandes (BGE 98 II 18 ff., 95 II 409, 87 II 137 etc.) gerechnet werden.

Zum Grundsatz der kumulativen Anwendbarkeit der Behelfe des Irrtumsrechts neben der *kaufrechtlichen Gewährleistung*, sowie die Modifikationen, welche die Anfechtungsmöglichkeiten gem. OR 23 ff. im Kaufrecht erfahren, vgl. OR/BT § 4/VIII.

b) *Der Irrtum über Eigenschaften, Fähigkeiten des Vertragspartners*

Bei Irrtum über die persönlichen Eigenschaften des Gegenkontrahenten ist aus Gründen der Verkehrssicherheit an das objektive Kriterium allgemein ein strenger Massstab zu legen⁴⁹. Grundlagenirrtum könnte angenommen werden, wenn man

⁴⁷ Beim Kauf eines Perserteppichs als Verlobungsgeschenk mag die Annahme des Bestandes der Verlobung ebenso sehr den Kaufentschluss beeinflusst haben wie die Überzeugung von der Provenienz des Kaufgegenstandes; trotzdem wird nicht Auflösung der Verlobung, wohl aber die Feststellung, dass ein Maschinentepich gekauft wurde, Irrtumsanfechtung ermöglichen.

⁴⁸ LARENZ, Allg. Teil, § 20/II/b, p. 371. Die Einteilung ist im schweizerischen Recht wegen der Generalklausel in OR 24/I Ziff. 4 mehr von klassifikatorischer Bedeutung; anders im deutschen Recht, das in § 119/II grundsätzlich nur den Eigenschaftsirrtum erfasst und demnach die Abgrenzung gegenüber einem Irrtum über eine Nicht-Eigenschaft von Bedeutung ist.

⁴⁹ So BECKER, OR 24 N. 24. - Der hier behandelte Fall des Grundlagenirrtums unterscheidet sich darin vom Erklärungsirrtum gemäss Ziff. II/2, 3d (error in persona).

dem Partner besonderes Vertrauen schenken muss, eine Zutrauenswürdigkeit des anderen jedoch offenkundig nicht besteht⁵⁰. Bei Abschluss von Darlehensverträgen ist Anfechtung wegen schlechter Vermögenslage des Borgers angesichts von OR 316 grundsätzlich auszuschliessen (wobei allerdings der Begriff der Zahlungsunfähigkeit im Sinne dieser Norm weit verstanden werden soll). Wird die Vermögenslage des Borgers aus dem Bereich möglicher Irrtumselemente ausgeschlossen, so können doch ausnahmsweise persönliche Eigenschaften, berufliche Position und dergleichen in Betracht fallen⁵¹.

c) *Kasuistik der Bejahung von Grundlagenirrtum*

- beim Kauf einer Wirtschaft, wenn dem Käufer aus sachlichen Gründen nachträglich das Wirtschaftspatent verweigert wird, mit dem dieser fest gerechnet hat (BGE 55 II 184); in einem Fall, in dem die Verweigerung hingegen aus persönlichen Gründen, d. h. wegen mangelnder Gewähr für ordentliche Wirtschaftsführung erfolgte, wurde Anfechtung eines Mietvertrages ausgeschlossen, dies u. a. mit der Begründung, ein Grundlagenirrtum könne sich nur auf innerhalb des Vertrages liegende Umstände, sogenannte Vertragselemente, beziehen: SJZ 35 (1938/39) p. 332 Nr. 51;
- beim *Erwerb eines Unternehmens* durch Kauf aller Aktien einer Gesellschaft in der Annahme, diese verfüge über einen ungefähr dem Kaufpreis entsprechenden Aktivenüberschuss, während sie vermögenslos ist (BGE 97 II 45 f.; ähnlich BGE 79 II 161 f.), dagegen kann beim Kauf einzelner Aktien die Lage der AG nur ganz ausnahmsweise (so in BGE 43 II 493) einen Anfechtungsgrund abgeben;
- beim Kauf einer Parzelle als *Bauland*, die wegen Lawinengefahr nicht überbaut werden durfte (BGE 98 II 18 ff.; ähnlich 87 II 137 f. u. a.);
- beim Kauf eines antiken *Perserteppichs*, der sich nachträglich als unecht herausstellt (BGE 52 II 143);
- beim Kauf eines angeblich von einem bekannten Maler stammenden *Gemäldes*, wenn dieses blosses Kopie ist oder von einem unbekanntem Maler stammt (BGE 82 II 424 E. 7; ähnlich ZR 68/1). Vgl. auch BGE 56 II 424 ff.;
- wenn der Bräutigam seiner Braut für die Dauer ihres Lebens Nutznießungsrecht an einem Grundstück einräumte, die Eheschliessung jedoch wegen fehlender Einigung über den Güterstand nicht zustande kommt und der Ehemann den Eheschluss

⁵⁰ Zur Illustration mögen immer noch die von WINDSCHEID, (bzw. Kipp) Bd. I, § 77, p. 397 angeführten Beispiele dienen: «Zum Beispiel glaube ich, dass es einen Anfechtungsgrund abgibt, wenn der Dienstherr nicht wusste, dass der Kassierer schon wegen Unterschlagung im Gefängnis gesessen, die Erzieherin ein uneheliches Kind gehabt hat.»

⁵¹ Vgl. zu dieser Frage v. T./P., § 37/V, p. 311. Für eine Zulassung der Anfechtung in bestimmten Fällen etwa ENGEL, p. 229, ähnlich auch BECKER, OR 24 N. 25 f.; OSER/SCHÖNENBERGER, OR 24 N. 46.

- nicht bloss hintertrieb, um sich der Nutzniessung entledigen zu können (Rep. 99/1966, p. 29);
- auf *Erklärung über die haftpflichtrechtliche Verantwortlichkeit* (Autounfall), wenn feststeht, dass beide Parteien irrtümlich davon ausgegangen waren, der Erklärende habe den Unfall verschuldet (BGE 96 II 25);
 - wenn sich nachträglich herausstellt, dass ein gekaufter Wagen aus einem Diebstahl stammt (BGE 109 II 326; vgl. dazu die Kritik oben Anm. 45);
 - bei der Miete einer nach Inserat «etwa 160 m²» grossen Wohnung, wenn diese eine Wohnfläche von effektiv bloss 146,8 m² aufweist (BGE 113 II 25).

d) Kasuistik der Verneinung von Grundlagenirrtum

- wenn schon bei Vertragsschluss bekannt war, dass die Echtheit eines Gemäldes zweifelhaft sein könnte, der Preis das Ergebnis einer Versteigerung ist und sich nachträglich herausstellt, dass das Bild unecht ist (Sem.jud. 96 [1974], p. 587 ff.);
- wenn bei Vertragsschluss bewusst ein *Risiko eingegangen* wird und sich die in Kauf genommene Gefahr nachträglich verwirklicht (BJM 1975, p. 21 f.);
- beim Kauf von *Bauland*, wenn der Käufer bei Vertragsschluss wusste, dass das Land wegen mangelnder Kanalisation, Wasserzuleitung und hinreichender Zufahrt noch nicht erschlossen war und nachträglich die Baubewilligung aus diesen Gründen verweigert wurde (BGE 95 II 409ff.);
- bei Abschluss eines *Lizenzvertrages* durch branchenkundigen Lizenznehmer, wenn sich herausstellt, dass die betreffende Maschine nicht den Erwartungen entspricht (BGE 53 II 127 ff.);
- beim «Ankauf kursfähiger Wertpapiere», da Irrtum über einen bestimmten Wert der Papiere grundsätzlich unbeachtlicher Motivirrtum ist (BGE 41 II 575);
- wenn ein Angestellter eine Anweisung des Mutterhauses, wonach dieses Ätznatron kaufen und nicht verkaufen wollte, falsch verstand (BGE 105 II 22).

IV. Die Wirkungen des Irrtums

1. Grundsatz der einseitigen Anfechtbarkeit (OR 23, 31/I)

Wesensmerkmal der Irrtumsregelung ist es, dass dem Irrenden die Möglichkeit gewährt werden soll, sich durch eine entsprechende Willenserklärung aus dem Vertrag zu befreien, während der Vertragspartner grundsätzlich gebunden ist. Die

«dogmatische Konstruktion» des Tatbestandes des irrumsbehafteten Vertrages kann auf zwei Wegen erfolgen: Man geht von einem Zustand der Bindungslosigkeit aus, der im Falle des Unterbleibens einer Irrtumsanfechtung während einer bestimmten Zeitspanne zu einer Heilung ex tunc des vorerst ungültigen Vertrages führt («Ungültigkeitstheorie»), oder man nimmt einen von Anfang an wirksamen, wenn auch während bestimmter Zeit unter der auflösenden Bedingung der Irrtumsanfechtung stehenden Vertrag an («Anfechtungstheorie»). Die Formeln der schweizerischen Gesetzgebung⁵² (OR 23, 31/I, entsprechend aOR 18, 28) scheinen der ersten Auffassung näher zu stehen, während das BGB, §§ 119, 142 u. a. die zweite Auffassung (sog. Anfechtungstheorie) verwirklicht. Gegenüber der älteren, noch einem überholten normativen Denken verhafteten Lösung des OR, die zu wenig deutlich die unterschiedliche Rechtsgestaltungsmöglichkeit der Irrtumsregelung gegenüber dem herkömmlichen Dissensstatbestand zum Ausdruck bringt⁵³, scheint mir die Konstruktion des BGB den Vorzug zu verdienen. Sie ist es auch, die immer mehr zur Beschreibung des schweizerischen Rechtszustandes verwendet wird⁵⁴.

Praktische Unterschiede der beiden Auffassungen zeigen sich mehr in Nebenpunkten, wobei eine sachliche Würdigung der Fragen wohl durchwegs zu einer Lösung im Sinne der Auffassung der Auflösbarkeit durch Anfechtung eines vorerst gültigen Vertrages führen müsste⁵⁵.

⁵² Klar auf der Seite der Anfechtungstheorie stand noch MUNZINGER, der eigentliche Erfinder des modernen Willensmängel-Rechts von OR und BGB, in seinem Entwurf von 1871: «Art. 33: Ein Vertrag kann von dem Kontrahenten, der sich in einem wesentlichen Irrthume befunden hat, angefochten werden, der Irrthum sei entschuldbar oder nicht.» und «Art. 86: Ein anfechtbarer Vertrag gilt als zu Recht bestehend, bis derselbe von den hiezu Berechtigten angefochten wird.» Dies sollte m. E. als gültige Umschreibung des heutigen Rechtszustandes betrachtet werden; die von Munzingers Nachfolgern stammenden Neuformulierungen lassen keinen Willen der inhaltlichen Neugestaltung erkennen. Anders G./S., N. 672 ff.

⁵³ Überholtes normatives Denken ist es, einen Vertrag nur entweder als gültig oder ungültig, nicht aber als gültig, wenn auch anfechtbar, vorstellen zu können. Vgl. dazu auch BUCHER, in AcP 186, passim. In der pandektistischen Konstruktion des Irrtums als Dissensstatbestand ist der historische schweizerische Gesetzgeber insofern verhaftet, als er (wie bei Dissens) mangels guten Vertragswillens seitens des Irrenden einen Nicht-Vertrag annimmt, der die Besonderheit aufweist, durch (wenn auch bloss fiktiven) nachträglich genehmigten Willen geheilt werden zu können. - Zur Kritik der Vorstellung «einseitiger Unverbindlichkeit» vgl. das Folgende.

⁵⁴ Wohl ebenfalls diese Auffassung vertretend G./M./K., p. 123: «Beide Parteien sind an den Vertrag gebunden, jedoch unter der auflösenden Bedingung, dass sich der Irrende nicht (sic) auf seinen Irrtum beruft.» - Vgl. auch unten Ziff. V/4c bzw. Anm. 108 die Bemerkung zu Einführung von OR 60/III in der Revision, eine Vorschrift, die nur vor dem Hintergrund der dem BGB entsprechenden Anfechtungstheorie, nicht aber der Genehmigungstheorie des OR Sinn macht.

⁵⁵ Nimmt man an, der Vertrag würde nur kraft des genehmigenden Willens des irrenden Vertragspartners zustande kommen, müsste man eigentlich folgern, dass im Falle des Verlusts der Handlungsfähigkeit seitens des Irrenden vor Ablauf der Jahresfrist der Vertrag nicht zustande komme (endgültig dahinfalle), wie im Konkursfalle eine Genehmigung durch Stillschweigen mit Wirkung für die Konkursmasse seitens des Konkursiten nicht möglich wäre, so dass der Vertrag trotz Unterbleibens einer Irrtumsanfechtung ungültig bliebe; Folgerungen, die man anscheinend nicht ziehen will. - Schliesslich scheint es mir auch sachgerechter, die - ohnehin unvertretbar kurze - Verjährungsfrist des Rückforderungsanspruchs gemäss OR 67 nicht (auf der Linie einer Ungültigkeitstheorie) mit Entdeckung des zur Anfechtung berechtigenden Irrtums laufen zu lassen, sondern erst mit *Abgabe der Anfechtungserklärung*: Erst in diesem Zeitpunkt ist der Vertrag dahingefallen und der Bereicherungsanspruch entstanden. (Vielleicht anders als hier obiter BGE 82 II 428). - Vgl. dazu auch unten § 34/VIII/3.

Die in der Lehre im Anschluss an OR 23 bzw. aOR 18 verwendete Formel von der «*einseitigen Unverbindlichkeit*» ist, da missverständlich, abzulehnen: Nicht nur enthält die Vorstellung eines einseitig unverbindlichen Vertrages einen Widerspruch zum Begriff des Vertrages, sondern sie beschreibt auch den Rechtszustand nicht zutreffend: Im Falle der Irrtumsanfechtung wird der Vertrag für *beide Parteien* als nicht geschlossen betrachtet (BGB § 142), während bei Unterbleiben der Irrtumsanfechtung der Vertrag wie ein von Anfang an für beide Teile vorbehaltlos gültiger Vertrag behandelt wird; dagegen gibt es, wie unbestritten ist, in keinem Zeitpunkt jenen (von der Formel der «*einseitigen Unverbindlichkeit*» bezeichneten und an sich aus OR 23 und 31/I folgenden) Zustand, dass der eine, nicht aber der andere Partner an den Vertrag gebunden wäre. Zur Beschreibung der durch den irrumsbehafteten Vertrag geschaffenen Rechtslage ist am angemessensten die Vorstellung der «*einseitigen Anfechtbarkeit*» eines vorbehaltlich der Anfechtung gültigen Vertrages.

2. Die Anfechtung

a) Allgemeines

Nach OR 31 fällt der Vertrag dahin, wenn der Irrende «dem anderen eröffnet, dass er den Vertrag nicht halte». Anfechtungsberechtigt ist nur der Irrende selbst, nicht dessen Partner, der bis zur allfälligen Anfechtungserklärung an den Vertrag gebunden bleibt.

Anfechtung setzt eine *Willenserklärung des Irrenden* voraus, die zum Ausdruck bringt, dass dieser den Vertrag nicht halten wolle. Die Erklärung ist an keine Form gebunden und kann insbesondere auch durch konkludentes Verhalten erfolgen, und zwar auch dann, wenn ein förmlicher Vertrag angefochten wird.

Das *Begehren einer Vertragsänderung*, insbesondere das Verlangen günstigerer Konditionen (z. B. Mietzinsreduktion wegen Unmöglichkeit, den vorausgesehenen Gebrauch von der Mietsache zu machen) kann die Erklärung implizieren, den Vertrag in geschlossener Form nicht einhalten zu wollen und damit unter Umständen den an eine Irrtumsanfechtung zu stellenden Voraussetzungen genügen.

Irrtumsanfechtung setzt insbesondere *keine Anfechtungsklage* voraus⁵⁶; der Streit der Parteien in der Frage, ob der den Vertrag nicht haltende Partner zur

⁵⁶ Eine Anfechtungsklage ist nur in jenen Fällen gefordert, in denen ausdrückliche Gesetzesvorschrift eine Rechtsänderung von einer Gestaltungsklage bzw. einem Gestaltungsurteil abhängig macht: Anfechtung bzw. Nichtigkeitsklärung einer Ehe, ZGB 120 ff., Testamentsanfechtung, ZGB 519, Anfechtung von Beschlüssen einer Vereinsversammlung oder Generalversammlung einer AG, ZGB 75 bzw. OR 706/I usw.

Anfechtung berechtigt sei oder nicht, ist vom Richter vorfrageweise bei der Beurteilung der Klage auf Erfüllung des umstrittenen Vertrages bzw. auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung desselben zu entscheiden⁵⁷. - Das Prozessrecht entscheidet darüber, wie weit dem einen oder anderen Partner eine *Feststellungsklage* zu Gebote steht (dem Irrrenden die Klage auf Feststellung, dass der Vertrag durch die Anfechtung vernichtet wurde, dem Gegner auf Feststellung, dass der Vertrag nach wie vor gültig ist); ein Feststellungsinteresse wird insbesondere bei Dauerschuldverhältnissen oder Verträgen mit erst künftiger Leistungspflicht in Frage kommen.

Umstritten ist, ob der Anfechtende den *Anfechtungsgrund nennen* muss. Dies ist grundsätzlich zu verneinen. Allerdings muss wohl gefordert werden, dass der Anfechtende neben der Erklärung, den Vertrag nicht erfüllen/gelten lassen zu wollen zum Ausdruck bringt, dass dies wegen eines Mangels im Konsens geschieht⁵⁸.

Die Anfechtungserklärung ist einseitiges empfangsbedürftiges *Rechtsgeschäft* und kann als Ausübung eines Gestaltungsrechtes betrachtet werden; sie ist grundsätzlich bedingungsfeindlich⁵⁹.

Die Irrtumsanfechtung ist, wie andere einseitige Rechtsgeschäfte, *unwiderruflich*. Dies bedeutet jedoch nichts weiter, als dass der Gegner den Erklärenden bei seinem Standpunkt behaften kann und dann seinerseits aus dem Vertrag befreit ist. Behauptet dagegen der Partner des Anfechtenden die Unbegründetheit der Irrtumsanfechtung und erklärt, den Vertrag wie geschlossen halten zu wollen, so muss es dem Anfechtenden freistehen, seinerseits *Rücknahme der Anfechtung* zu erklären mit der Wirkung, dass die Anfechtung als nicht geschehen zu gelten hat, wobei dem Irrrenden ein erneutes Geltendmachen des Irrtums infolge Genehmigung (unten lit. c) abgeschnitten ist⁶⁰.

⁵⁷ Der Gegner des den Vertrag wegen Irrtums anfechtenden Partners hat, wenn er die Irrtumsanfechtung für unbegründet hält, gleich vorzugehen wie jeder Vertragspartner, der die ihm zustehende Leistung nicht erhält (Inverzugsetzung, OR 102, Wahl nach OR 107, Erhebung vertraglicher Schadenersatz- und Verzugsansprüche usw.; vgl. dazu unten § 20).

⁵⁸ So nun auch BGE 106 II 349, wo zu recht festgehalten wird, dass Berufung auf Irrtum spätere Geltendmachung von Täuschungen nicht ausschliesst (und umgekehrt). In gleichem Sinne BECKER, OR 31 N. 1 und dort Zit.; BGE 14, p. 319; anders OSER/SCHÖNENBERGER, OR 31 N. 16; v. T./P., § 39/III, p. 332. - Weiterhin ist zu berücksichtigen, dass gemäss OR 31/I das blosse *Zurückfordern einer erbrachten Leistung* die Annahme einer Genehmigung ausschliesst und damit wohl als Anfechtung zu qualifizieren ist.

⁵⁹ Zulässig ist die sog. *Eventualanfechtung*, d. h. eine Anfechtung für den Fall, dass der Vertrag in einem der Auffassung des Anfechtenden nicht entsprechenden Sinn ausgelegt wird (vgl. G./M./K., p. 123), der Partner nicht auf eine verlangte Neufassung von Vertragsbestimmungen eingeht oder dgl. - Unwirksamkeit bedingter Anfechtung angenommen in BGE 79 II 145.

⁶⁰ In diesem Sinne BGE 88 II 412 und 96 II 105; in der Begründung z. T. abweichend BGE 72 II 403 E. 2; BGE 98 II 98, 108 II 104.

Im übrigen muss m. E. die Regel gelten, dass der Irrrende von einer Anfechtungserklärung dann dispensiert ist, wenn er infolge besonderer Umstände nicht damit rechnen muss, die Gegenpartei bestehe auf Abwicklung des Vertrages, was bei nicht erfüllten Verträgen oft zutrifft; diesfalls kann weder ein Erkennen des Irrtums noch eine Genehmigung angenommen werden. Bei Täuschung und Drohung ist OR 60/III die weitergehende Folgerung zu entnehmen, dass selbst dann, wenn der Betroffene mit künftiger Erhebung eines Erfüllungsanspruchs rechnen musste, er (auch bei Unterlassen der Anfechtungserklärung) den Willensmangel einredeweise geltend machen kann. Vgl. dazu unten Anm. 108.

b) Anfechtungsfrist

Der Irrende muss den Vertrag *binnen Jahresfrist seit Entdeckung des Irrtums* anfechten (OR 31/I)⁶¹. Die Jahresfrist ist *Verwirkungsfrist* und kann nicht durch Handlungen des Berechtigten verlängert werden⁶². Bei unbenütztem Ablauf der Frist gilt der Vertrag durch eine *praesumptio iuris et de iure* als genehmigt. Die Frist von OR 31/II ist angesichts der Unsicherheit der Rechtslage ungewöhnlich lang, BGB § 121 verlangt unverzügliche Geltendmachung des Irrtums. Nur ausnahmsweise wird man in OR 25/I ein Korrektiv finden können, etwa wenn der Irrende die Anfechtung des Vertrages treuwidrig hinauszögern sollte. Bei Tod des Irrenden geht die Anfechtungsmöglichkeit auf dessen Erben über, wobei die Frist für diese nicht neu zu laufen beginnt.

Das Gesetz statuiert *keine absolute Verjährungsfrist*; ein Irrtum könnte daher grundsätzlich auch nach Jahrzehnten geltend gemacht werden, sofern die Jahresfrist seit Entdeckung eingehalten wird. Hier muss ZGB 2 bzw. OR 25/I korrigierend eingreifen⁶³. Zu beachten ist auch, dass eine Vertragsanfechtung bloss theoretische Bedeutung hat, wenn im Fall der Rückabwicklung des Vertrages der Vindikationsanspruch des Irrenden aus sachenrechtlichen Gründen (Ersitzung, Erwerb durch einen Dritten nach den Besitzesregeln) verwirkt wäre.

e) Verwirkung der Anfechtungsmöglichkeit durch Genehmigung

Da der Partner des Irrenden bis zu einer allfälligen Anfechtung an den Vertrag gebunden bleibt, hat der Irrende, der trotz seines Irrtums am Vertrag festhalten möchte, nichts vorzukehren. Zum Aussprechen einer *Genehmigung*, mit der bestehende Willensmängel zu beheben wären, besteht für den Irrenden kein Anlass.

Eine *Genehmigung des Vertrages in Kenntnis* des Irrtums, der zur Irrtumsanfechtung berechtigen würde, ist als *Verzicht auf die Anfechtung* zu werten, der diese

⁶¹ «Entdeckung» ist im Sinne von «sicherer Kenntnis des Irrtums» zu verstehen; vgl. auch BGE 82 II 426: noch keine Kenntnis sind durch Äusserungen Dritter hervorgerufene blosse Zweifel. *Beispiel*: Wird ein Kaufvertrag über ein Gemälde wegen dessen Unechtheit angefochten, beginnt die Anfechtungsfrist nicht bereits mit Kenntnis der von einem Fachmann geäusserten Zweifel an der Echtheit, sondern erst mit Erhalt der in Auftrag gegebenen Expertise zu laufen.

⁶² Immerhin möchte ich die Frage offen lassen, ob nicht während der Dauer des Fehlens der Handlungsfähigkeit bei gleichzeitigem Fehlen eines gesetzlichen Vertreters die Genehmigungswirkungen gemäss OR 31/I ausgesetzt werden sollten.

⁶³ In der Literatur wird teilweise postuliert, die allgemeine Verjährungsfrist von 10 Jahren (seit Vertragsschluss) auch auf das Anfechtungsrecht wegen Willensmängeln anzuwenden. Pro ENGEL, p. 233 und dort Zit.; analog statuiert BGB § 121/II eine der ordentlichen Verjährungsfrist von 30 Jahren entsprechende (ebenfalls überlange) absolute Frist. Contra G./M./K., p. 126; v. T./P., § 39/III, p. 333 Anm. 22. Das Bundesgericht hat in BGE 101 II 209 f. die Frage ausdrücklich offen gelassen.

ausschliesst. Eine derartige Genehmigung wird insbesondere *konkludent* erfolgen; in Frage kommt vor allem die in Kenntnis des Willensmangels vorgenommene vorbehaltlose Erfüllung des Vertrages oder Annahme der Gegenleistung durch den Irrenden, oder dessen Verfügung über die durch den willensmangelbehafteten Vertrag erworbene Sache⁶⁴.

3. Wirkung der Anfechtung

a) Grundsatz der Vertragsnichtigkeit

Die begründete Anfechtung des Vertrages führt zu dessen rückwirkenden Ungültigkeit, der Vertrag fällt *ex tunc* und mit Wirkung für beide Parteien dahin.

Betrifft der Irrtum nur einen *Teil* des Vertrages, ist in analoger Anwendung von OR 20/II zu prüfen, ob die Vertragsparteien (zur Zeit des Vertragsschlusses) den Vertrag auch ohne diesen Teil geschlossen hätten; bejahendenfalls fällt nur der irrtumsbehaftete Vertragsteil dahin, während der Vertrag im übrigen (auch gegen den Willen des Anfechtenden) bestehen bleibt^{65,66}.

b) Rückerstattung erbrachter Leistungen

Hat vor der Anfechtung des Vertrages im Rahmen dessen Erfüllung eine Sachübereignung stattgefunden, hat diese als ungültig zu gelten⁶⁷; der leistende Veräusserer ist Eigentümer der Sache geblieben und kann diese vindizieren, soweit keine Ersitzung seitens des Erwerbers (ZGB 728) eingetreten ist. Im Falle der Weiterveräusserung kommt die Vindikation grundsätzlich nicht in Frage, da es sich um eine anvertraute Sache handelt. Verwendungen auf die Sache bzw. aus dieser gezogener Nutzen sind nach den Regeln des gut- oder bösgläubigen Besitzes (ZGB 938-940) auszugleichen⁶⁸.

⁶⁴ Vgl. etwa das Beispiel in ZR 37/150 (grundpfandrechtliche Belastung des erworbenen Grundstücks).

⁶⁵ BGE 96 II 105 ff.: Die Parteien eines Baurechtsvertrages waren gemeinsam davon ausgegangen, dass das überlassene Grundstück mit einer bestimmten Anzahl Häuser überbaut werden könne, während ein Teil desselben nicht bebaubar war. Das Bundesgericht hat hier entschieden, dass aufgrund der Anfechtung wegen (Grundlagen-)Irrtums nicht der gesamte Vertrag dahinfalle, sondern der Irrende nur entsprechende Reduktion der vereinbarten Grundrente verlangen könne. So auch BGE 107 II 419. Vgl. dazu ENGEL, p. 233/4; SPIRO, Können übermässige Verpflichtungen aufrecht erhalten werden?, ZBJV 88 (1952), p. 501 ff.

⁶⁶ Vgl. unten § 15/I/3c. Zum Problem der «*Vertragsanpassung*» auch BUCHER, ZSR (1983), p. 370 f. und BGE 90 II 453.

⁶⁷ Dies die Auswirkung der Rechtsgrundabhängigkeit der Sachübereignung, die bewirkt, dass bei Nichtigkeit des Grundgeschäftes (hier infolge der Irrtumsanfechtung) die darauf beruhende Verfügung, auch wenn diese als solche mangelfrei (hier: nicht irrtumsbehaftet) ist, ebenfalls als nicht erfolgt zu gelten hat. Vgl. oben § 5/VI, VII.

⁶⁸ Vgl. dazu auch BGE 97 II 48.

Nicht mehr restituierbare Sachleistungen sowie andere Leistungen sind nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung (OR 62-67; unten § 34) auszugleichen.

Haben in Rückabwicklung des Geschäfts beide Parteien Leistungen zurückzuerstatten, hat dies *Zug um Zug* zu erfolgen⁶⁹.

4. Ausschluss und Verwirkung der Anfechtung nach OR 25 und durch Genehmigung

Die Anfechtung des Vertrages ist trotz wesentlichen Irrtums (oder auch bei Täuschung und Drohung) ausgeschlossen, wenn einer der in OR 25 genannten Fälle vorliegt:

a) *Verstoss der Anfechtung gegen Treu und Glauben (OR 25/I)*

OR 25/I ist Konkretisierung des allgemeinen Grundsatzes des Handelns nach Treu und Glauben im Sinne von ZGB 2, der allerdings im Zusammenhang der Irrtumsanfechtung (die immer das Vertrauen des Vertragspartners enttäuscht) besondere Bedeutung hat⁷⁰. Ein Verstoss gegen das Rechtsmissbrauchsverbot ist insbesondere dann anzunehmen, wenn der Anfechtende weniger wegen seines Irrtums als aus anderen Gründen (Veränderung des Preisniveaus, Konjunktumschlag, Eintritt nicht voraussehbarer Entwicklungen usw.) sich aus einem unbeliebt gewordenen Vertrag befreien will. - Ein Ausschlussgrund gem. OR 25/I darf wohl auch bei *Interessendisparität* angenommen werden, d. h. wenn der Irrende vergleichsweise geringes Interesse an der Vertragsauflösung hat, während dem Partner unverhältnismässige Nachteile erwachsen, ebenso, falls der Irrende auf angemessene Angebote der Vertragsänderung nicht eingegangen ist. Weiterhin darf wohl auch *Fahrlässigkeit des Irrtums* (der grundsätzlich die Irrtumsanfechtung nicht ausschliesst) im Zusammenhang von OR 25/I in die Waagschale fallen.

Kasuistik

aa) Ausschluss der Anfechtungsmöglichkeit ist beispielsweise in folgenden Fällen denkbar:

⁶⁹ Jede Partei kann die Rückerstattung zurückhalten, bis das ihr selber Zustehende angeboten wird. Dies folgt im Falle eines Vindikationsanspruchs aus dem Retentionsrecht gemäss ZGB 895 ff., gegenüber einem Kondiktionsanspruch aus der analogen Anwendung von OR 82 («obligatorisches Retentionsrecht»). So v. T./P., § 39/IV, p. 339 bei Anm. 38; BGE 83 II 25. - Zur Verjährung des Kondiktionsanspruchs des Irrtums-Gegners vgl. unten § 34/VIII.

⁷⁰ Die zu ZGB 2 entwickelten Grundsätze sind daher bei der Auslegung von OR 25/I zu berücksichtigen. Vgl. zu ZGB 2 MERZ, Berner Komm. Einleitungsartikel, p. 213 ff. und die dort aufgeführten Fallgruppen.

- wenn sie dem Anfechtenden keine Vorteile bringt, den Anfechtungsgegner jedoch schwer treffen würde⁷¹;
- wenn die irrtümliche Vorstellung auf Eigenschaften der Kaufsache Bezug hat, welche Gegenstand einer Garantie hätten bilden können, die seitens des Verkäufers förmlich wegbedungen oder abgelehnt wurde, und der Käufer trotzdem den Vertrag abgeschlossen hat, verstösst Berufung auf error in substantia nach BGE 53 II 153 gegen OR 25/I. Vgl. auch BGE 79 II 161⁷²;
- wenn A den Vertrag anfecht, nachdem er sich mittels des Vertrages Kenntnis von Geschäfts-(oder Fabrikations-)Geheimnissen verschafft hat⁷³;
- unter Umständen bei spekulativer Verzögerung der Anfechtung, was im Fall des Bestehens eines Marktes betreffend den Vertragsgegenstand denkbar ist;
- als Verwirklichungsgrund ist auch zu betrachten ein Verhalten, das, wenn dem Vertragsgegner erkennbar, eine stillschweigende Genehmigung darstellen würde (insbesondere der Gebrauch oder gar Verbrauch des Leistungsgegenstandes, trotz Kenntnis der Irrtumslage).

bb) Kein Ausschluss der Irrtumsanfechtung dagegen:

- falls der Irrtum vom Vertragsgegner nicht verschuldet ist oder der Irrende fahrlässig irrte (BGE 97 II 47; 91 II 280 E. 3);
- gemäss OR 25/I beim Kauf eines Aktienpaketes, wenn das Unternehmen nach Vertragsschluss Verluste erlitten hat oder Geschäftsgegenstände verkauft wurden (BGE 97 II 47 E. 3).

b) *Konversion des Vertrages entsprechend dem wirklichen Willen des Anfechtenden (OR 25/II)*

In Konkretisierung des in Abs. I enthaltenen Grundsatzes wird in OR 25/II die Anfechtung ausgeschlossen, wenn der Anfechtungsgegner sich bereit erklärt, den Vertrag so gelten zu lassen, wie ihn der Irrende zur Zeit des Vertragsabschlusses fälschlicherweise verstanden hat⁷⁴. Die Erklärung, unter modifizierten Bedingungen am Vertrag festhalten zu wollen, muss unmittelbar auf die Anfechtungserklärung

⁷¹ ENGEL, p. 234.

⁷² Ist Gewährleistung nach OR 199 zulässigerweise wegbedungen worden, fehlt es nun nach BGE 91 II 275 bereits am Erfordernis der «objektiven Wesentlichkeit», da die betreffende Eigenschaft nach den Grundsätzen des loyalen Geschäftsverkehrs nicht mehr notwendige Vertragsgrundlage sein kann.

⁷³ Beispiel nach ENGEL, p. 234.

⁷⁴ Beispiel: Käufer verstand den Preis in kanadischen Dollars, während nach dem Vertrauensprinzip der Vertrag in (höherwertigen) US-Dollars zustande kam. Wenn sich der Verkäufer mit kanadischen Dollars zufrieden gibt, ist dem Käufer die Vertragsanfechtung verwehrt.

erfolgen⁷⁵. Es tritt Konversion des Vertrages ein in dem Sinne, als dieser nun mit dem vom Anfechtenden tatsächlich gewollten Sinngehalt gilt.

5. Die Schadenersatzpflicht des fahrlässig Irrenden (OR 26)

a) Allgemeines

Die Schadenersatznorm von OR 26 (bzw. aOR 23) geht auf die von JHERING entwickelte Lehre der «culpa in contrahendo» zurück, welches Haftungsprinzip die Konsequenzen der Willenstheorie mildern sollte⁷⁶. Neben der Bedeutung des Schadloshaltens des in seinem Vertrauen auf die Vertragsgültigkeit verletzten Partners hat OR 26 auch die mittelbare Wirkung, dass der fahrlässig Irrende angesichts der drohenden Schadenersatzpflicht oft auf die Irrtumsanfechtung überhaupt verzichtet.

b) Insbesondere die Voraussetzung des Verschuldens des Irrenden

In Frage kommt nur Fahrlässigkeit, da «absichtliches Irren» begrifflich ausgeschlossen ist. Über den Wortlaut von OR 26 hinaus besteht auch ein Verschulden in der Verzögerung der Irrtumsanfechtung und der Verursachung einer Schadensvergrößerung, was vorab bei Verschuldenslosigkeit des Eintritts des Irrtums von Bedeutung sein kann. Leichte Fahrlässigkeit genügt zur Haftungsbegründung, wobei diesfalls der Reduktionsgrund von OR 44/I bestehen kann^{77,78}. - Zum vorneherein nicht schuldhaft i. S. von OR 26/I kann es sein, wenn sich der Irrende auf vom (vielleicht schuldlosen) Vertragspartner gemachte falsche Angaben verlässt; der Vorwurf, ungeprüft eigene Äusserungen für wahr gehalten zu haben, ist hier (wie in jedem Fall) ausgeschlossen⁷⁹.

⁷⁵ Die für den Partner des Irrenden laufende Frist kann allerdings erst dann beginnen, wenn der Irrende seine Anfechtung inhaltlich so weit begründet hat, dass der Partner durch blosser Zustimmung den Vertrag auf neuer Basis wirksam werden lassen kann. Für Fristenberechnungen, Probleme der Übermittlung usw. sind wohl die Regeln über die Annahme einer Offerte analog anzuwenden.

⁷⁶ Vgl. unten § 17/I. Die hier behandelte Form der Haftung wird ergänzt durch eine Schadenersatzpflicht wegen Verzögerung der Anfechtung; dazu unten § 17/III/5.

⁷⁷ An die Fahrlässigkeit werden allgemein nicht hohe Anforderungen gestellt. Vgl. etwa OSER/SCHÖNENBERGER, OR 26 N. 6; KRAMER, p. 102 Anm. 56, nach welchem Autor die Verschuldenshaftung von OR 26 durch die Lehre im Sinne des «Veranlasserprinzips» (entsprechend BGB § 122/I) korrigiert worden ist, und dort zit. ROSSEL, Manuel du droit fédéral des obligations, Bd. 1, p. 64 Aura. 75: «... on peut presque toujours reprocher à l'auteur d'une erreur une faute plus ou moins grave, inattention, négligence, sottise, dont il semble injuste que le co-contractant eût à partir d'une manière absolue.»

⁷⁸ A. M. G./S., N. 640.

⁷⁹ So im Ergebnis BGE 113 II 29 E. 2.

e) Subjektive Voraussetzung auf seiten des Gegners des Irrenden

Trotz Verschuldens des Irrenden entfällt die Schadenersatzpflicht, wenn der Gegner den Irrtum gekannt hat oder hätte kennen sollen (OR 26/I a. E.). Der Ausschluss des Schadenersatzanspruches würde zu einem unbilligen Ergebnis führen, wenn dem Irrenden grobe, seinem Partner jedoch nur leichte Fahrlässigkeit vorzuwerfen ist, in welchem Fall m. E., trotz des Wortlautes von OR 26/I, bloss Ermässigung der Ersatzpflicht im Sinne von OR 44/I Platz greifen kann^{80, 81}.

d) Umfang der Schadenersatzpflicht

Nach OR 26/I ist regelmässig bloss das *negative Vertragsinteresse* zu ersetzen⁸², d. h. der Gegner des Irrenden ist so zu stellen, wie wenn er nie den nachträglich vernichteten Vertrag geschlossen hätte. Gemäss OR 26/II kann der Richter jedoch auf Ersatz «weiteren Schadens» erkennen (d. h. maximal das positive Vertragsinteresse zusprechen), wo dies der Billigkeit entspricht. In Betracht kommen etwa besonders schweres Verschulden seitens des Irrenden, eine für den Vertragsgegner durch das Dahinfallen des Vertrages entstehende Notlage usw.⁸³.

V. Täuschung (OR 28)*Literatur*

W. FLUME, Das Rechtsgeschäft, §§ 27 und 29; H. GILOMEN, Absichtliche Täuschung beim Abschluss von Verträgen nach schweizerischem OR, Diss. Bern 1950; U. v. LÜBTOW, Zur Anfechtung von Willenserklärungen wegen arglistiger Täuschung, Festschrift für H. Bartholomeyczik, Berlin 1973, p. 249 ff.; W. YUNG, La vérité et le mensonge dans le droit privé, Etudes et Articles, Genève 1971, p. 71 ff.

1. Begriff

Der Tatbestand der Täuschung stellt einen *Sonderfall des Willensmangels* dar, der dadurch gekennzeichnet ist, dass er nicht durch Zufall eintrat, sondern durch

⁸⁰ Kennt der Vertragspartner den Irrtum, so ist oft ein Zustandekommen des Vertrages im Sinne des Vertragsverständnisses des Irrenden anzunehmen. Bei Nicht-Erkennen des Irrtums wird dagegen oft Dissens vorliegen. Die Regel wirkt daher, wie ENGEL, p. 238 zutreffend sagt, hauptsächlich bei Tatbeständen von Grundlagenirrtum.

⁸¹ A. M. A. KOLLER, Der gute und böse Glaube im allgemeinen Schuldrecht, Freiburg/Schweiz 1985, p. 140, N. 440.

⁸² Vgl. zu diesem Begriff unten § 20/III/2.

⁸³ Vgl. BECKER, OR 26 N. 10.

den *Vertragspartner veranlasst* oder von ihm bewusst ausgenützt wurde⁸⁴, umgekehrt wird nicht «Wesentlichkeit» wie beim Irrtum gefordert (OR 28/I). Sind die Voraussetzungen dieses Sondertatbestandes nicht gegeben, kann immer noch ein zur Vertragsanfechtung berechtigender wesentlicher Irrtum im Sinne von OR 23/24 vorliegen⁸⁵.

Die Folgen der Täuschung unterscheiden sich nur in Nebenumständen der Vertragsauflösung (dazu unten Ziff. 4)⁸⁶.

2. Voraussetzungen (OR 28/I)

a) Die vom Vertragspartner ausgehende Täuschung muss sich auf *Tatsachen* (d. h. objektiv feststellbare Zustände oder Ereignisse tatsächlicher oder rechtlicher Natur) beziehen⁸⁷. Keine Tatsachen in diesem Sinne sind Werturteile, sofern diese nicht Tatsachenbehauptungen implizieren; ausser Betracht fallen Anpreisungen bloss marktschreierischer Art. Tatsachen im Sinne von OR 28 können sowohl äussere Eigenschaften (z. B. Zahlungsfähigkeit) als auch innere Umstände (z. B. Zahlungsbereitschaft) sein.

b) Das den Täuschungstatbestand konstituierende *täuschende Verhalten* ist in OR 28 nicht umschrieben. Es wird zwischen *Vorspiegelung falscher Tatsachen* und *Unterdrückung bzw. Verschweigen von Tatsachen* unterschieden. *Vorspiegelung* liegt in der Behauptung der Existenz einer in Wirklichkeit nicht (oder nicht so) vorhandenen Tatsache⁸⁸; *Tatsachenunterdrückung* liegt in der Vorgabe, eine wirkliche Tatsache bestehe nicht⁸⁹. Vorspiegeln wie Unterdrücken von Tatsachen kann durch Worte oder

⁸⁴ Schutzobjekt ist (anders als beim strafrechtlichen Betrugstatbestand von StGB 148) nicht das Vermögen des Getäuschten, sondern die Entscheidungsfreiheit des Kontrahenten, ein Vermögensschaden des Getäuschten oder Bereicherungsabsicht des Täuschenden ist daher nicht vorausgesetzt. Vgl. OSER/SCHÖNENBERGER, OR 28 N. 13.

⁸⁵ Vgl. auch unten Ziff. 4/b.

⁸⁶ Die Berufung auf Täuschung ist nur dann geboten, wenn ein Interesse an deren typischen Merkmalen besteht: Entfallen der Voraussetzung der «Wesentlichkeit» des Irrtums (OR 28/I), andere Verhältnisse hinsichtlich Schadenersatzansprüchen und -pflichten (dazu unten Ziff. 4). Falls nicht die Sonderwirkungen des Täuschungstatbestandes beansprucht werden, kann die Frage, ob Irrtum oder Täuschung vorliegt, offen bleiben; ist die Klage zu Unrecht auf Täuschung gestützt, hat der Richter sie bei gegebener Voraussetzung immer noch aufgrund der Irrtumsregeln gutzuheissen (oder umgekehrt).

⁸⁷ Zur Frage der Täuschung über *künftige* Sachverhalte vgl. BECKER, OR 28, N. 3a; GILOMEN, p. 20 f.

⁸⁸ Beispiel: A verkauft einen Gebrauchtwagen als fabrikneu, Sem.jud. 89 (1967), p. 465: eine dolose Vorspiegelung liegt in der bewusst unrichtigen Zusicherung, eine verkaufte Musikbox bringe eine bestimmte monatliche Einnahme.

⁸⁹ A überklebt mit Karton Rostlöcher an tragenden Teilen von ihm zum Verkauf angebotenen Autos; dieses Beispiel mag zeigen, dass Tatsachenunterdrückung lediglich Kehrseite der Vorspiegelung ist und umgekehrt.

durch täuschendes Verhalten erfolgen. Sie setzen im Gegensatz zum Verschweigen ein positives Tun des Täuschenden voraus.

c) Am meisten Probleme stellt der Tatbestand der *Täuschung durch Verschweigen von Tatsachen*. Tatsachenverschweigung ist nur verpönt, soweit eine Verpflichtung angenommen werden kann, den anderen aufzuklären. Eine allgemeine Aufklärungspflicht besteht nicht; eine solche kann sich aus besonderer gesetzlicher Vorschrift, aus Vertrag oder aus dem Grundsatz von Treu und Glauben ergeben, wenn «eine Mitteilung nach Treu und Glauben und den herrschenden Anschauungen geboten ist»⁹⁰. Wann dies zutrifft, ist im konkreten Einzelfall zu bestimmen⁹¹. Immerhin sind Lehre und Rechtsprechung etwa die folgenden *Richtlinien* zu entnehmen:

- Aufklärungspflichten sind in erhöhtem Masse anzunehmen bei Verträgen, die zwischen den Parteien ein *besonderes Vertrauensverhältnis* begründen (wie Gesellschaftsverträge, Auftrag), und bei *Dauerschuldverhältnissen*⁹², während bei Austauschverträgen i. A. die Pflichten weniger weit gehen⁹³.
- Kriterium für Bestehen/Umfang einer Aufklärungspflicht kann der *Grad der Erkennbarkeit* für den Vertragspartner und die Schwere des Mangels sein⁹⁴;
- eine Pflicht zur Aufklärung über die *eigenen finanziellen Verhältnisse* darf bloss bei Vorliegen besonderer Umstände angenommen werden⁹⁵.

d) *Täuschungsabsicht*. Die Täuschung muss *absichtlich erfolgt* sein; fahrlässige Täuschung erfüllt die Voraussetzungen von OR 28 nicht. Absichtlichkeit liegt dann vor, wenn der Urheber der Täuschung wissentlich (bezüglich Unrichtigkeit der Tatsache, wobei *dolus eventualis* genügt) und mit Willen handelt, beim ändern einen Irrtum zu erregen bzw. aufrechtzuerhalten, um ihn so zu einem bestimmten Vertragsschluss zu verleiten⁹⁶.

e) *Kausalität der Täuschung für den Vertragsschluss*. Der Getäuschte muss durch die Täuschung zum Vertragsschluss «bestimmt» worden, diese kausal für den

⁹⁰ SOERGEL/HEFERMEHL, Komm. BGB § 123 N. 5; vgl. auch G./M./K., p. 128; BGE 57 II 276 ff.

⁹¹ Vgl. BGE 43 II 491, 106 II 350.

⁹² SOERGEL/HEFERMEHL, Komm. BGB § 123 N. 6; entgegen G./M./K., p. 128 würde ich Versicherungsverträge hier nicht einbeziehen.

⁹³ G./M./K., p. 128.

⁹⁴ Erfordert z. B. die Entdeckung des Mangels besondere (z. B. technische) Kenntnisse, über die der Getäuschte erkanntermassen nicht verfügte, ist vermehrt Aufklärungspflicht anzunehmen. Andererseits dürfte bei Umsatzverträgen unter Branchenkundigen eine Aufklärungspflicht ohne Vorliegen besonderer Umstände nicht bestehen.

⁹⁵ Vgl. BGE 86 IV 205 zu Darlehensvertrag; 57 II 276 ff. zu Bürgschaftsvertrag; der Gläubiger ist hier i. a. nicht verpflichtet, den Bürgen über die finanzielle Situation des Hauptschuldners aufzuklären. Das Bundesgericht nahm in casu aber eine solche Pflicht an, da der Täuschende genau gewusst hat, dass der Bürge den Bürgschaftsvertrag nicht eingegangen wäre, wenn er die verzweifelte finanzielle Situation des Hauptschuldners gekannt hätte.

⁹⁶ Vgl. dazu OSER/SCHÖNENBERGER, OR 28 N. 8 f. - BGB § 123/I verlangt *Arglistigkeit* der Täuschung, was im Ergebnis keinen wesentlichen Unterschied ausmachen dürfte. Vgl. auch ZWEIGERT/KÖTZ, II, p. 122 f.

Vertragsschluss sein. Da das Gesetz nicht zwischen *dolus causam dans* und *dolus incidens* unterscheidet, ist die Anfechtung grundsätzlich auch dann zulässig, wenn sich die Täuschung nur auf einen Vertragsteil bezieht⁹⁷.

f) Die *Beweislast* für die Täuschung liegt grundsätzlich *beim Getäuschten*. Da der Täuschende die Täuschung mit dem Zweck der Verleitung zum Vertragsschluss unternimmt, kann dagegen im Regelfall eine *Vermutung des* (grundsätzlich vom Getäuschten zu beweisenden) *Kausalzusammenhanges* angenommen werden; dem Täuschenden steht der Gegenbeweis offen, dass der Getäuschte auch ohne die Täuschungsmanöver kontrahiert hätte. Anders nur, wenn die Täuschung nebensächliche Punkte betraf, die nicht allgemein geeignet sind, den Entschluss zu kontrahieren zu bestimmen⁹⁸.

g) Als Negativum ist schliesslich das *Entfallen der Voraussetzung der Wesentlichkeit des Irrtums* (OR 28/I) zu vermerken; dies bedeutet allerdings nur eine Abschwächung des Grundsatzes, ohne dass damit gesagt sein will, dass eine «Täuschung» hinsichtlich eindeutig unerheblicher Belange berücksichtigt werden dürfte.

3. Sonderfall der Täuschung durch einen Dritten (OR 28/II)

a) Geht die Täuschung nicht vom Vertragspartner, sondern von einem Dritten aus, kann der Getäuschte den Vertrag wegen Täuschung nur unter der zusätzlichen Voraussetzung anfechten, dass der Vertragspartner das täuschende Vorgehen des Dritten bei Vertragsschluss gekannt (und damit bewusst ausgenutzt) hat, so dass ihm die Täuschung bzw. der darauf beruhende Vertragsschluss als eigenes verwerfliches Verhalten anzulasten ist.

b) Hatte der Vertragspartner von der von einem Dritten ausgehenden Täuschung keine Kenntnis, ist der Vertrag vom Getäuschten unter den gewöhnlichen Voraussetzungen des Irrtums (oben Ziff. II/2b/c und III/3a/b) anfechtbar, d. h. der bestehende Irrtum im Sinne von OR 23/24 muss wesentlich sein, und die Besonderheiten des Täuschungstatbestandes greifen nicht Platz. Nicht Rechtens sein kann der sich aus grammatikalischer Auslegung von OR 28/II ergebende Sinn, dass im Falle der von einem Dritten ausgehenden Täuschung bei Unkenntnis des Vertragspartners auch die Irrtumsanfechtung ausgeschlossen ist⁹⁹.

c) Als «*Dritte*» im Sinne von OR 28/II gelten alle Personen, die nicht selber Vertragspartei, aber auch nicht deren Vertreter oder Gehilfen sind. Keine Dritte sind insbesondere Organe einer juristischen Person im Verhältnis zu dieser, der Stellvertreter

⁹⁷ Korrektiv ist ZGB 2. Eventuell ist nur Teilanfechtung möglich; vgl. BGE 81 II 219 lit. c und G./M./K., p. 129.

⁹⁸ Ähnlich wie hier BECKER, OR 28 N. 11.

⁹⁹ Die Sonderregelung der Täuschung (wie jene der Furchterregung) will die Stellung des dem Willensmangel unterliegenden Vertragspartners erleichtern, niemals aber erschweren. Für den Ausschluss der Anfechtung bei einem Irrtum, bloss weil dieser auf der Täuschung eines Dritten beruht, wäre ein Grund schlechterdings nicht zu ersehen. Vgl. auch oben Ziff. 1.

im Verhältnis zum vertretenen Vertragspartner¹⁰⁰, richtigerweise wohl aber auch Abschlussgehilfen wie Boten, Mäkler oder Agenten eines Kontrahenten¹⁰¹. Geht die täuschende Handlung von einer dieser Personen aus, liegt ein Anwendungsfall der Täuschung durch die Vertragspartei selber vor. Hingegen ist etwa «Dritter» der Hauptschuldner, der den Bürgen über seine Vermögensverhältnisse täuscht¹⁰².

4. Rechtsfolgen

a) Allgemeines

Die Rechtsfolgen decken sich dem Grundsatz nach mit denjenigen des Irrtums: Der Getäuschte kann den geschlossenen Vertrag binnen Jahresfrist anfechten (OR 31/I; oben Ziff. IV/1/2). In Abweichung von der Irrtumsregel kann der Getäuschte nicht schadenersatzpflichtig werden (unten lit. d), sondern umgekehrt trotz Genehmigung allenfalls seinerseits *Schadenersatz* verlangen (OR 31/III; unten lit. b) und möglicherweise auch nach Jahresfrist *Täuschung einredeweise geltend machen* (OR 60/III gegenüber OR 31/I; unten lit. c.).

b) Vorbehalt von Schadenersatzansprüchen des Getäuschten (OR 31/III)

Die absichtliche Täuschung lässt sich als unerlaubte Handlung qualifizieren. Der Getäuschte kann vom Täuschenden Schadenersatzansprüche geltend machen, und zwar sowohl wenn er den Vertrag anfecht (unten lit. aa), wie grundsätzlich auch dann, wenn er den Vertrag genehmigt (OR 31/III)¹⁰³. OR 31/III ist keine selbständige Haftungsgrundlage; Schadenersatzansprüche bestehen nur, soweit solche nach OR 41 ff. oder den Grundsätzen der culpa in contrahendo begründet sind^{104, 105}.

aa) Bei Anfechtung des Vertrages

Trotz Befreiung aus dem geschlossenen Vertrag (verbunden mit der Rückerstattung bereits erbrachter Leistungen) kann der Getäuschte geschädigt sein. Nach

¹⁰⁰ BGE 81 II 217 E. 2a.

¹⁰¹ Vgl. BGE 63 II 78, 108 II 421.

¹⁰² Vgl. BGE 41 II 54, BECKER, OR 28 N. 15 und weitere dort zit. Beispiele.

¹⁰³ Wirtschaftlich gesehen führt dies zu einer Korrektur der Leistungsverhältnisse des Vertrages.

¹⁰⁴ Dabei besteht die Vermutung, dass die verschuldensmässigen Voraussetzungen eines Schadenersatzanspruchs strenger sind als jene der Anfechtbarkeit wegen Täuschung. Insbesondere kann der Täuschende die Reduktionsgründe von OR 43 anrufen. Vgl. im übrigen auch die Hinweise auf Doktrin und Rechtsprechung bei ENGEL, p. 245/46 lit. B; zur Haftung aus «culpa in contrahendo» siehe unten § 17.

¹⁰⁵ Jedenfalls ist es angezeigt, mit BGE 108 II 421 den Geschäftsherrn für Handlungen seiner Gehilfen nach OR 101 und nicht nach OR 55 haften zu lassen, da eine Schadenregulierung in einer (wenn auch gescheiterten) Vertragsleistung in Frage steht.

den Regeln von OR 41 ff. ist der Täuschende dem Getäuschten zum Ersatz verpflichtet, wobei der Schadenersatzanspruch auf den *Vertrauensschaden* (das negative Interesse) beschränkt ist; der Getäuschte soll so gestellt werden, wie wenn er sich nie auf die Vertragsverhandlungen eingelassen hätte¹⁰⁶.

bb) Bei Genehmigung des Vertrages

OR 31/III statuiert einen Vorbehalt von Schadenersatzansprüchen für den Fall der Genehmigung des unter dem Einfluss absichtlicher Täuschung oder Drohung abgeschlossenen Vertrages. Zwar nimmt der Getäuschte durch die Genehmigung des Vertrages dessen Wirkungen in Kauf und führt den Schaden aus einem für ihn ungünstigen Geschäft selber herbei, indessen können besondere Umstände eine Ersatzpflicht rechtfertigen, etwa wenn dem Getäuschten das Anfechten des Vertrages nicht zuzumuten ist, weil dies für ihn, der im Hinblick auf den Vertrag bereits Aufwendungen gemacht oder den Vertrag seinerseits erfüllt hat, grössere Nachteile als die Genehmigung nach sich ziehen würde¹⁰⁷.

c) Täuschung als Einredetatbestand nach Ablauf der Jahresfrist (OR 31/I)

OR 60/III statuiert, dass dem Schuldner gegenüber Forderungen, die durch unerlaubte Handlung (praktisch durch Täuschung oder Drohung) begründet sind, unbefristet eine *Einrede* zu Gebote stehe¹⁰⁸. Der Getäuschte kann demnach aufgrund einer Anfechtungserklärung nach Ablauf der Jahresfrist zwar seinerseits Erfüllung verweigern, jedoch nicht mehr eine bereits erbrachte Leistung zurückfordern.

d) keine Ersatzpflicht des Getäuschten

Während der anfechtende Irrende im Falle von Fahrlässigkeit schadenersatzpflichtig werden kann, fehlt hier eine OR 26 entsprechende Regel; fahrlässige

¹⁰⁶ Vgl. zum Begriff des Vertrauensschadens unten § 20/III/2. – Nach BECKER, OR 31 N. 17, ENGEL, p. 246 und weiteren dort zitierten Autoren soll es dem Getäuschten ausnahmsweise gestattet sein, Ersatz weiteren Schadens (positives Vertragsinteresse) zu fordern, was von BECKER mit dem Postulat analoger Anwendung von OR 26/II begründet wird.

¹⁰⁷ Vgl. BGE 89 II 249, G./M./K., p. 130.

¹⁰⁸ Die Revision, welche diese Regel nach dem Vorbild von BGB § 853 eingeführt hat, ist insofern unglücklich, als damit ein innerer Widerspruch zur Regel von OR 31/I geschaffen wird: Nach Ablauf der Jahresfrist beruht der Vertrag nach OR 31/I (anders als gemäss BGB) nicht mehr auf der unerlaubten Handlung, Täuschung oder Drohung, sondern auf der Genehmigung, wodurch genaugenommen für die Anwendung von OR 60/III kein Raum bliebe. Dies liegt offenkundig nicht im Willen des Gesetzgebers, so dass in Übereinstimmung mit BGE 84 II 625 und BECKER, OR 31 N. 13, eine Einredemöglichkeit anzunehmen ist, die sachlich übrigens weitgehend im allgemeineren Grundsatz aufgeht, dass eine die Vermutung der Genehmigung ausschliessende Anfechtung nur dann zu fordern ist, wenn der einem Willensmangel Unterliegende damit rechnen muss, der Vertragspartner werde auf der Vertragsabwicklung bestehen (dazu oben Anm. 60). Vgl. dazu BGE 106 II 349.

Leichtgläubigkeit gegenüber Täuschungsmanövern stellt kein Verschulden dar. Die Regel, dass bei Täuschung eine Ersatzpflicht des Anfechtenden nicht in Betracht falle, ist wohl in dem Sinne einzuschränken, dass ein *Sekundärverschulden*, wie Anfechtungs-Verzögerung, wohl auch hier zu berücksichtigen wäre (vgl. oben Ziff. IV/5/b).

VI. Die Furchterregung (OR 29/30)

Literatur

J. ETTER, Die Furchterregung nach schweizerischem OR, Diss. Bern 1948; J. B. RUSCH, Drohung und arglistige Täuschung bei Verkehrsgeschäften, Diss. Zürich 1948.

1. Allgemeines

Beim Anfechtungstatbestand des Vertragsabschlusses infolge «Erregung begründeter Furcht» ist im Gegensatz zur «absichtlichen Täuschung» unbeachtlich, von wem die Furchterregung (Drohung) ausging; das Recht zur Anfechtung des Vertrages besteht auch bei Drohung seitens eines Dritten, selbst wenn der Gegenkontrahent die Drohung nicht kannte¹⁰⁹. Voraussetzung der Tatbestände von OR 29/30 ist es, dass der Bedrohte, wenn auch gezwungenermassen, doch den Willen zum Vertragsschluss bildete (d. h. sich auch gegen das angedrohte Übel hätte entscheiden können): *quamquam coactus voluit*. Lag nicht bloss «vis compulsiva» vor, sondern fehlte es wegen «vis absoluta» an dieser Entscheidungsmöglichkeit (haben die Räuber die den Vertrag unterzeichnende Hand geführt), liegt keine vertragsbegründende Willenserklärung und kein anzufechtender Vertrag, sondern ein Dissenstatbestand vor¹¹⁰.

Der Tatbestand der Drohung (wie in gewissem Sinn auch jener der Täuschung) berührt sich mit jenem der «Übervorteilung» i. S. von OR 21, der durch das Element des Ungleichgewichts der Verhandlungsposition der Kontrahenten charakterisiert ist (dazu unten § 14). Abgrenzungsschwierigkeiten und Überschneidungen beider Tatbestände kommen vor, sind jedoch angesichts der Ähnlichkeit der Rechtsfolgen

¹⁰⁹ Das Vertrauen des Partners des Bedrohten wird nicht auf der Ebene der Vertragsgültigkeit, sondern durch Schadenersatz geschützt (OR 29/II; dazu unten 3b). Zur Begründung der unterschiedlichen Behandlung der Täuschungs- und Furchterregungstatbestände vgl. FLUME, § 27/2, p. 530.

¹¹⁰ Wenn der Bedrohte durch die Drohung veranlasst wurde, einen Vertrag *nicht* einzugehen, entfällt eine Vertragsanfechtung; in Frage kommen Schadenersatzansprüche nach OR 41 ff. bzw. culpa in contrahendo gegen den Drohenden.

ohne grössere Bedeutung. Im Fall, dass bei bestehenden Vertragsbeziehungen der eine Partner den anderen mit der Drohung seiner eigenen Vertragsverletzung unter Druck setzt, hat das Bundesgericht einen Fall von OR 30 angenommen (BGE 111 II 350); indessen liesse sich ebensogut die Qualifikation als Wucher (OR 21) vertreten.

2. Die Voraussetzungen im einzelnen

a) Androhung eines Übels

aa) Die Handlung muss in einem *Androhen* liegen, was voraussetzt, dass für den Fall des Unterlassens des begehrten Vertragsschlusses die Verwirklichung eines Übels in Aussicht gestellt wird, und zwar so ernsthaft, dass der Bedrohte nach den Umständen mit der Verwirklichung rechnen muss¹¹¹. Die Androhung muss nicht ausdrücklich sein, sondern kann aus den Umständen folgen.

bb) Es muss ein *ernstliches Übel* angedroht werden, d. h. eine künftige Verletzung eines der in OR 30/I genannten Rechtsgüter («Leib und Leben, Ehre oder Vermögen») oder, da die Aufzählung nicht eine abschliessende ist¹¹², die Beeinträchtigung weiterer Güter wie Freiheit, Geheimsphäre, Ungestörtheit und dergleichen. Falls der angedrohte Nachteil und damit die Drohung i. S. von OR 30 als zu wenig gewichtig erscheint, fällt immer noch *Übervorteilung* i. S. von OR 21 in Betracht.

cc) *Träger des Rechtsgutes* muss entweder der *Vertragschliessende* selbst oder eine «*ihm nahe verbundene Person*» sein, deren Bedrohung der Kontrahent wie eine ihn selber treffende Gefahr empfindet¹¹³.

Der bedrohte und durch OR 29/30 zu schützende Kontrahent kann auch eine *juristische Person* sein, wobei der auf deren handelndes Organ ausgeübte Druck als gegen die juristische Person gerichtet zu gelten hat¹¹⁴.

Nach herrschender Lehre können nur *natürliche Personen* unter den Begriff der nahe verbundenen Personen fallen¹¹⁵. In der Androhung eines Übels gegenüber einer juristischen Person wird indessen oft die Androhung eines Übels («Vermögensnachteil») gegenüber einer an dieser interessierten natürlichen oder juristischen Person liegen, die als Kontrahent daher direkt zu schützen ist. Mit Bezug auf eine

¹¹¹ Vgl. BGE 30 II 68 E. 6: «Aufgeregtes Benehmen (Weinen, Schluchzen, Drohungen etc.)» erfüllt für sich allein noch nicht die Voraussetzungen von OR 29.

¹¹² v. T./P., § 38/III/4, p. 326; BECKER, OR 30 N. 2.

¹¹³ In letzterem Fall kann sich auch die Drohung gegen den Drohenden richten (Selbstmorddrohung für den Fall, dass nicht kontrahiert wird).

¹¹⁴ Vgl. hiezu BGE 76 II 367/8. Bei einem Kollektivorgan genügt es für die Annahme von Drohung, wenn massgebende Mitglieder desselben einem unzulässigen Druck ausgesetzt werden.

¹¹⁵ ETTER, p. 49; BECKER, OR 30 N. 3 u. a.

kontrahierende juristische Person ist ohne weiteres anzunehmen, dass auch an dieser beteiligte natürliche Personen (z. B. Aktionäre oder Organe einer Aktiengesellschaft) als im Sinne von OR 30/I «nahe verbunden» gelten können¹¹⁶.

b) Widerrechtlichkeit der Furchterregung (OR 29/I, OR 30/I)

Die von OR 29/I vorausgesetzte Widerrechtlichkeit liegt jedenfalls dann vor, wenn das Zufügen des dem andern angedrohten *Übels* widerrechtlich ist. Ist hingegen das angedrohte Verhalten als solches erlaubt, ist gemäss OR 30/I die Drohung und deshalb Willensbeeinflussung nur unter der weiteren Voraussetzung widerrechtlich, dass damit dem Bedrohten «die Einräumung *übermässiger Vorteile*» abgenötigt wird. Dabei ist als «Geltendmachung eines Rechts» nicht bloss die Ausübung eines «subjektiven Rechts» im technischen Sinn zu verstehen, sondern allgemein ein dem Drohenden *freigestelltes Verhalten* (Klageanhebung, Betreibung, Stellung eines Strafantrages, Abbruch geschäftlicher Beziehungen, Kündigung u. dgl.).

Die Drohung mit einem erlaubten Verhalten ist dann unzulässig, wenn der Drohende dadurch wesentliche (nicht bloss untergeordnete) Vorteile vertraglich aushandeln kann, die er ohne seine Drohung nicht eingeräumt erhalten hätte¹¹⁷. Ähnlich wie v. TUHR¹¹⁸ nehme ich an, dass die *Drohung mit Strafanzeige* in jedem Fall den dadurch erlangten Vertragsschluss anfechtbar macht, ohne dass der Nachweis der Einräumung eines sonst nicht gewährten Vorteils erforderlich wäre¹¹⁹.

c) Das Hervorrufen «gegründeter Furcht»

Die Androhung eines Übels muss beim Anfechtenden «gegründete Furcht» hervorgerufen haben; dieser muss die Drohung ernst nehmen. Ob dies zutrifft, ist vom Standpunkt des Anfechtenden aus zu entscheiden. Das OR nimmt hier einen individualistischen Standpunkt ein¹²⁰, d. h. berücksichtigt grundsätzlich die *individuellen*

¹¹⁶ In diese Richtungweisend auch BGE 76 II 369 E. 4.

¹¹⁷ Vgl. BGE 84 II 624: Die Drohung mit *Konkursbetreibung* verfolgt dann «übermässige Vorteile», wenn die Anerkennung einer erheblich höheren als der tatsächlich bestehenden oder durch eine neue Gegenleistung des Gläubigers (wie Stundung der Schuld etc.) gerechtfertigten Schuld verlangt wurde. - Drohung mit Nichterfüllung eigener vertraglicher Pflichten kann grundsätzlich Anfechtung rechtfertigen; so obiter BGE 111 II 351 (in casu verneint; problematisch: Wurde Zugeständnis gemacht, weil Drohung bestand, der Drohende würden den - nicht quittierten - Empfang von Fr. 67 202.- überhaupt in Abrede stellen, müsste umgekehrt entschieden werden).

¹¹⁸ v. T./P., § 38/III/6, p. 328 bei Anm. 48.

¹¹⁹ Dies vielleicht im Gegensatz zur Drohung mit der Stellung eines Strafantrages; im Gegensatz zur Strafanzeige besteht hier kein öffentliches Interesse am Handeln, und der Gesetzgeber nimmt in Kauf, dass der Antragsberechtigte seine Entscheidung willkürlich oder eigennützig trifft.

¹²⁰ Massstab ist nicht ein «reasonable man»; strenger auch das *Römische Recht*, das verlangt «metus qui in constantissimum hominem cadit».

Verhältnisse des Bedrohten: besondere Ängstlichkeit, Leichtgläubigkeit, Geistesverfassung. Andererseits kann der Umstand, dass der Bedrohte die Haltlosigkeit der Drohung hätte erkennen (bzw. durch Abklärungen ermitteln) können, ein Anfechtungsrecht ausschliessen¹²¹.

d) Drohungswille

Der Drohende muss mit *Drohungsabsicht* und damit mit dem Willen, den andern zum Abschluss des Vertrages zu bestimmen, gehandelt haben. Dagegen wird nicht vorausgesetzt, dass der Drohende entschlossen ist, seine Drohung wahr zu machen.

e) Kausalität

Die Drohung muss den Anfechtenden bestimmt haben, den Vertrag überhaupt (*metus causam* dans) oder doch in der geschehenen Form (*metus incidens*) geschlossen zu haben. Dies setzt voraus, dass die Gefahr der Verwirklichung der Drohung zur Zeit des Vertragsschlusses noch bestand¹²².

3. Rechtsfolgen des Tatbestandes der Furchterregung

a) Es gilt grundsätzlich das zur Täuschung (oben Ziff. V/4) und zum Irrtum (oben Ziff. IV/1) Gesagte. Die Jahresfrist von OR 31 beginnt hier mit dem Wegfall der Drohung zu laufen (OR 31/II).

b) Im Falle der *Drohung durch einen Dritten* hat der Anfechtende dem Anfechtungsgegner nach richterlichem Billigkeitsermessen eine Entschädigung zu leisten, wenn letzterer die Drohung nicht gekannt hat bzw. nicht hätte kennen sollen (OR 29/II). Der Schadenersatz ist als Folge einer erlaubten Handlung (Anfechtung des Vertrages) geschuldet; ein Verschulden des Anfechtenden ist nicht Voraussetzung¹²³.

¹²¹ BGE 45 II 73. Vgl. hier auch BGE 110 II 132.

¹²² BGE 24 II 829.

¹²³ Vgl. auch KOLLER, a.a.O., p. 149 ff.