

# Wertungsparallelität und Interessenausgleich im Irrtumsrecht

Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone und lic. iur. Urs H. Hoffmann-Nowotny (Zürich)\*

## I. Einleitung

Ein Vertrag ist für denjenigen unverbindlich, der sich bei seinem Abschluss in einem wesentlichen Irrtum befunden hat (Art. 23 Abs. 1 OR). Art. 24 Abs. 1 OR zählt beispielhaft («namentlich») Fälle auf, in denen der Irrtum wesentlich ist: Ziff. 1 (*error in negotio*), Ziff. 2 (*error in obiecto vel in persona*) und Ziff. 3 (*error in quantitate*) regeln nach der sog. kasuistischen

Methode den Erklärungsirrtum. Ein solcher bezieht sich auf die Ausdruckskraft des Erklärungsverhaltens, d.h., der Irrende gibt unbewusst etwas kund, das nicht seinem wirklichen Willen entspricht.<sup>1</sup> Demgegenüber liegt ein Motivirrtum vor, wenn der Geschäftswille, einen Vertrag – überhaupt oder mit einem bestimmten Inhalt – abzuschliessen, auf einer falschen bzw. fehlenden Vorstellung gründet (Irrtum in der Willensbildung).<sup>2</sup> Einen solchen Irrtum im Beweggrund zum Vertragsabschluss erklärt das Gesetz – mit Ausnahme des Grundlagenirrtums (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR) – für unbeachtlich (Art. 24 Abs. 2 OR). Keine Voraussetzung des Anfechtungsrechts ist die Entschuldigbarkeit des Irrtums (Art. 26 Abs. 1 OR e contrario).<sup>3</sup> Ein Verschulden des Irrenden verpflichtet lediglich zum Ersatz des der Gegenpartei aus dem Dahinfallen des Vertrages erwachsenen Schadens bzw. – wo es der Billigkeit entspricht – auch eines weiteren Schadens (Art. 26 OR). Schmidlin spricht diesbezüglich von relativem Vertrauensschutz.<sup>4</sup>

Die Bedeutung der typologischen Unterscheidung zwischen Motivirrtum und Erklärungsirrtum hat ihren Ursprung in willentheoretischen Auffassungen.<sup>5</sup> Wenn der Wille das Mass aller Dinge war, so musste ein Erklärungsirrtum infolge Diskrepanz zwischen Erklärung und Willen unbedingt beachtet werden; ein Irrtum im Beweggrund infolge Übereinstimmung dagegen nicht.<sup>6</sup> Obwohl solche Über-

*Vor dem Hintergrund der Unterschiedlichkeit von Willensprinzip und Vertrauensprinzip untersuchen die Autoren die Wesentlichkeitskriterien des Grundlagen- und des Erklärungsirrtums. Die Berücksichtigung der Wertungskriterien des Grundlagenirrtums beim Erklärungsirrtum führt nicht selten zu stossenden Ergebnissen. Unter Gesichtspunkten der Wertungsparallelität kann es angemessen sein, zur Beurteilung der Wesentlichkeit das Kriterium der Erheblichkeit vom Erklärungsirrtum (in quantitate) auf vergleichbare Fälle des Motivirrtums zu übertragen. Mit einem Rückgriff auf die Haftungsregelung von Art. 26 Abs. 2 OR liessen sich die bestehenden Wertungsdiskrepanzen mildern und eine wirksame Regulierung des Anfechtungsrechts erreichen.*  
Zi.

*Se fondant sur la différence entre le principe de la volonté et celui de la confiance, les auteurs examinent les critères essentiels de l'erreur de base et de ceux de l'erreur de déclaration. Appliquer les critères et les valeurs sous-jacentes de l'erreur de base à l'erreur de déclaration peut parfois conduire à des résultats choquants. En raison de valeurs comparables, il peut être approprié d'apprécier le caractère essentiel de l'erreur sur les motifs en se fondant sur l'appréciation du caractère notable de l'erreur sur la quantité (in quantitate). En appliquant la règle de responsabilité de l'art. 26 al. 2 CO, on atténuerait les divergences existantes et on assurerait une mise en œuvre efficace du droit d'invalidation pour erreur.*  
P.P.

\* Hans Caspar von der Crone ist Ordinarius für Privat- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich, Urs H. Hoffmann-Nowotny wissenschaftlicher Assistent am Rechtswissenschaftlichen Institut der Universität Zürich.

<sup>1</sup> Peter Gauch/Walter R. Schluelp/Jörg Schmid/Heinz Rey, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, 8. A., Zürich 2003, N 809 f.

<sup>2</sup> Gauch/Schluelp/Schmid/Rey (Fn. 1) N 768 f.

<sup>3</sup> Gauch/Schluelp/Schmid/Rey (Fn. 1) N 787; Ingeborg Schwenger, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, 4. A., Basel/Genf/München 2007, N 7 zu Art. 23 OR.

<sup>4</sup> Bruno Schmidlin, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI/1/2/1b, Bern 1995, N 162 und N 218 Vorbemerkungen zu Art. 23–27 OR.

<sup>5</sup> Arthur Meier-Hayoz, Das Vertrauensprinzip beim Vertragsabschluss, Diss. Zürich 1947, 180 f.; ferner Schmidlin (Fn. 4) N 31 ff. Vorbemerkungen zu Art. 23–27 OR.

<sup>6</sup> Andreas E. Zehnder, Begriffsmerkmale der Wesentlichkeit im Schweizer Irrtumsrecht, Diss. Zürich 1993, 30 und 43 f.; Meier-Hayoz (Fn. 5) 59 und 222.

legungen heute als überwunden gelten können, wird auch noch in der neueren Lehre darauf hingewiesen, allen «Schwierigkeiten in der oft recht widersprüchlichen und uneinheitlichen Handhabung des Irrtumsrechts lieg[e] ein dogmatisch und praktisch nicht eindeutig zu überbrückender Gegensatz zugrunde, derjenige zwischen Willensprinzip und Vertrauensprinzip.»<sup>7</sup> Vor diesem Hintergrund untersucht der vorliegende Beitrag zunächst die Wesentlichkeitskriterien des Grundlagen- und des Erklärungsirrtums, wobei das Merkmal der Erkennbarkeit besondere Berücksichtigung findet (II. und III.). Sodann werden die Schwierigkeiten beleuchtet, mit welchen Versuche konfrontiert sind, die beiden Irrtumstypen einer einheitlichen Wertung zu unterwerfen (IV.). Bestehende Wertungsdiskrepanzen werden am Beispiel bestimmter Irrtümer über den Wert des Vertragsgegenstandes und des einseitigen Kalkulationsirrtums verdeutlicht (V.). Weil den Irrenden in solchen Konstellationen oftmals ein Verschulden trifft, wird ein angemessener Interessenausgleich schliesslich auf dem Wege der in Art. 26 OR vorgesehenen Haftungsfolgen gesucht (VI.).

## II. Wesentlichkeitskriterien beim Grundlagenirrtum

### A. Allgemeine Abgrenzungsformeln

Der Irrtum muss sich gemäss Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR auf einen bestimmten Sachverhalt beziehen.<sup>8</sup> Nach der Rechtsprechung erfüllen bloss Hoffnungen, übertriebene Erwartungen oder gar Spekulationen diese Anforderungen nicht.<sup>9</sup> Wesentlichkeit des Irrtums wird bejaht, wenn der Irrende

den vorgestellten Sachverhalt einerseits tatsächlich als notwendige Grundlage des Vertrags betrachtete (subjektive Wesentlichkeit) und ihn andererseits nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr auch als solche betrachten durfte (objektive Wesentlichkeit).<sup>10</sup> Während in der Lehre umstritten ist, ob die Bedeutung des vorgestellten Sachverhalts für die Gegenpartei des Irrenden erkennbar gewesen sein muss,<sup>11</sup> scheint die neuere bundesgerichtliche Rechtsprechung dem Kriterium selbständige Bedeutung zuzumessen.<sup>12</sup> Einigkeit herrscht heute immerhin insoweit, als die Berücksichtigung rein subjektiver, persönlicher Motive ausgeschlossen bleiben muss.<sup>13</sup> Die bloss Erkennbarkeit allein begründet mithin noch keine Anfechtbarkeit, sondern die objektive Wesentlichkeit beinhaltet stets eine darüber hinausgehende Qualifikation.<sup>14</sup>

### B. Das Merkmal der Erkennbarkeit

Die Kontroverse um das Merkmal der Erkennbarkeit gründet zu weiten Teilen auf einem unterschiedlichen Verständnis der objektiven Wesentlichkeit.<sup>15</sup> Diese liegt vor, wenn der irrumsbehaftete Sachverhalt auch nach Auffassung des Geschäftsverkehrs bzw. allgemeiner Verkehrsschauung als notwendige Voraussetzung für den Vertragsschluss betrachtet werden durfte.<sup>16</sup> Dabei gehen jedoch Lehrmeinungen, welche die Erkennbarkeit voraussetzen, von einem tendenziell weiten, solche, die sie ablehnen, im Grundsatz von einem engeren Verständnis aus.<sup>17</sup> So nimmt etwa *Schwenzer* an, der Irrtum eines Käufers über die Nichterfüllung der kalifornischen Abgasvorschriften bei einem in der Schweiz gekauften Auto sei «zweifelloso subjektiv und objektiv

<sup>7</sup> *Theo Guhl/Alfred Koller/Anton K. Schnyder/Jean Nicolas Druet*, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. A., Zürich 2000, § 16 N 32.

<sup>8</sup> Dazu *Schmidlin* (Fn. 4) N 52 zu Art. 23/24 OR; *Christoph Heiz*, Grundlagenirrtum, Diss. Zürich 1984, 37 f. mit dem zutreffenden Hinweis, dass die allgemeine Umschreibung des bestimmten Sachverhalts kaum inhaltliche Rückschlüsse zulasse.

<sup>9</sup> BGE 118 II 297, 300 E. 2b; BGE 109 II 105, 111 E. 4b/aa.

<sup>10</sup> *Gauch/Schluep/Schmid/Rey* (Fn. 1) N 778 ff.

<sup>11</sup> Bejahend: *Schwenzer* (Fn. 3) N 23 zu Art. 24 OR; *Schmidlin* (Fn. 4) N 75 ff. zu Art. 23/24 OR. Ablehnend: *Gauch/Schluep/Schmid/Rey* (Fn. 1) N 781 und N 786; *Guhl/Koller/Schnyder/Druet* (Fn. 7) § 16 N 11; *Alfred Koller*, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, 2. A., Bern 2006, § 14 N 49; *Claire Huguenin*, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2. A., Zürich 2006, N 485 f.; Überblick über die ältere Lehre ferner bei *Gilbert Kolly*, Der Grundlagenirrtum nach Art. 24 OR: Rechtsprechung des Bundesgerichts, Diss. Fribourg 1978, 76 ff.

<sup>12</sup> BGE 132 III 737, 741 E. 1.3; BGE 130 III 49, 52 E. 1.2; besonders deutlich BGE 4C.37/2004 E. 3.2 («Ein Grundlagenirrtum darf nur angenommen werden, wenn der Vertragspartner bei gebührender Sorgfalt hätte erkennen müssen, welche Bedeutung der entsprechende Sachverhalt für den Irrenden hatte.»); demgegenüber noch ausdrücklich offengelassen in BGE 114 II 131, 139 f. E. 2a.

<sup>13</sup> *Ingeborg Schwenzer*, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 4. A., Bern 2006, N 37.26; ähnlich *Schmidlin* (Fn. 4) N 68 zu Art. 23/24 OR.

<sup>14</sup> Besonders prägnant *Schmidlin* (Fn. 4) N 74 zu Art. 24 OR («Irrige Motive gehören nicht schon deshalb zur Geschäftsgrundlage, weil sie dem Partner mitgeteilt wurden.»); *Eugen Bucher*, Schweizerisches Obligationenrecht, 2. A., Zürich 1988, 206; *Andreas von Tuhr/Hans Peter*, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, 3. A., Zürich 1979, S. 313; *Kurt Klausberger*, Die Willensmängel im schweizerischen Vertragsrecht, Diss. Zürich 1989, 65; *Kolly* (Fn. 11) 44.

<sup>15</sup> *Silvia Hunziker/Hans Caspar von der Crone*, Irrtum beim Vergleich, in: SZW 76 (2004) 347.

<sup>16</sup> *Gauch/Schluep/Schmid/Rey* (Fn. 1), N 783; *Guhl/Koller/Schnyder/Druet* (Fn. 7) § 16 N 9.

<sup>17</sup> *Hunziker/von der Crone* (Fn. 15) 346.

wesentlich».<sup>18</sup> Gemäss *Koller* vermag dagegen in einem analogen Fall der

Irrtum über die mangelnde Funktionsfähigkeit eines in der Schweiz gekauften Faxgerätes im Ausland die objektive Wesentlichkeit nicht zu begründen.<sup>19</sup>

Ein weites Verständnis der objektiven Wesentlichkeit macht eine an Treu und Glauben orientierte Berücksichtigung der Interessen der Gegenpartei erforderlich.<sup>20</sup> Das Kriterium der Erkennbarkeit begrenzt dabei den Kreis der potenziell wesentlichen Tatsachen.<sup>21</sup> Demgegenüber sind nach einem engen Verständnis nur solche Tatsachen objektiv wesentlich, die für den Durchschnittsvertragspartner stets relevant sind, deren Beachtlichkeit also vernünftigerweise nicht infrage gestellt werden kann.<sup>22</sup> In solchen Irrtumsfällen unterstellt die Rechtsprechung zugleich die Erkennbarkeit. Deren Beurteilung basiert nämlich auf der gebührenden, d.h. verkehrüblichen Sorgfalt.<sup>23</sup> Die Erkennbarkeit ergibt sich dabei aus der zentralen Bedeutung, die einem Sachverhalt für den Vertragsinhalt im Allgemeinen zukommt,<sup>24</sup> was exakt dem Beurteilungskriterium der objektiven Wesentlichkeit entspricht. Das Merkmal der Erkennbarkeit weist keinen eigenen, qualifizierenden Gehalt auf, sondern geht in der objektiven Wesentlichkeit auf.<sup>25</sup> Als selbständige Voraussetzung der Irrtumsanfechtung ist es deshalb abzulehnen.

Allerdings kann ein enges Verständnis der objektiven Wesentlichkeit ähnlich unpraktikabel sein, wie die Herleitung eines absoluten Gattungsbegriffs aus der Natur der Sache. Die Parallele ist treffend, weil der Irrtum über Eigenschaften des Vertragsgegenstandes (*error in substantia*) bei der Revision des Obligationenrechts von 1911 im Grundlagenirrtum aufgegangen ist.<sup>26</sup> Objektive Wesentlichkeit müsste also jedenfalls dann vorliegen,

«wenn die irrig vorausgesetzten Eigenschaften der Sache so erheblich sind, dass dieselbe, je nachdem diese Eigenschaften vorhanden sind oder fehlen, im Verkehr zu einer ganz verschiedenen Gattung [...] gerechnet wird» (Art. 19 Ziff. 3 aOR).<sup>27</sup> Diesbezüglich hielt das Bundesgericht im sog. «Hubstapler-Fall» nach eingehender Auseinandersetzung aber gerade fest, ein allgemeiner Begriff der Gattung sei wenig justiziabel, zumal er ganz unterschiedlich eng oder weit gefasst werden könne.<sup>28</sup> Vorzuziehen sei vielmehr ein relativer Gattungsbegriff, der sich nach der konkreten Umschreibung des Vertragsgegenstandes durch die Parteien richte.<sup>29</sup> Auch ein enges Verständnis der objektiven Wesentlichkeit im Irrtumsrecht kommt entsprechend oft nicht ohne Konkretisierung aus. Diese muss – analog zur Umschreibung des Vertragsgegenstandes durch die Parteien – auf der Beziehung des Irrenden zur Gegenpartei aufbauen. Das Merkmal der Erkennbarkeit kann dabei zu einer Erweiterung der objektiven Wesentlichkeit führen.<sup>30</sup> Es erfüllt mithin die Funktion eines Hilfskriteriums zu deren Beurteilung.<sup>31</sup>

### III. Wesentlichkeitskriterien beim Erklärungsirrtum

Den Erklärungsirrtum regeln Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1–3 OR grundsätzlich nach der sog. kasuistischen Methode, auf deren Unzulänglichkeit schon früh hingewiesen wurde: Bereits *Zitelmann* charakterisierte die verschiedenen Irrtumsfälle als «flüchtig und principlos aus der Empirie zusammengerafft», aber «unter einander in keinen logischen Zusammenhang gesetzt», und *Meier-Hayoz* wollte sie endgültig «ins Museum für Altertümer» verbannt se-

<sup>18</sup> *Schwenzer* (Fn. 13) N 37.27.

<sup>19</sup> *Koller* (Fn. 11) § 14 N 41, Beispiel 3.

<sup>20</sup> *Schmidlin* (Fn. 4) N 80 zu Art. 23/24 OR; *Heiz* (Fn. 8) 100.

<sup>21</sup> *Hunziker/von der Crone* (Fn. 15) 346; zur Begrenzungsfunktion ferner *Klausberger* (Fn. 14) 63 f.

<sup>22</sup> *Hunziker/von der Crone* (Fn. 15) 346; Nachweise zu einem solchen Merkmal der «reinen objektiven Wesentlichkeit» bei *Zehnder* (Fn. 6) 239; *Kolly* (Fn. 11) 45, geht von Sachverhalten aus, «die immer objektiv wesentlich sind»; ferner auch *Zehnder* (Fn. 6) 109 f.

<sup>23</sup> Besonders deutlich BGer 4C.37/2004 E. 3.2.

<sup>24</sup> *Schwenzer* (Fn. 3) N 23 zu Art. 24 OR; *Kolly* (Fn. 11) 71 f.; *Heiz* (Fn. 8) 72 f. und 76.

<sup>25</sup> Ebenso *Heiz* (Fn. 8) 103 f.; *Guhl/Koller/Schnyder/Druey* (Fn. 7) § 16 N 11.

<sup>26</sup> *Bucher* (Fn. 14) 207; *von Tuhr/Peter* (Fn. 14) 309.

<sup>27</sup> *Koller* (Fn. 11) § 14 N 38; *Guhl/Koller/Schnyder/Druey* (Fn. 7) § 16 N 13.

<sup>28</sup> BGE 121 III 453, 456 f. E. 4a unter Berufung auf *Heinrich Honsell*, Schweizerisches Obligationenrecht – Besonderer Teil, 3. A., Bern 1995, 99.

<sup>29</sup> BGE 121 III 453, 456 E. 4a m.w.H. auf Lehre und Rechtsprechung.

<sup>30</sup> *Hunziker/von der Crone* (Fn. 15) 346; ähnlich *Zehnder* (Fn. 6) 241.

<sup>31</sup> So auch *Zehnder* (Fn. 6) 119 und 133 f.; *Heiz* (Fn. 8) 103 f.; der Beizug des Merkmals der Erkennbarkeit ist nichts anderes als Bestandteil der nach Treu und Glauben im Rahmen der objektiven Wesentlichkeit stets gebotenen Berücksichtigung der konkreten Umstände (*Zehnder*, Fn. 6, 116 und 240; *Heiz*, Fn. 8, 71, «Erkennbarkeit des irr-tümlich vorgestellten Sachverhalts aufgrund der Vertragsumstände», ähnlich auch *Schmidlin*, Fn. 4, N 80 und N 513 zu Art. 23/24 OR, der das Erfordernis aber im Übrigen als für den Grundlagenirrtum konstitutiv ansieht, N 76 zu Art. 23/24 OR; auch *Gauch/Schluemp/Schmid/Rey*, Fn. 1, N 786, schliessen nicht aus, im Rahmen von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr – wenn auch mit grösster Zurückhaltung – der Erkennbarkeit Rechnung zu tragen.).

hen.<sup>32</sup> Aufgrund des beispielhaften Charakters der gesetzlichen Aufzählung kann denn auch ein Erklärungsirrtum wesentlich sein, der die Spezifikationen der in Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1–3 OR genannten Fälle nicht aufweist.<sup>33</sup> Verallgemeinernd wird das massgebliche Kriterium für die Wesentlichkeit des Erklärungsirrtums in der unter subjektiven und objektiven Gesichtspunkten zu würdigenden Diskrepanz zwischen dem tatsächlichen Willen und der ausgelegten Erklärung bzw. einer gewissen ökonomischen oder auch bloss sozialen Erheblichkeit gesehen.<sup>34</sup>

#### IV. Wertungsparallelität zwischen Erklärungs- und Motivirrtum

##### A. Keine Eignung der typologischen Unterscheidung als Wertungskriterium

Bereits von *Tuhr* wies darauf hin, dass der typologischen Unterscheidung zwischen Erklärungs- und Motivirrtum keine tauglichen Anhaltspunkte entnommen werden könnten, weil «keine Brücke von der Erkenntnis der psychologischen Natur eines Irrtumsfalles zu der Frage der rechtlichen Erheblichkeit» führe.<sup>35</sup> Entsprechend bestreitet die neuere Lehre im Grundsatz nicht, dass Erklärungs- und Motivirrtum trotz ihrer strukturellen Unterschiede einheitlichen Wertungskriterien zu unterwerfen sind.<sup>36</sup> Bereits die systematische Stellung von Art. 23 OR legt ein einheitliches Wesentlichkeitskriterium für alle Irrtumsarten nahe.<sup>37</sup> Die Annahme eines bewusst wertenden gesetzgeberischen Entscheids zugunsten der Wesentlichkeit des Erklärungsirrtums und der Unwesentlichkeit des Motivirrtums schimmert nur noch vereinzelt – und mit Vorbehalten – durch.<sup>38</sup>

##### B. Verallgemeinerung der Wertungskriterien des Grundlagenirrtums?

Ein Teil der Lehre befürwortet mehr oder weniger deutlich die Verallgemeinerung der für den Grundlagenirrtum vorgesehenen Wertungskriterien und deren analoge Übertragung auf den Erklärungsirrtum.<sup>39</sup> Die Bedeutung des Merkmals der Erkennbarkeit wird beim Grundlagenirrtum damit begründet, dass die Gegenpartei von einem nicht gerechtfertigten, weil für sie überraschenden Geschäftsrisiko entlastet werden müsse.<sup>40</sup> Unter diesem Gesichtspunkt müssten die Befürworter des Kriteriums – wollten sie mit dem Streben nach Wertungsparallelität Ernst machen – die Möglichkeit eines beachtlichen Erklärungsirrtums allerdings gänzlich negieren, weil dieser die Gegenpartei stets überraschend trifft.<sup>41</sup> Die Erkennbarkeit der Bedeutung, die der Irrrende dem vorgestellten Umstand beimisst, lässt sich überhaupt nicht auf den Erklärungsirrtum übertragen, weil dort nicht über bestimmte Umstände in der Willensbildung geirrt

<sup>32</sup> *Ernst Zitelmann*, Irrtum und Rechtsgeschäft, Leipzig 1879, 461; *Meier-Hayoz* (Fn. 5) 179 f. und 219.

<sup>33</sup> *Zehnder* (Fn. 6) 186; *Guhl/Koller/Schnyder/Druey* (Fn. 7) § 16 N 4; *Bucher* (Fn. 14) 197; allerdings wird relativierend darauf hingewiesen, dass kaum ein Fall denkbar sei, der nicht den gesetzlich erfassten Fällen zugeordnet werden kann (*Schwenzer*, Fn. 3, N 1 zu Art. 24 OR).

<sup>34</sup> *Gauch/Schluemp/Schmid/Rey* (Fn. 1) N 825 ff.; *Koller* (Fn. 11) § 14 N 114; *Klausberger* (Fn. 14) 154.

<sup>35</sup> *Andreas von Tuhr*, Über die Mängel des Vertragsabschlusses nach schweizerischem Obligationenrecht, in: ZSR NF 15 (1896) 300 f.; illustrativ auch *August Simonius*, Wandlung der Irrtumslehre in Theorie und Praxis, in: Festgabe zum siebzigsten Geburtstage von *Fritz Goetzinger*, Basel 1935, 251 ff.

<sup>36</sup> So besonders deutlich *Schmidlin* (Fn. 4) N 94, N 96 ff. und N 430 zu Art. 23/24 OR; ferner *Schwenzer* (Fn. 3) N 4 zu Art. 23 OR; *Huguenin* (Fn. 11) N 460.

<sup>37</sup> *Schmidlin* (Fn. 4) N 96 zu Art. 23/24 OR.

<sup>38</sup> *Koller* (Fn. 11) § 14 N 110 («Zuzugeben ist allerdings, dass nicht unbedingt einsichtig ist, weshalb der Erklärungsirrtum «in quantitate» erheblich ist, der Motivirrtum «in quantitate» nicht. Diese sachliche Unebenheit beruht jedoch auf gesetzgeberischer Entscheidung und ist notgedrungen hinzunehmen.»); ebenso *Klausberger* (Fn. 14) 50 und 152 («Dies ist der eindeutige und unmissverständliche Wille des Gesetzgebers; auch die grosszügigste zeitgenössische Gesetzesauslegung muss zu diesem Schluss gelangen.»), der allerdings an anderer Stelle (49) festhält: «Wenn überhaupt die aus der Beobachtung der Seinswelt gewonnenen Resultate zu einem Wertungsentscheid beitragen können, so ist es sicher nicht die Tatsache, dass Störungen auf verschiedenen psychologischen Entwicklungsstufen der Willenserklärung auftreten können.»; ferner *Bucher*, Fn. 14, 195 («Angesichts des klaren gesetzgeberischen Willens sind alle Auffassungen abzulehnen, welche die Regelung des Erklärungsirrtums [...] nach dem Vertrauensprinzip auslegen und den Anwendungsbereich dieser Anfechtungstatbestände minimalisieren, wenn nicht ausschliessen wollen.»), der allerdings ebenfalls relativierend festhält (197 Fn. 12), «dass bei Erklärungsirrtum wie Grundlagenirrtum ähnliche subjektive und objektive Gesichtspunkte eine Rolle spielen.»

<sup>39</sup> *Guhl/Koller/Schnyder/Druey* (Fn. 7) § 16 N 34; *Zehnder* (Fn. 6) 197; *Ernst A. Kramer*, Grundfragen der vertraglichen Einigung, München/Salzburg 1972, 115 f.

<sup>40</sup> *Schwenzer* (Fn. 13) N 37.27; *Schmidlin* (Fn. 4) N 78 zu Art. 23/24 OR; BGer. 4C.37/2004 E. 3.2.

<sup>41</sup> Entsprechende Ansätze finden sich in der älteren schweizerischen Lehre (*Bruno von Büren*, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Zürich 1964, 237, «Der Irrtum ist den Willensmängeln beizuzählen, aber er ist in keiner Form ein wesentlicher.»; *Simonius*, Fn. 35, 240 und 252). In der neueren Lehre wird die potenzielle Wesentlichkeit des Erklärungsirrtums – soweit ersichtlich – jedoch nicht mehr infrage gestellt.

wird. Die Erkennbarkeit des Irrtums selbst beseitigt in Fällen des Erklärungsirrtums bereits den (normativen) Konsens.<sup>42</sup> Der Gedanke der Wertungs-

parallelität zwischen Erklärungs- und Motivirrtum untermauert somit vielmehr den Schluss, dass der Erkennbarkeit auch beim Grundlagenirrtum keine selbständige Bedeutung zukommt. Damit wird der gesetzlichen Konzeption des Irrtums als eines einseitigen Willensmangels Nachachtung verschafft.<sup>43</sup>

Zwar beinhalten auch die Wesentlichkeitskriterien des Erklärungsirrtums wertende Elemente.<sup>44</sup> Für den *error in quantitate* liegt ein solches im Erfordernis der Erheblichkeit (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 3 OR). Der *error in persona* ist nur beachtlich, wenn der Vertrag gerade mit Rücksicht auf eine bestimmte Person abgeschlossen wurde (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 2 OR). Schliesslich kommt dem Richter auch beim *error in negotio* und beim *error in corpore* im Einzelfall ein wertendes Ermessen in der Frage zu, ob der Vertrag oder Gegenstand i.S.v. Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1 oder 2 OR ein «anderer» ist.<sup>45</sup> Weil dabei aber einzig auf die erforderliche Diskrepanz zwischen dem tatsächlichen Willen und der ausgelegten Erklärung des Irrenden abgestellt wird, bleibt das berechnete und schutzwürdige Vertrauen des Erklärungsempfängers im Rahmen des Wertungsentscheides irrelevant.<sup>46</sup>

## V. Irrtum über den Wert und einseitiger Kalkulationsirrtum

Ein Irrtum über den Wert des Vertragsgegenstandes stellt ebenso wie ein einseitiger Kalkulationsirrtum einen Motivirrtum dar.<sup>47</sup> Objektive Wesentlichkeit erkennt die überwiegende Lehre solchen Irrtümern – wenn überhaupt – nur mit grösster Zurückhaltung zu,<sup>48</sup> wogegen ein vergleichbarer Erklärungsirrtum nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 3 OR tendenziell weiter gehende Berücksichtigung findet.<sup>49</sup> Diese Haltung mag ihren Grund darin haben, dass Motivirrtümer – anders als Erklärungsirrtümer – einen spekulativen Einschlag haben können.<sup>50</sup> Keine Irrtumsanfechtung steht etwa einem Antiquitätenhändler zu, der den Wert eines Gegenstandes beim Ankauf falsch einschätzt und deshalb eine geringere als die erhoffte Gewinnmarge erzielt. Begründet wird die Ablehnung weiter damit, dass der Wert des Vertragsgegenstandes ein Ergebnis individueller Präferenzen, mithin notwendigerweise ein rein subjektives Element ist.<sup>51</sup> Einen Vertrag kann demnach nicht anfechten, wer in einem Anflug von Sammelfieber eine seltene Briefmarke zu einem Höchstpreis kauft. Diesbezüglich irrt der Käufer aber eigentlich gerade nicht.

Weder ein spekulatives Element noch ein Ausdruck persönlicher Wertschätzung liegt demgegenüber vor, wenn ein Motivirrtum Auswirkungen auf das Leistungsgleichgewicht zeitigt, der – ähnlich einem Irrtum über den Erklärungsakt<sup>52</sup> – auf einer Art Abirrung beruht. Dies trifft regelmässig beim internen Kalkulationsirrtum zu: Beispielsweise wenn einem Unternehmer bei den Vorarbeiten zur Offerte ein Schreibfehler unterläuft, und diese entsprechend zu tief, aber ohne Irrtum in der Erklärung unterbreitet wird.<sup>53</sup> Ein vergleichbarer Wertirrtum liegt etwa vor, wenn sich eine Kauf-

<sup>42</sup> *Simonius* (Fn. 35) 263; *Kramer* (Fn. 39) 107.

<sup>43</sup> So auch die Forderung von *Klausberger* (Fn. 14) 66.

<sup>44</sup> *Eva Maria Belser*, Freiheit und Gerechtigkeit im Vertragsrecht, Diss. Fribourg 2000, 319.

<sup>45</sup> *Zehnder* (Fn. 6) 201; *Schwenzer* (Fn. 13) N 37.13 f.; *Belser* (Fn. 44) 310; *Hugo Oser/Wilhelm Schönenberger*, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. VI/1, 2. A., Zürich 1929, N 7 zu Art. 24 OR m.w.H.; a.M. *Klausberger* (Fn. 14) 154, mit dem ausdrücklichen Hinweis, dass die Diskrepanz bei den in Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 OR genannten Irrtümern nicht variieren könne; wohl auch *Schmidlin* (Fn. 4) N 32 und N 401 zu Art. 23/24 OR.

<sup>46</sup> Ähnlich auch *Klausberger* (Fn. 14) 151 f.

<sup>47</sup> *Schwenzer* (Fn. 3) N 15 und N 31 zu Art. 24 OR; *Klausberger* (Fn. 14), 135 f.

<sup>48</sup> Für den Irrtum über den Wert des Vertragsgegenstandes: *Bucher* (Fn. 14) 201 und 205; *Koller* (Fn. 11), 14 N 46; *Schwenzer* (Fn. 13) N 37.21 und 37.37; *Huguenin* (Fn. 11) N 470; *Hans Caspar von der Crone*, Rahmenverträge, Zürich 1993, 148; *Kolly* (Fn. 11) 52; *Klausberger* (Fn. 14) 135 f. Fn. 607; *Theo Mayer-Maly*, Bemerkungen zum Irrtum über den Wert, in: Festschrift zum 65. Geburtstag von Mario M. Pedrazzini, Bern 1990, 352 f.; *Hermann Becker*, Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. VI/1, Bern 1941, N 5 zu Art. 24 OR; tendenziell grosszügiger *Gauch/Schluep/Schmid/Rey* (Fn. 1) N 785; vor allem aber *Belser* (Fn. 44) 318. Für den internen Kalkulationsirrtum: *Oser/Schönenberger* (Fn. 45) N 54 zu Art. 24 OR; *von Tuhr/Peter* (Fn. 14) 306; *Koller* (Fn. 11) § 14 N 74; *Huguenin* (Fn. 11) N 474; *Schmidlin* (Fn. 4) N 537 zu Art. 23/24 OR; *Guhl/Koller/Schnyder/Druey* (Fn. 7) § 16 N 3; *Gauch/Schluep/Schmid/Rey* (Fn. 1) N 842; *Schwenzer* (Fn. 13) N 37.41; *Becker* (Fn. 48) N 34 zu Art. 24 OR; *Kolly* (Fn. 11) 91; tendenziell grosszügiger *Klausberger* (Fn. 14) 135 Fn. 604.

<sup>49</sup> Ähnlich *Ernst A. Kramer*, Der Irrtum beim Vertragsschluss – Eine weltweit rechtsvergleichende Bestandesaufnahme, 87 («Privilegierung des Erklärungsirrtums»).

<sup>50</sup> *Helmuth Brauer*, Der Eigenschaftsirrtum, Hamburg 1941, 18 f. (zitiert nach *Zehnder*, Fn. 6, 37 Fn. 105); zur Unterscheidung zwischen Irrtümern mit spekulativem Einschlag und solchen, die erst die technische Durchführung des Entschlusses betreffen, ferner *von Büren* (Fn. 41) 232 f.

<sup>51</sup> *Mayer-Maly* (Fn. 48) 352 m.w.H.; ähnlich *Zehnder* (Fn. 6) 247.

<sup>52</sup> Dazu *Schmidlin* (Fn. 4) N 30 zu Art. 23/24 OR; *Gauch/Schluep/Schmid/Rey* (Fn. 1) N 815.

<sup>53</sup> Vgl. etwa BGE 102 II 81, 84 f. E. 2 (sog. «Beton-elemente-Fall»; Wesentlichkeit verneint).

preisvereinbarung auf grob fehlerhafte Bilanzen oder Bewertungsgutachten stützt.<sup>54</sup> In solchen Fällen erscheint es wenig einleuchtend, einem Erklärungsirrtum *in quantitate* (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 3 OR) Wesentlichkeit zuzuerkennen, einem Motivirrtum *in quantitate* dagegen nicht.<sup>55</sup> Die Wertungsdiskrepanz lässt sich anhand bundesgerichtlicher Entscheidungsbegründungen verdeutlichen: Im sog. «Betonelemente-Fall» erwartet das Bundesgericht mit Blick auf einen internen Kalkulationsirrtum, «dass der Unternehmer das Angebot mit aller Sorgfalt ausarbeite und sich selbst dann dabei behaften lasse, wenn er nach dem Vertragsschluss Fehler entdeckt». Der Gegenpartei könne nämlich «nicht zugemutet werden, den Unternehmer vor dem Abschluss des Vertrages auf Unterschiede zwischen den erhaltenen Angeboten aufmerksam zu machen und ihm damit ermöglichen, das seine unter Behauptung eines Irrtums zu erhöhen».<sup>56</sup> Diese Analyse der Interessenlage der Gegenpartei besteht allerdings unabhängig davon, ob der Unternehmer einem Motiv- oder einem Erklärungsirrtum unterliegt.<sup>57</sup> Doch vermag sich der Irrende bei einem Erklärungsirrtum – wie der sog. «Opalring-Fall» zeigt – unter Berufung auf Art. 23 Abs. 1 Ziff. 3 OR «von seinen vertraglichen Pflichten loszusagen».<sup>58</sup>

Verschärft werden solche Wertungsdiskrepanzen dadurch, dass manchmal derselbe Sachverhalt sowohl als Erklärungs- wie auch als Motivirrtum gewürdigt werden kann.<sup>59</sup> Besondere Schwierigkeiten bereiten arbeitsteilige Strukturen aufseiten einer Vertragspartei: Bei Vorliegen einer Stellvertretung wird auf die Bewusstseinslage des Vertreters abgestellt, wogegen die Bewusstseinslage eines Boten unbeachtlich ist (Art. 27 OR).<sup>60</sup>

Aber auch unabhängig von dieser – in der Praxis ihrerseits mit Unsicherheiten belasteten – Abgrenzung<sup>61</sup> treten wenig überzeugende Ergebnisse auf: Verschreibt sich ein Verkaufsgestellter bei der Beschriftung der Preisetikette, so liegt ein Erklärungsirrtum vor;<sup>62</sup> verspricht sich der Geschäftsinhaber bei der Mitteilung des Preises an den Angestellten, so liegt ein Motivirrtum vor.<sup>63</sup>

Unter Gesichtspunkten der Wertungsparallelität schiene es vor diesem Hintergrund angemessen, zur Beurteilung der Wesentlichkeit das Kriterium der Erheblichkeit vom Erklärungsirrtum *in quantitate* (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 3 OR) auf vergleichbare Motivirrtümer zu übertragen.<sup>64</sup> Die erforderliche Abweichung wäre ebenfalls anhand einer wertenden Betrachtung aller Umstände – namentlich der branchenüblichen Gewinnspannen – festzustellen.<sup>65</sup> Vereinzelt klingen entsprechende Überlegungen auch in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung an: Ausgangspunkt der Begründung für die Unbeachtlichkeit des internen Kalkulationsirrtums im sog. «Betonelemente-Fall» ist etwa der Hinweis, der Preisunterschied übersteige «das im Baugewerbe vor-

Vertrag eher anfechten dürfen, wenn er sich im Sprechen oder Schreiben versehen hat, [...] als wenn er sich über die Höhe seiner Auslagen geirrt hat?»; ferner *Zehnder* (Fn. 6) 38 ff.

<sup>58</sup> So BGE 105 II 23, 26 E. 2c.

<sup>59</sup> *Bucher* (Fn. 14) 193.

<sup>60</sup> *Roger Zäch*, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI/1/2/2, Bern 1990, N 21 Vorbemerkungen zu Art. 32–40 OR und N 132 zu Art. 32 OR; *Gauch/Schluep/Schmid/Rey* (Fn. 1) N 817 f.

<sup>61</sup> *Zäch* (Fn. 60) N 17 Vorbemerkungen zu Art. 32–40 OR m.w.H.

<sup>62</sup> Sofern man bei Verkaufspersonal in Ladengeschäften generell eine Spezialhandlungsvollmacht i.S.v. Art. 462 OR – also ein Stellvertretungsverhältnis – annimmt (so *Rolf Watter*, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, 4. A., Basel/Genf/München 2007, N 1 zu Art. 462 OR).

<sup>63</sup> *Belser* (Fn. 44) 319; *Gauch/Schluep/Schmid/Rey* (Fn. 1) N 830 f.; ferner *Kramer* (Fn. 49) 37 f. m.H. auf die Sachverhalte von BGE 105 II 23 (sog. «Opalring-Fall»), wo das Bundesgericht nur deshalb von einem Erklärungsirrtum ausging, weil die Vorinstanz nicht festgestellt habe, dass der Angestellte einen neuen Antrag gemacht hätte, nachdem die Preisetikette vom Geschäftsinhaber falsch beschriftet worden war (BGE 105 II 23, 24 E. 1); und im Gegensatz dazu BGE 105 II 16 (sog. «Ätznatron-Fall»); Motivirrtum eines Angestellten, der Chemikalien zu einem zu günstigen Preis zum Verkauf offerierte, nachdem er eine Weisung der Muttergesellschaft, die Chemikalien zum besagten Preis kaufen wollte, falsch verstanden hatte).

<sup>64</sup> Ähnlich *Belser* (Fn. 44) 318; für den internen Kalkulationsirrtum *Becker* (Fn. 48) N 34 zu Art. 24 OR; sowie gestützt auf eine ökonomische Analyse des Irrtumsrechts *Michael Adams*, Irrtümer und Offenbarungspflichten, in: AcP 186 (1986) 487; *von Tuhr/Peter* (Fn. 14) 305 f., gelangen ferner zum gleichen Ergebnis, indem sie Art. 24 Abs. 1 Ziff. 3 OR auch auf Motivirrtümer anwenden.

<sup>65</sup> So mit Bezug auf Art. 24 Abs. 1 Ziff. 3 OR: *Schwenzer* (Fn. 3) N 15 zu Art. 24 OR; *Bucher* (Fn. 14) 201; *Becker* (Fn. 48) N 16 zu Art. 24 OR; a.M. *Zehnder* (Fn. 6) 194, der eine generelle Schranke bei einer Abweichung von über 10 % zieht.

<sup>54</sup> Vgl. etwa BGE 107 II 419, 426 E. 3c (Wesentlichkeit bejaht).

<sup>55</sup> So *Koller* (Fn. 11) § 14 N 110; *Kramer* (Fn. 49) 37 f., gemäss welchem die Differenzierung zwischen Erklärungs- und Motivirrtum zu «schwer verständlichen Ungleichbehandlungen» führt.

<sup>56</sup> BGE 102 II 81, 84 f. E. 2.

<sup>57</sup> Ähnlich – allerdings im Rahmen einer vertrauensrechtlichen Auslegung des Irrtumsrechts – bereits *Simonius* (Fn. 35) 252 («Warum soll, ohne Rücksicht auf das Wissen des Adressaten, derjenige, welcher seine Ware zu 1000 statt zu 1500 anbietet, den

<sup>66</sup> BGE 102 II 81, 84 E. 2; im Grundsatz hatte das Bundesgericht zuvor relativ deutlich bejaht, dass ein interner Kalkulationsirrtum ausnahmsweise einen Grundlagenirrtum darstellen könne: BGE 102 II 81, 82 f. E. 1; ferner BGE 119 II 341, 343 E. 2 (= Pra 83 (1994) Nr. 81); anders noch BGE 71 II 242, 243 f. E. b (= Pra 35 (1946) Nr. 1).

<sup>67</sup> Verneinung der Wesentlichkeit eines Wertirrtums: BGE 110 II 293, 303 E. 5b; BGE 41 II 571, 575 E. 5; BGE 41 II 356, 364 E. 2. Im Ergebnis demgegenüber bejahend: BGE 107 II 419, 426 E. 3c; BGE 97 II 43, 46 E. 2; BGE 79 II 155, 161 f. E. 4b/bb; BGE 43 II 487, 493 f. E. 4.

<sup>68</sup> BGer. 4C.316/2000 E. 2 (Hervorhebung hinzugefügt).

<sup>69</sup> *Hein Kötz*, Europäisches Vertragsrecht, Bd. I, Tübingen 1996, 280; dieser Gedanke klingt auch in BGE 102 II 81, 84 f. E. 2 an.

<sup>70</sup> *Kramer* (Fn. 49) 7; ferner die Nachweise auf 43 ff.; *Kötz* (Fn. 69) 291 ff.; *Belser* (Fn. 44) 299 ff.; *Klausberger* (Fn. 14) 148 Fn. 656 m.w.H.; *Schmidlin* (Fn. 4) N 161 ff. Vorbemerkungen zu Art. 23–27 OR (ferner auch dessen Kritik in N 86 ff. Vorbemerkungen zu Art. 23–27 OR).

<sup>71</sup> Nachweise bei *Kramer* (Fn. 49) 45 und 61 ff.; ferner *Kötz* (Fn. 69) 282 f.; *Belser* (Fn. 44) 325.

<sup>72</sup> *Schmidlin* (Fn. 4) N 166 Vorbemerkungen zu Art. 23–27 OR.

<sup>73</sup> *Kötz* (Fn. 69) 283, will den Umkehrschluss aus Art. 26 OR denn auch «nicht für bare Münze nehmen».

<sup>74</sup> *Zehnder* (Fn. 6) 79, 81 (m.H. auf BGE 79 II 272, 276 E. 5b) und 88; *Heiz* (Fn. 8) 81 f.

<sup>75</sup> *Schmidlin* (Fn. 4) N 445 ff. zu Art. 23/24 OR; *Zehnder* (Fn. 6) 82 f.

<sup>76</sup> Aus der Rechtsprechung: BGE 117 II 218, 224 E. 3b; BGE 41 II 258, 264 E. 4.

<sup>77</sup> Ähnlich *Zehnder* (Fn. 6) 90 f., der auf Abgrenzungsschwierigkeiten hinweist.

<sup>78</sup> *Zehnder* (Fn. 6) 93, gemäss welchem diese Vorgehensweise de facto ungefähr der bundesgerichtlichen Rechtsprechung entspricht.

<sup>79</sup> Ähnlich *Koller* (Fn. 11) § 14 N 37; *Gauch/Schluemp/Schmid/Rey* (Fn. 1) N 787.

<sup>80</sup> *Schmidlin* (Fn. 4) N 26 zu Art. 26 OR; *Koller* (Fn. 11) § 14 N 136.

<sup>81</sup> *Koller* (Fn. 11) § 14 N 140; *Oser/Schönenberger* (Fn. 45) N 15 zu Art. 26 OR.

<sup>82</sup> *Koller* (Fn. 11) § 14 N 139; *Becker* (Fn. 48) N 10 zu Art. 26 OR.

kommende übliche Mass nicht».<sup>66</sup> Sodann hält das Bundesgericht in einem neueren Entscheid hinsichtlich eines Wertirrtums nach zuvor schwankender Praxis<sup>67</sup> fest, «eine *erheblich falsche* Vorstellung über den Wert des Vertragsgegenstandes [könne] einen Grundlagenirrtum im Sinne des Gesetzes darstellen».<sup>68</sup>

## VI. Behandlung des fahrlässig verursachten Irrtums

### A. Tendenz in Richtung eines absoluten Vertrauensschutzes

Bedenken gegenüber der vorgeschlagenen Lösung weckt höchstens ein allgemeines Empfinden, wonach sämtliche Falschbewertungen und Kalkulationsfehler in die Risikosphäre des Irrenden zu weisen seien.<sup>69</sup> Diese Haltung ist Ausfluss einer im Irrtumsrecht rechtsvergleichend festzustellenden Tendenz in Richtung einer materialen Betrachtungsweise, die sich an den der jeweiligen Partei zuzurechnenden Risikosphären orientiert.<sup>70</sup> Einen verschuldeten Irrtum betrachten dabei verschiedene Rechtsordnungen – zumindest bei schwerem Verschulden des Irrenden – als nicht schutzwürdig.<sup>71</sup> *Schmidlin* spricht von absolutem Vertrauensschutz, der eine Abwälzung des Irrtumsrisikos auf die Gegenpartei nur aus besonderen Gründen zulasse.<sup>72</sup>

Vergleichbare Tendenzen sind vereinzelt auch in der schweizerischen Rechtsprechung auszumachen:<sup>73</sup> Weil die subjektive Wesentlichkeit eine innere, psychologische Tatsache betrifft, bereitet die diesbezügliche Beweisführung und Beweiserhebung Schwierigkeiten.<sup>74</sup> Bei der Beurteilung muss deshalb oftmals auf äussere Umstände – namentlich das Verhalten des Irrenden – abgestellt werden.<sup>75</sup> Weil ein

fahrlässig verursachter Irrtum dabei zur Verneinung der subjektiven Wesentlichkeit führen kann,<sup>76</sup> entsteht ein Spannungsverhältnis.<sup>77</sup> Methodisch erscheint es fragwürdig, aus bestimmten – vom Gesetz für die Beurteilung der Angemessenheit einer Rechtsfolge (einseitige Unverbindlichkeit des Vertrages) unbeachtlich erklärten – Umständen auf das Fehlen innerer Tatsachen zu schliessen, die das Gesetz für dieselbe Rechtsfolge zur Voraussetzung erhebt. Gemäss *Zehnder* führen starke Abweichungen von der gebotenen Sorgfalt zur Verneinung der subjektiven Wesentlichkeit, wogegen geringe Abweichungen im Rahmen von Art. 26 OR zu würdigen seien.<sup>78</sup> Der Grundsatz, wonach ein schuldhafter Irrtum das Anfechtungsrecht nicht ausschliesst (Art. 26 Abs. 1 OR e contrario), wird dabei faktisch unterlaufen.

### B. Sachgerechter Interessenausgleich aufgrund der Haftungsfolgen nach Art. 26 OR

Eine systemkonforme Lösung wäre vor dem Hintergrund des im Obligationenrecht verankerten Konzepts eines relativen Vertrauensschutzes jedoch vielmehr konsequent in Art. 26 OR zu suchen.<sup>79</sup> Der Irrende ist gemäss dieser Bestimmung zum Ersatz des negativen Interesses<sup>80</sup> verpflichtet, wenn er den Irrtum seiner eigenen Fahrlässigkeit zuzuschreiben hat (Abs. 1). Wo es der Billigkeit entspricht, kann der Richter stattdessen aber auch auf Ersatz des positiven Interesses<sup>81</sup> erkennen (Abs. 2). Als ein im Rahmen des Ermessensentscheidens zu berücksichtigendes Kriterium betrachtet die Lehre namentlich die Schwere des Verschuldens:<sup>82</sup> Grobe Fahrlässigkeit rechtfertigt im Regelfall eine Haftung nach Art. 26

Abs. 2 OR.<sup>83</sup> Damit wird der unentschuld bare Irrtum faktisch dem unwesentlichen gleichgesetzt.<sup>84</sup> Weil die Vertragsanfechtung für den Irrtenden bei Verpflichtung zum Ersatz des positiven Interesses uninteressant wird,<sup>85</sup> lassen sich gestützt auf Art. 26 Abs. 2 OR ähnliche Ergebnisse erzielen, wie sie die Rechtsprechung durch Verneinung der subjektiven Wesentlichkeit herbeizuführen trachtet. Die Konzeption eines relativen Vertrauensschutzes bliebe dabei gewahrt.

Allerdings hat Art. 26 Abs. 2 OR – soweit ersichtlich – in der Rechtsprechung noch keine Bedeutung erlangt.<sup>86</sup> Sofern sich darin nicht die Abschreckungswirkung potenzieller Haftungsfolgen manifestiert,<sup>87</sup> ist dies bedauerlich. Die Bestimmung wäre nämlich auch geeignet, die aufgezeigten Wertungsdiskrepanzen zwischen Erklärungs- und Motivirrtum zu mildern: Bereits leichte Fahrlässigkeit genügt zur Begründung der Schadenersatzpflicht.<sup>88</sup> Lehre und Rechtsprechung stellen zudem qualifizierte Anforderungen an die Sorgfalt des Irrtenden («gewisse Strenge».)<sup>89</sup> Beim Erklärungsirrtum wird ein Verschulden praktisch immer bejaht.<sup>90</sup> Wenn diesfalls Art. 26 Abs. 2 OR zu einer wirksamen Regulierung des Anfechtungsrechts unter Billigkeitsgesichtspunkten führen würde,<sup>91</sup> stünde auch einer erweiterten Berücksichtigung wertungsmässig vergleichbarer Motivirrtümer nichts entgegen. Diese beruhen – wie etwa ein interner Kalkulationsirrtum – oftmals ebenfalls auf Nachlässigkeit des Irrtenden.

Ein weiterer Vorteil von Art. 26 OR liegt in der Flexibilität der Haftungsfolgen. Nach heute überwiegender Meinung schliesst ein Selbstverschulden des Irrtumsgegners eine Haftung nicht aus, sondern führt zu einer blossen Reduktion der Ersatzpflicht

(Art. 43 f. OR).<sup>92</sup> Sodann erlangt Art. 26 Abs. 2 OR Bedeutung, wo das positive Interesse das negative übersteigt.<sup>93</sup> Zwar können Schadenspositionen des negativen und solche des positiven Interesses nicht nebeneinander zugesprochen werden.<sup>94</sup> Doch erstreckt sich das richterliche Ermessen auch auf den Umfang des Ersatzes.<sup>95</sup> Einem beidseitigen Verschulden der Parteien kann somit auch im Rahmen ausgewiesener Positionen des positiven Interesses (als Maximalgrenze) durch eine angemessene Teilung des «Irrtumsschadens» Rechnung getragen werden.<sup>96</sup> Ein Interessenausgleich drängt sich ferner dann auf, wenn der Ersatz des negativen Interesses der Gegenpartei keine gebührende Entschädigung verschaffen würde.<sup>97</sup> Beispielsweise wenn diese erhebliche Nachteile erlitten hat, die vom negativen Interesse nicht gedeckt sind,<sup>98</sup> oder auch, wo der Beweis des negativen Interesses besondere Schwierigkeiten bereitet.

<sup>83</sup> *Schwenzer* (Fn. 3) N 8 zu Art. 26 OR; *Bucher* (Fn. 14) 218; *von Tuhr/Peter* (Fn. 14) 317; *Alfred Koller*, Der gute und der böse Glaube im allgemeinen Schuldrecht, Fribourg 1985, N 443.

<sup>84</sup> *Oser/Schönenberger* (Fn. 45) N 15 zu Art. 26 OR; *Meier-Hayoz* (Fn. 5) 193.

<sup>85</sup> *Schwenzer* (Fn. 3) N 8 zu Art. 26 OR; *Meier-Hayoz* (Fn. 5) 193.

<sup>86</sup> So auch die Feststellung von *Schwenzer* (Fn. 3) N 8 zu Art. 26 OR.

<sup>87</sup> In diesem Sinne wohl *Meier-Hayoz* (Fn. 5) 193; ferner betrachten *Oser/Schönenberger* (Fn. 45) N 1 zu Art. 26 OR, die Furcht vor den Haftungsfolgen als wirksame Schranke der Irrtumsanfechtung.

<sup>88</sup> *Schmidlin* (Fn. 4) N 9 zu Art. 26 OR; *Gauch/Schluemp/Schmid/Rey* (Fn. 1) N 851.

<sup>89</sup> *Schmidlin* (Fn. 4) N 9, N 15 und N 42 zu Art. 26 OR; *Oser/Schönenberger* (Fn. 45) N 6 zu Art. 26 OR; aus der Rechtsprechung: BGE 113 II 25, 29 E. 2a; BGE 105 II 23, 27 E. 3. Es erfolgt dabei eine Annäherung an das im deutschen Recht (§ 122 BGB) vorgesehene verschuldensunabhängige Veranlassungsprinzip (so insbesondere *Kramer*, Fn. 39, 102 Fn. 56; *Meier-Hayoz*, Fn. 5, 192 f.).

<sup>90</sup> *Schmidlin* (Fn. 4) N 17 und N 42 zu Art. 26 OR; *Koller* (Fn. 11) § 14 N 132; *Oser/Schönenberger* (Fn. 45) N 3 und N 13 zu Art. 26 OR; *von Tuhr/Peter* (Fn. 14) 316.

<sup>91</sup> Als Indiz dafür könnte allenfalls der Umstand gedeutet werden, dass die praktische Bedeutung des Erklärungsirrtums allgemein sehr gering scheint (dazu *Schmidlin*, Fn. 4, N 402 zu Art. 23/24 OR; *Koller*, Fn. 11, § 14 N 18).

<sup>92</sup> Dies trifft entgegen dem Wortlaut von Art. 26 Abs. 1 OR namentlich dann zu, wenn ein Motivirrtum für die Gegenpartei erkennbar war (*Schmidlin*, Fn. 4, N 9 und N 30 zu Art. 26 OR; *Schwenzer*, Fn. 3, N 6 zu Art. 26 OR; *Gauch/Schluemp/Schmid/Rey*, Fn. 1, N 851; *Bucher*, Fn. 14, 218; *Koller*, Fn. 11, § 14 N 134 und N 137). Vom Bundesgericht in BGE 113 II 25, 31 E. 2a offen gelassen (zuvor verneint in BGE 69 II 234, 239 f. E. 3), jedoch mit Blick auf Art. 39 Abs. 2 OR in BGE 116 II 689, 691 ff. E. 3b und c bejaht.

<sup>93</sup> *Koller* (Fn. 83) N 442; diesen – nicht stets vorliegenden – Fall hatte der Gesetzgeber bei der Redaktion von Art. 26 Abs. 2 OR gerade vor Augen (*Koller*, Fn. 11, § 14 N 143).

<sup>94</sup> *Koller* (Fn. 11) § 14 N 142; ferner aus Lehre und Rechtsprechung zu Art. 39 Abs. 2 OR: *Zäch* (Fn. 60) N 60 zu Art. 39 OR; BGE 106 II 131, 132 f. E. 5.

<sup>95</sup> *Oser/Schönenberger* (Fn. 45) N 15 zu Art. 26 OR; zu Art. 39 Abs. 2 OR *Koller* (Fn. 83) N 413; vgl. sodann die in BGE 106 II 131, 133 f. E. 5, festgehaltenen Anforderungen an den Schadensnachweis und die Entscheidungsbegründung («Der Billigkeitsentscheid [...] ist nicht ein Entscheid nach Belieben des Richters.»).

<sup>96</sup> BGE 116 II 689, 694 E. 3c betreffend Art. 39 Abs. 2 OR («Im Rahmen dieses Ermessens aber besteht durchaus Raum, auch beidseitigem Verschulden angemessen Rechnung zu tragen»).

<sup>97</sup> *Schwenzer* (Fn. 3) N 8 zu Art. 26 OR.

<sup>98</sup> *Schmidlin* (Fn. 4) N 33 f. zu Art. 26 OR; *von Tuhr/Peter* (Fn. 14) 317.



## VII. Schlussbetrachtung

Im Grundsatz ist heute anerkannt, dass die typologische Unterscheidung zwischen Erklärungs- und Motivirrtum als Wertungskriterium ungeeignet ist. Doch bereiten die strukturellen Unterschiede zwischen den Irrtumsarten Schwierigkeiten: Beim Grundlagenirrtum (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR) beruht die Kontroverse um das Merkmal der Erkennbarkeit der Bedeutung des vorgestellten Sachverhalts zu weiten Teilen auf einem unterschiedlichen Verständnis der objektiven Wesentlichkeit. Während ein potenziell weiter Kreis objektiv wesentlicher Tatsachen eine an Treu und Glauben orientierte Berücksichtigung der Interessen der Gegenpartei erfordert, geht das Merkmal der Erkennbarkeit bei einem engen Verständnis in der objektiven Wesentlichkeit auf und ist deshalb als selbständige Voraussetzung der Irrtumsanfechtung abzulehnen. Auch ein enges Verständnis der objektiven Wesentlichkeit bedarf jedoch oftmals der Konkretisierung, die notwendigerweise auf den Beziehungen zwischen den Vertragsparteien aufbauen muss. Dabei kann die Erkennbarkeit im Rahmen

der nach Treu und Glauben gebotenen Berücksichtigung der konkreten Umstände als Hilfskriterium herangezogen werden. Beim Erklärungsirrtum (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1–3) bleibt das schutzwürdige Vertrauen der Gegenpartei dagegen unbeachtlich, weil die sog. kasuistische Methode zur Beurteilung der Wesentlichkeit lediglich das Ausmass der Diskrepanz zwischen tatsächlichem Willen und ausgelegter Erklärung würdigt. Eine Übertragung der Wertungskriterien des Grundlagenirrtums auf den Erklärungsirrtum stösst deshalb auf Schwierigkeiten.

Der Gedanke der Wertungsparallelität untermauert vielmehr umgekehrt die gesetzliche Konzeption des Irrtums als eines einseitigen Willensmangels: Namentlich dem internen Kalkulationsirrtum sowie bestimmten Irrtümern über den Wert des Vertragsgegenstandes haftet der «Makel des Motivirrtums» an, weshalb Lehre und Rechtsprechung deren Wesentlichkeit nur mit grösster Zurückhaltung bejahen. Dabei entstehen kaum erklärbare Wertungsdiskrepanzen gegenüber Erklärungsirrtümern *in quantitate* (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 3), die tendenziell weiter gehende Berück-

sichtigung finden. Den Irrrenden trifft in solchen Konstellationen oftmals ein Verschulden. Bei grob verschuldeten Motivirrtümern tendiert die Rechtsprechung in Richtung eines absoluten Vertrauensschutzes, indem sie die subjektive Wesentlichkeit des Irrtums verneint. Ähnliche, mit dem im schweizerischen Irrtumsrecht vorgesehenen Konzept eines relativen Vertrauensschutzes besser vereinbare Ergebnisse liessen sich aber auch auf die gesetzliche Haftungsregelung (Art. 26 OR) stützen. Diese erlaubt, dem Irrtumsgegner nach richterlichem Ermessen auch über das negative Interesse hinausgehenden Schadenersatz zuzusprechen (Art. 26 Abs. 2 OR). Ein vermehrter Rückgriff auf diese Möglichkeit könnte bestehende Wertungsdiskrepanzen mildern. Einer erweiterten Berücksichtigung von Motivirrtümern, die wertungsmässig einem Erklärungsirrtum vergleichbar scheinen, stünde nichts entgegen. Die Flexibilität der Haftungsregelung, welche – namentlich im Falle beidseitigen Verschuldens – einen sachgerechten Interessenausgleich ermöglicht, wäre sogar von besonderem Vorteil.