

Zeitschrift:	Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV
Herausgeber:	Schweizerischer Juristenverein
Band:	16 (1897)
Artikel:	Über die Mängel des Vertragsabschlusses nach schweizerischem Obligationenrecht [Fortsetzung]
Autor:	Tuhr, A. v.
DOI:	https://doi.org/10.5169/seals-896637

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 10.01.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

Ueber die Mängel des Vertragsabschlusses nach schweizerischem Obligationenrecht.

(Fortsetzung.)¹⁾

Von Prof. Dr. A. v. TUHR in BASEL.

§ 8. Error in quantitate.

Art. 19: „Der Irrtum ist insbesondere ein wesentlicher:

4) „Wenn der eine Teil irrtümlich eine Leistung von erheblich grösserem Umfange versprochen hat oder eine Gegenleistung von erheblich geringerem Umfange sich hat versprechen lassen, als es sein Wille war.“

1. Bei der Auslegung dieser Gesetzesstelle müssen wir von derselben Unterscheidung ausgehen, die wir an die Spitze unserer Erörterung über den Qualitätsirrtum (§ 7) gestellt haben: Der Vertragsgegenstand kann generell oder speziell bezeichnet sein; in jedem dieser Fälle hat die Angabe der Quantität eine ganz verschiedene Bedeutung:

a) Ist die Leistung generisch d. h. durch Angabe von Qualität und Quantität bestimmt, so macht jeder Fehler in der Bezeichnung der Quantität die Erklärung zu einer nicht gewollten. Wer aus Versehen (z. B. durch einen Fehler bei der Benützung seiner Schreibmaschine) 100 Zentner Weizen bestellt statt 50, hat mehr gesagt als er wollte, ebenso wie er etwas Nichtgewolltes erklärt hätte, wenn er aus Versehen „Roggen“ statt „Weizen“ geschrieben hätte. Ein Irrtum in der Angabe der Quantität ist bei generischer Verabredung ein Irrtum in der Erklärung.

b) Ist dagegen die zu leistende Sache durch andere Merkmale als Qualität und Quantität bestimmt, z. B. durch Namen,

¹⁾ Vergl. Bd. XV S. 278 ff.

Nummer, Ort und Zeit ihres Befindens, oder ist sie in Gegenwart der Parteien durch Zeigen oder Anfassen bezeichnet, so sind die quantitativen Verhältnisse der Sache (Mass, Gewicht, Zahl) nicht anders zu beurteilen, als ihre übrigen Eigenchaften. Die Angaben oder Vorstellungen der Parteien über Qualität oder Quantität der speziell bezeichneten Sache sind unerheblich für die Frage, was die Parteien gewollt haben, erheblich nur für die Frage, wie dieser Geschäftswille zu stande gekommen ist. Erweist es sich z. B., dass der Käufer sich im Irrtum über den Inhalt des individuell bezeichneten Weinfasses befand, so kann er nicht sagen, er habe dieses Fass nicht kaufen wollen, er kann nur behaupten, dass er es nicht gekauft hätte, wenn er den richtigen Inhalt desselben gekannt hätte. Der Irrtum, auf den sich der Käufer hier beruft, ist Irrtum im Beweggrunde.

2. Welcher von beiden Fällen ist nun in unserer Gesetzesstelle für wesentlich erklärt? Beim Qualitätsirrtum (Art. 19, 3) haben wir konstatiert, dass der Gesetzgeber offenbar den Speziesvertrag im Auge hat, dass man aber den Qualitätsirrtum bei generischem Vertrage in analoger Weise beurteilen müsse. Hier liegen die Dinge gerade umgekehrt: Der Wortlaut des Art. 19, 4 lässt sich ungezwungen nur auf einen Erklärungsirrtum beziehen, wie er bei generisch bestimmtem Vertragsobjekt vorkommen kann: „wenn der eine Teil irrtümlich eine Leistung von erheblich grösserem Umfange versprochen hat, als es (d. h. als zu versprechen) sein Wille war,“ so kann man sprechen, wenn A aus Versehen einen Wechsel von 200 Fr. acceptiert, in dem Glauben es handle sich bloss um 100 Fr. Wenn A dagegen seinen ganzen Weinvorrat en bloc verkauft, so hat er nicht eine bestimmte Anzahl von Litern versprochen oder versprechen wollen, sondern eine durch Ort und Zeit individualisierte Masse: allen Wein, der sich im Moment des Vertragsschlusses in seinem Keller befand. Wenn nun A seinen Vorrat irrtümlich auf 600 Liter geschätzt hat, während derselbe in der That 800 Liter betrug, so kann man doch genau genommen nicht sagen, dass A mehr versprochen hat als er versprechen

wollte: er wollte den ganzen Vorrat verkaufen und hat diesen seinen Willen fehlerlos geäussert. Sein Irrtum hat nicht die Erklärung seines Willens gefälscht, sondern das Zustandekommen seines Willensentschlusses in einer für ihn ungünstigen Weise beeinflusst: er hätte den Willen, seinen Vorrat für diesen Preis zu veräussern, nicht gefasst, wenn er gewusst hätte, dass der Vorrat 800 Liter betrug. Das ist Irrtum im Motiv und nicht die Divergenz zwischen Willen und Erklärung, von welcher Art. 19, 4 handelt.

3. Fragen wir uns nun weiter, in welchen Fällen Quantitätsirrtum in der Erklärung anzunehmen ist, so können wir an das anknüpfen, was in § 5 und 6 über den Erklärungsirrtum in negotio und in corpore ausgeführt ist.

Zunächst ist auszuscheiden der Fall des Dissenses in quantitate. Fehlt es an der Uebereinstimmung der beiden Willensäusserungen in Bezug auf die Quantität, so ist der Vertrag nach Art. 1 nicht zu stande gekommen, ohne dass der eine oder andere Kontrahent sich auf einen möglicherweise dabei vorgekommenen Irrtum zu berufen brauchte.

Sodann ist daran festzuhalten, dass eine Differenz zwischen dem, was A erklären wollte, und dem, was er wirklich erklärt hat, vorliegen muss. Das kann nun aus den verschiedensten Gründen hervorgehen, z. B. A verschreibt sich beim Kopieren seines Briefentwurfes oder bei der Benutzung seiner Schreibmaschine, unterschreibt ungelesen einen Brief, den sein Angestellter falsch kopiert hat, unterzeichnet eine ihm vom Mitkontrahenten oder vom Notar vorgelegte Urkunde, über deren Inhalt er sich eine falsche Vorstellung macht, acceptiert durch einfaches „Ja“ einen ihm zu 150 offerierten Kauf in dem Glauben, dass die Offerte auf 120 lautet. Oder: A kauft für 100 österreichische Gulden, indem er über den Wert des Gulden in Franken im Irrtum ist: auch in diesem Falle hat A mehr, d. h. eine grössere Summe Edelmetall versprochen, als er versprechen wollte. Oder endlich: Der Kaufmann A will für eine Ware 10 fordern und verlangt nur 7, weil er seine Preisbezeichnung auf der Ware falsch liest. Der Fehler kann wie in den angeführten Beispielen

im Momente der Erklärung begangen sein; es ist aber ebenso-wohl möglich, dass der Irrtum von einem früheren Zeitpunkt datiert, als die Erklärung, welche durch ihn zu einer falschen wird, z. B. der Kaufmann A begeht bei der Bezeichnung der Preise auf seinen Waren ein Versehen und verkauft die Sache infolgedessen weit billiger, als er sie verkaufen wollte.

Hat A die Quantität versprochen, resp. sich versprechen lassen, auf welche sein Wille gerichtet war, so kommt nicht in Betracht, dass sein Entschluss durch falsche Vorstellungen über irgendwelche für ihn wichtige Thatsachen erzeugt oder beeinflusst war, z. B. A kauft zum Preise von 100, weil er hofft, der Preis der Ware werde in nächster Zeit steigen, oder er kauft 100 Zentner, weil er glaubt, so viel absetzen zu können, oder er verkauft das Stück zu 10 Fr., weil er nach seiner irrtümlichen Berechnung bei diesem Detailpreis auf seine Anschaffungskosten zu kommen vermeint. In allen diesen Fällen begeht er einen nach Art. 21 unwesentlichen Irrtum im Beweggrund.

4. Die Differenz zwischen der gewollten und der erklärten Quantität muss eine erhebliche sein, und zwar sowohl absolut erhebliche — *minima non curat praetor* — als auch erheblich im Verhältnis zu der Gesamtsumme, um die es sich handelt. Der Irrtum in quantitate darf nur zur Abwendung eines bedeutenden Schadens angerufen werden.

5. Vom *error in quantitate* ist zu unterscheiden der **Rechnungssirrtum**.

Art. 22 bestimmt:

„Blosse Rechnungsfehler hindern die Verbindlichkeit des Vertrages nicht, sind aber zu berichtigen.“

Dieser Artikel findet meines Erachtens nur dann Anwendung, wenn sich der Konsens der Parteien auf die Elemente der Rechnung bezieht, so z. B. wenn 12 Meter Stoff à 12 Fr. verkauft werden. Wird die Gesamtsumme des Kaufpreises von den Parteien falsch berechnet, auf 140 oder 150 statt auf 144, so kann dadurch die auf 12×12 gestellte Verabredung natürlich nicht geändert werden. Zahlt A infolge der falschen Multiplikation zu wenig, so hat er nachzu-

zahlen, zahlt er zu viel, so kann er den Ueberschuss zurückfordern.¹⁾

Wenn dagegen der Verkäufer die Rechnung für sich selbst macht und für die 12 Meter Stoff einen Gesamtpreis von 140 Fr. fordert, so ist das kein Rechnungsfehler im Sinne des Art. 22, sondern ein Irrtum im Beweggrund (Art. 21). Wenn ein Rechnungsfehler zu Ungunsten des Verkäufers vorzuliegen scheint, ist noch zu untersuchen, ob man es nicht in der That mit einem stillschweigend bewilligten Rabatt zu thun hat. Den Beweis dafür hat natürlich der Käufer zu leisten.²⁾

6. Wir kehren noch einmal zum Quantitätsirrtum bei speziellem Vertragsgegenstand zurück. Wir haben konstatiert, dass falsche Vorstellungen über die Quantität in diesem Falle als Irrtum im Beweggrund aufzufassen sind. Sollen wir nun daraus den Schluss ziehen, dass ein solcher Irrtum nach Vorschrift des Art. 21 für unwesentlich gelten soll? während doch der Gesetzgeber den Qualitätsirrtum bei einer Spezies, der theoretisch betrachtet auch nichts anderes ist als Irrtum im Motiv, unter gewissen Umständen für wesentlich

¹⁾ Ebenso verhält es sich, wenn der Kaufpreis nach Mass, Zahl, Gewicht der Kaufsache verabredet ist (emptio ad mensuram), und der Fehler nicht in der Multiplikation steckt, sondern in der falschen Konstatierung von Mass, Zahl oder Gewicht, z. B. ein Ochs wird verkauft zu 1 Fr. das Kilo. Durch einen Fehler der Wage wird das Gewicht zu 200 Kilo bestimmt, während es in der That 220 beträgt. Hier ist der Vertrag gültig, und der Käufer hat 20 Fr. nachzuzahlen.

²⁾ Gleichzeitig mit einem Rechnungsfehler kann im selben Thatbestande auch ein wesentlicher error in quantitate vorliegen, z. B.: A kauft ein Silberservice, und der Preis wird nach dem Gewicht zu 200 Fr. pro Kilo angesetzt. Es wird ein Gewicht von 10 Kilo konstatiert. Ist dabei ein Fehler vorgekommen und wiegt die Sache 11 Kilo, so ist der Fehler nach Art. 22 zu korrigieren und der Preis beträgt 2200 Fr. Ist die Abweichung eine erhebliche, stellt sich der richtig berechnete Preis auf 2600 oder 2800 Fr., statt auf 2000, so kann der Käufer sich auf Art. 19 Abs. 4 berufen: er hat mehr versprochen, als er versprechen wollte, er hätte eine so teuere Sache überhaupt nicht gekauft. Das Resultat ist also: will A die Sache behalten, so muss er den richtigen Preis (2800 Fr.) zahlen, will er diesen Preis nicht zahlen, so ist der Vertrag am Irrtum gescheitert.

erklärt (Art. 19, 3). Ich glaube nicht! Die Fassung des ganzen Gesetzes ist zu wenig präzis, als dass man dem Gesetzgeber eine scharfe Scheidung des Quantitätsirrtums bei generischen und spezifischen Verträgen imputieren könnte. Beim Qualitätsirrtum (Art. 19, 3) spricht das Gesetz nur von Verträgen über eine Spezies, nichtsdestoweniger scheint es geboten, den Qualitätsirrtum bei generischen Leistungen analog zu behandeln (vgl. Bd. XV S. 318). Hier liegt der Fall umgekehrt: Das Gesetz hat den Erklärungssirrtum in quantitate im Auge, wie er nur bei Vertrag über generische Leistungen vorkommt; der Gesetzgeber denkt dabei an den wichtigsten Fall, die falsche Angabe einer Geldsumme, aber wir sind meines Erachtens berechtigt, über den Wortlaut des Art. 19, 4 hinaus auch den Qualitätsirrtum bei spezifischem Vertrage in analoger Weise zu beurteilen. Denn die Regeln des O. R. sind nicht limitativ zu verstehen, sondern sollen dem Richter nur Anhaltspunkte für eine vernünftige Entscheidung zur Verfügung stellen (vgl. Bd. XV S. 302). Wollte man aber den Qualitätsirrtum bei Speziesobligationen für unwesentlich erklären, so würde man damit in vielen Fällen einen vom Gesetz gewiss nicht beabsichtigten rigor iuris herstellen. Vor allem wäre dem Verkäufer, der sich über die quantitativen Verhältnisse der Sache zu seinen Ungunsten geirrt hat, nicht zu helfen, wenn man ihm nicht gestatten wollte, sich auf die Analogie von Art. 19, 4 zu berufen. Aber auch für den Käufer ist Art. 19, 4 oft ein unentbehrliches Schutzmittel. Hat sich der Käufer vorsichtigerweise eine Zusage über Mass, Gewicht etc. der Sache machen lassen, so werden ihm meist die Rechtsmittel des Art. 243 ff. genügen, allein es kann vorkommen, dass beim Vertragsabschluss eine gewisse Quantität der Sache von beiden Parteien „vorausgesetzt“ wird, ohne angegeben zu werden, oder dass eine Aussage des Verkäufers über die Quantität vorliegt, welche man nicht als verbindliche Zusage im Sinne von Art. 243 auffassen kann. In solchen Fällen erfordert es die Billigkeit, wenn der Quantitätsunterschied ein erheblicher ist, die Hilfe des Art. 19, 4 nicht zu versagen.

Ein interessanter Fall dieser Art hat neuerdings dem Appellationsgericht Basel vorgelegen. Es war ein Grundstück für einen Gesamtpreis verkauft worden. Im Kaufbrief war, in Uebereinstimmung mit dem Grundbuch, ein Areal von 197 Ar angegeben, während dasselbe tatsächlich nur 169 Ar betrug. Der Käufer klagte auf Preisminderung nach Art. 249 und bekam in beiden Instanzen recht. Ich halte diese Entscheidungen für unrichtig, denn ich glaube, dass die Angabe des Areals im Kaufbrief nicht als Zusage des Verkäufers aufgefasst werden darf. Meine Gründe sind: a) das Areal wird vom Notar ohne Zuthun des Verkäufers in den Kaufbrief aufgenommen als Bestandteil der vollständigen Beschreibung des Grundstückes; b) die Ausmessung des Grundstückes geschieht bei uns nicht, wie in Rom, durch einen privaten Vertrauensmann des Verkäufers (agrimensor), für den der Verkäufer im römischen Recht natürlich einzustehen hatte,¹⁾ sondern durch einen vom Staat angestellten Geometer, den der Verkäufer zu kontrollieren weder die Veranlassung noch die Möglichkeit hat; c) wenn endlich der Käufer sich auf das im Kaufbrief angegebene Areal verlässt, so hat er damit, in den Verhältnissen unseres Immobilienverkehrs, nicht dem Verkäufer ein persönliches Vertrauen erwiesen, sondern er hat sich für die Richtigkeit des Grundbuchs auf die Grundbuchverwaltung und für die Richtigkeit der Abschrift im Kaufbrief auf den Notar verlassen. Aus diesen Gründen halte ich, wie gesagt, die Angabe des Areals im Kaufbrief nicht für eine Zusage des Verkäufers.²⁾ Dem

¹⁾ Vgl. Windscheid, Pandekten § 389, Note 13.

²⁾ Der deutsche Entwurf bestimmt in § 462 der Reichstagsvorlage: „Sichert der Verkäufer eines Grundstücks dem Käufer eine bestimmte Grösse des Grundstücks zu, so haftet er für die Grösse wie für eine zugesicherte Eigenschaft.“ Durch diese Bestimmung wird unsere Frage nicht gelöst. Denn § 462 sagt nur, was zu geschehen habe, wenn das Areal als zugesichert anzusehen sei, vgl. die Motive (Bd. II, S. 233) zu dem fast gleichlautenden § 388 der ersten Lesung: „Die wichtige Frage, ob in der Angabe des Flächeninhaltes eine Zusicherung zu finden, bleibt am besten dem Richter zur Entscheidung im einzelnen Falle überlassen . . . Die Angabe des Flächeninhaltes hat nach den Gewohnheiten verschiedener Gegenden

Käufer stehen daher nicht die Rechtsbehelfe des Art. 249 zu Gebote, wohl aber kann er sich bei erheblicher Unrichtigkeit in der Arealangabe auf Art. 19, 4 berufen und Unverbindlichkeit des Kaufes behaupten.

7. Error in quantitate wird häufig angerufen zur Anfechtung eines Vergleiches. X verzichtet gegen eine Abfindung von 100 Fr. auf alle Ansprüche aus einem bestimmten Rechtsverhältnis zu Z. Nachträglich stellt sich heraus, dass die Ansprüche des X grösser waren, als er glaubte. Ist die Berufung auf Art. 19 Abs. 4 zulässig? Es ist zu unterscheiden:

a) Irrtum in der Erklärung ist wesentlich. X hat nur an die Ansprüche $a + b + c$ aus seinem Vertrage mit Z gedacht, als er den Vergleich abschloss, und den Anspruch d nicht beachtet, weil er nicht wusste, dass dieser Anspruch ihm zusteht oder weil er ihn für erloschen hielt. In diesem Falle hat X in der That mehr gesagt, als er wollte. „Alle Ansprüche“ bedeutete für ihn $a + b + c$ und nichts weiter (vgl. Bd. XV S. 296).¹⁾

b) Anders ist zu entscheiden, wenn sich X richtig ausgedrückt hat, und sein Irrtum darin bestand, dass er den Umfang der Ansprüche, die er aufgab, falsch schätzte oder, was praktisch auf dasselbe herauskommt, über die Beweisbarkeit seiner Ansprüche im Irrtum war. Dann liegt ein Irrtum im Motiv vor (X verzichtet auf seinen Anspruch a, weil er

verschiedene Bedeutung, in welcher Beziehung der herkömmliche oder mitunter auch der Ordnung halber vorgeschriebene Verkauf auf Grund von Katasterauszügen oder unter katastermässiger Bezeichnung zu würdigen ist.“

¹⁾ In diesem Sinne lässt sich die Zürcher Entscheidung, Revue VIII, Nr. 68, rechtfertigen: Ein Lumpensammler wurde beim Betreten eines Hauses vom Hunde angefallen und in die Hand gebissen. Er wurde vom Hausherrn mit 15 Fr. abgefunden. Die Folge des Bisses war eine dauernde Beeinträchtigung im Gebrauche der Hand. Bei der Geringfügigkeit der Abfindung kann man getrost annehmen, dass der Gebissene nur die unmittelbaren Folgen der Verletzung im Auge hatte und eine dauernde Verminderung seiner Arbeitsfähigkeit für ausgeschlossen hielt. Sollte er also auch auf „alle Ansprüche“ verzichtet haben, so hätte er damit mehr gesagt, als er sagen wollte.

den Wert desselben auf 100 Fr. schätzt), und gerade hier scheint mir die Berücksichtigung eines solchen Irrtums ausgeschlossen zu sein. Der Zweck des Vergleiches, die causa transactionis steht der Anrufung eines Quantitätsirrtums über den Gegenstand des Vergleiches entgegen: Die Parteien gingen davon aus, dass der Umfang der Ansprüche des X ungewiss sei, und X hat diese Ansprüche — so gross sie auch sein mochten — gegen eine bestimmte Leistung des Z eingetauscht. Er hat damit auf die Anrufung eines eventuellen Irrtums über die Grösse seiner Ansprüche¹⁾ verzichtet, gerade so wie ein Käufer, welcher in Anbetracht der Unsicherheit, die über die wahre Beschaffenheit der Sache besteht, diese für einen niederen Preis gekauft hat, sich nicht auf error in qualitate berufen darf (vgl. Bd. XV S. 317).²⁾

§ 9. Error in persona.

In Bezug auf die Person des Mitkontrahenten können Irrungen jeglicher Art vorkommen:

1. *Dissensus in persona*: X schreibt eine Offerte an Meyer mit richtiger Adresse, der Brief kommt durch Zufall in die Hände von Müller, der die Adresse nicht beachtet und die Offerte annimmt; X liest die Antwort ohne die (unleserliche) Unterschrift „Müller“ zu bemerken. Hier ist ein Vertrag überhaupt nicht abgeschlossen worden, da die Willenserklärungen nicht „gegenseitige“ im Sinne von

¹⁾ Haben sich die Parteien über den ungewissen Umfang der Ansprüche des X verglichen, und erweist es sich später, dass das unstreitige Fundament dieser Ansprüche in der That nicht existiert, so kann Z den Vergleich mit der cond. indebiti anfechten, vgl. Regelsberger, Pandekten S. 626.

²⁾ In diesem Sinne Bundesgericht in Revue VIII, Nr. 53. Eine auf Billigkeit beruhende Ausnahmebestimmung enthält das Bundesgesetz vom 26/IV/87 betreffend Ausdehnung der Haftpflicht in Art. 9: „Verträge, denen zufolge einem Geschädigten oder dessen Rechtsnachfolger eine offenbar unzulängliche Entschädigung zukommt oder zugekommen ist, sind anfechtbar,“ vgl. dazu Revue IX, Nr. 22.

Art. 1 sind: Die Offerte ist an Meyer gerichtet, die Acceptation erfolgt von Seiten Müllers.¹⁾

2. Irrtum in der Erklärung: X will die Offerte an Meyer stellen, giebt aber in der That eine an Müller gerichtete Erklärung ab, indem er seinen Brief in der Zerstreutheit in ein an Müller adressiertes Couvert steckt, oder indem er am Telephon aus Versehen Müllers Nummer angiebt, oder einen Boten mit mündlichem Bericht an Meyer schickt, und der Bote aus Missverständnis zu Müller geht, oder endlich: X redet den Müller an, indem er ihn aus Kurzsichtigkeit für Meyer hieilt, an den er seine Offerte abgeben will.

3. Irrtum im Motiv: X will mit Meyer verhandeln und giebt seine Erklärung auch richtig an die gewünschte Person ab; aber den Willen, mit dieser Person zu kontrahieren, hat er nur deshalb gefasst, weil er ihr irrtümlich Eigenschaften beilegte, die nicht vorhanden sind. Z. B. ich halte meinen Tischnachbar im Hôtel für den bekannten Tenor Meyer und lade ihn gegen Bezahlung zu einer Gesellschaft, ich halte Meyer in der Hauptstrasse für den mir empfohlenen Schneider, oder ich glaube, dass mich Meyer um ein Darlehen angehen will und schicke ihm daher ein Geldgeschenk, während es eigentlich Müller ist, der Geld braucht.

Beide Fälle 2) und 3) werden gleichmässig getroffen von dem allgemein gehaltenen Wortlaut des Art. 20:

„Der Irrtum über die Person des anderen Teiles gilt nur dann als wesentlich, wenn der Vertrag hauptsächlich mit Rücksicht auf die Person abgeschlossen wurde.“

Es soll also nicht auf die psychologische Beschaffenheit des Irrtums ankommen, sondern bloss darauf, ob die Persönlich-

¹⁾ Ein Fall des dissensus in persona liegt der Entscheidung in Revue VII, 99 zu Grunde. Der Käufer richtet seine Offerte, durch Vermittelung eines Agenten, ausdrücklich an die „Union vinicole de la Charente,“ und erhält eine Acceptation von dem Handelshause O. Q. Ein Vertrag ist nicht geschlossen, und zwar genügt hier die Berufung auf Art. 1, das Gericht hätte nicht nötig gehabt Art. 20 und 24 beizuziehen, was sich auch schon daran zeigt, dass die Frage mit Recht gar nicht aufgeworfen wird, ob der Vertrag hauptsächlich mit Rücksicht auf die Person des Käufers abgeschlossen wurde.

keit des Mitkontrahenten für den Irrenden beim Abschluss des Vertrags von massgebender Bedeutung war, oder nicht. Das hat der Richter aus den Umständen des konkreten Falles zu ermitteln. Zu vermuten ist die Rücksicht auf die Person des Mitkontrahenten bei den Verträgen, welche vom Schuldner persönlich zu erfüllen sind, weil es bei der Erfüllung auf seine Persönlichkeit ankommt (Art. 77), so z. B. beim Dienstvertrag und beim Werkvertrag, wenn er besondere Fertigkeiten oder künstlerische oder wissenschaftliche Befähigung voraussetzt, kurz überall, wo man bei vernünftiger Abwägung der Umstände sagen kann: *si duo faciunt idem, non est idem.*¹⁾ Auf der andern Seite giebt es Leistungen, die derart fungibel sind, dass ein Irrtum in der Person des Mitkontrahenten *a priori* als unwesentlich erscheint, so z. B. Kauf von Sachen, bei denen der Käufer mehr Wert auf die äussere Beschaffenheit legt, als auf Zusicherungen oder Vertrauenswürdigkeit des Verkäufers.²⁾

Ausser von der Art des Vertrages hängt die Erheblichkeit des Irrtums auch noch ab von der Verschiedenheit der

¹⁾ Wie ist es, wenn der Bürge sich über die Person des Hauptschuldners irrt? Er glaubt sich für seinen Freund X zu verbürgen, während der Darlehensschein in der That von Z unterzeichnet wird. Hier ist zu unterscheiden: lautet der Bürgschaftsschein „ich verbürge mich für die Schuld des X,“ so ist diese Erklärung wegen des accessorischen Charakters der Bürgschaft wirkungslos, wenn eine Schuld des X gar nicht existiert (vgl. den ähnlichen Fall Bd. XV S. 295, Note 1). Wenn dagegen A einen Schuldschein des Z als Bürge unterzeichnet, indem er die Unterschrift des Z für die des X ansieht, so liegt eine *prima facie* gültige Verbürgung vor, die aber mit dem Makel des Irrtums behaftet ist. Dem A muss geholfen werden, nur kann man darüber zweifeln, ob man diesen Fall unter Art. 20 bringen darf, obwohl dieser Artikel von dem Irrtum „über die Person des anderen Teiles“ spricht, und der Hauptschuldner beim Bürgschaftsvertrag nicht Mitkontrahent ist, oder ob man den Irrtum des A als *error in negotio* (Art. 19. 1) auffassen soll, weil in der That Verbürgung für X ein „anderer Vertrag“ ist als Verbürgung für Z.

²⁾ Unwesentlich ist bei der Geschäftsführung ohne Auftrag der Irrtum des *negotiorum gestor* über die Person des Geschäftsherrn. Habe ich mich eines Geschäftes angenommen, weil ich glaubte, dass es meinen Freund X angeht, so darf ich es nicht unvollendet liegen lassen, wenn ich erfahre, dass es ein Geschäft des Z ist.

beiden in Frage stehenden Personen, resp. von der Wichtigkeit der Eigenschaften, auf die sich der Irrtum bezieht. Sind Meyer, an den ich meine Offerte richten will, und Müller, an den ich die Offerte aus Versehen sende, Kaufleute von derselben Klasse, so wird mein Irrtum keine Beachtung finden, ist dagegen der eine ein grosser Geschäftsmann, der andere ein Krämer, so werde ich eher darauf rechnen dürfen, dass mir die Berufung auf meine Personenverwechslung gestattet wird.

Ebenso wird der Richter zu ermessen haben, ob die Eigenschaften und Umstände, die X in der Person seines Mitkontrahenten voraussetzte, erheblich genug sind, damit ihr Fehlen einen „Irrtum über die Person“ begründen könne.

Wenn bisweilen im Anschluss an gemeinrechtliche Autoren behauptet wird,¹⁾ der error in persona sei ausschliesslich Irrtum über die „Identität der Person“ und nie Irrtum über Eigenschaften der Person, so ist dieser Unterschied im Gesetz nicht zu finden (während in Art. 19, 2 und 19, 3 Identität und Eigenschaften der Sache einander scharf entgegengesetzt werden, vgl. Bd. XV S. 312), ja es lässt sich sogar ein Argument gegen diese Ansicht aus Art. 21 entnehmen. „Unwesentlich ist insbesondere,“ bestimmt dieser Artikel, „der Irrtum über die Zahlungsfähigkeit des anderen Teiles.“ Wenn es nun der Gesetzgeber für nötig hält, den Irrtum über eine Eigenschaft des Mitkontrahenten für unwesentlich zu erklären — und das aus gutem Grunde, denn sonst würden bei ausbrechendem Konkurs die jüngsten, unvorsichtigeren Gläubiger auf Kosten der älteren Gläubiger, welche bei gutem Stande des Vermögens Kredit gewährt haben, begünstigt sein,²⁾ — so kann man daraus meines Erachtens den Schluss ziehen, dass im vorhergehenden Art. 20

¹⁾ Bundesgericht in Revue X, 52.

²⁾ Ausnahmsweise ist der Irrtum über die Solvenz des Mitkontrahenten wesentlich, wenn seine Insolvenz zum Konkurs oder zur Zahlungseinstellung geführt hat, beim pactum de mutuo dando nach Art. 332, Abs. 2 und bei der Uebernahme von Sachen unter einer Verpflichtung, durch welche in der Regel das Retentionsrecht ausgeschlossen wird. Art. 226, Abs. 2.

nicht schon der Irrtum über jegliche Eigenschaften des anderen Teiles allgemein für unbeachtlich erklärt worden ist. Allerdings begründet nicht jeder Irrtum über Eigenschaften der Person die Unverbindlichkeit des Vertrages nach Art. 20, sowenig wie jeder *error in qualitate rei* unter Art. 19, 3 fällt, und namentlich muss sich der Irrtum in der Person auf Umstände beziehen, welche schon im Moment des Vertragsabschlusses vorlagen.

§ 10. Die Ersatzpflicht des Irrenden.

1. Der wesentliche Irrtum braucht nach O. R. kein unverschuldet zu sein (vgl. Bd. XV S. 303): Wer in der leichtsinnigsten Weise irrt, wer z. B. eine Urkunde ungelesen unterschreibt und sich dabei über ihren Inhalt eine falsche Vorstellung macht, ist, wenn er seinen Irrtum nachweisen kann, an den Vertrag nicht gebunden. Dieses Prinzip wäre für die Sicherheit des Verkehrs verderblich, wenn es nicht in seinen Wirkungen gemildert wäre durch die Schadenersatzpflicht, welche Art. 23 aufstellt:

„Hat der Teil, welcher den Vertrag nicht gegen sich gelten lässt, seinen Irrtum der eigenen Fahrlässigkeit zuzuschreiben, so wird er zum Schadenersatz verpflichtet, es sei denn, dass der andere Teil den Irrtum gekannt habe oder hätte kennen sollen.“

In derselben Weise hat der deutsche Entwurf zwischen den Interessen des Irrenden und denen des anderen Kontrahenten vermittelt, nur mit dem Unterschied, dass der Irrende auch abgesehen von jedem Verschulden zum Ersatz verpflichtet ist (Reichstagsvorlage § 118).¹⁾ In diesem Punkte scheint

¹⁾ Der erste Entwurf § 99 hatte zwischen grober und leichter Fahrlässigkeit des Irrenden unterschieden und im ersten Fall die Willenserklärung als gültig behandelt, im zweiten Fall Ungültigkeit mit Ersatzpflicht statuiert. Die Kritik hat diesen Vorschlag mit Recht bekämpft, weil die Grenze zwischen grober und leichter Fahrlässigkeit schwer zu finden ist, vgl. Bekker, Pandekten, Bd. II, S. 65. Vgl. über das Irrtumsrecht des Entwurfes neuestens

mir, wie sich gleich ergeben wird, die vom O. R. angenommene Regelung den Vorzug zu verdienen.

Fahrlässigkeit im Sinne des Art. 23 liegt immer vor, wenn gegen die im geschäftlichen Verkehr erforderliche und übliche Vorsicht verstossen wird. Das wird nun bei den allermeisten Fällen des Erklärungssirrtums zutreffen. Wer sich nicht die Zeit nimmt, seine Worte richtig zu wählen, oder die Worte des Mitkontrahenten richtig zu verstehen, oder wer unterschreibt, ohne genau zu wissen, was die Urkunde enthält, dem wird es schwer fallen, den Vorwurf der Nachlässigkeit von sich abzuweisen. Ebenso wird der Irrtum im Motiv, soweit er überhaupt für wesentlich gilt (error in qualitate, quantitate, persona), oft auf Fahrlässigkeit beruhen. Der Käufer hätte sich z. B., wenn er ein vorsichtiger Mann wäre, von dem Vorhandensein der von ihm vorausgesetzten Eigenschaft oder Quantität der Sache überzeugen können, oder er hätte eine Zusage des Verkäufers über diese Qualität verlangen sollen, worauf dann der Verkäufer diese Zusage entweder gemacht oder abgelehnt und damit den Käufer über seinen Irrtum aufgeklärt hätte. Ebenso wird es bisweilen als unentschuldbarer Leichtsinn erscheinen, wenn jemand eine Sache billig verkauft, ohne zu wissen, dass es sich um eine kostbare Sache handelt.

Indessen giebt es doch auch Fälle, in denen der Irrtum, namentlich der wesentliche Irrtum im Beweggrund, voll entschuldbar ist: Der Käufer darf sich unter Umständen auf eine Aussage verlassen, die ihm der Verkäufer oder ein Dritter über Eigenschaften der Sache machte. Handelt es sich um ein Dictum des Verkäufers, so wird meist eine Haftung des Verkäufers für seine Zusage nach Art. 243 vorliegen, was jedoch, wie wir Bd. XV S. 319 konstatiert haben, das Rekurrieren auf den wesentlichen Irrtum keineswegs als überflüssig erscheinen lässt. Hat sich der Käufer durch die Aussage eines Dritten täuschen lassen, z. B. durch die Angabe des

Areals im Grundbuch (vgl. oben S. 7), so kann sich der Käufer nur durch Berufung auf seinen Irrtum helfen, und es scheint mir recht und billig zu sein, dass er dies thun darf, ohne sich einer Schadenersatzpflicht auszusetzen. Ebenso kann der Verkäufer, der eine Sache in Unkenntnis ihrer Kostbarkeit veräussert hat, sehr wohl von jedem Vorwurf der Fahrlässigkeit frei sein. Oft wird es in solchen Fällen vorkommen, dass beide Teile über Qualität oder Quantität der Sache sich im gleichen verzeihlichen Irrtum befinden: A verkauft dem B einen Diamanten oder ein Wertpapier, ohne dass bei einer der Parteien ein Zweifel an der Echtheit existiert oder existieren müsste. Nur der eine Kontrahent B hat aber Veranlassung den Irrtum anzurufen, weil nur er durch den Vertrag benachteiligt ist. Es entspricht meines Erachtens der Billigkeit, dass er dies thun darf, ohne den Schaden des A zu ersetzen: denn A hat denselben Irrtum, auf den sich B jetzt beruft, selbst mitgemacht. Hier scheint mir der deutsche Entwurf mit unnötiger Strenge gegen den Irrenden vorzugehen. Warum soll der Irrende die Kosten des Irrtums allein tragen, d. h. ausser dem Schaden, der ihm aus der Rückgängigmachung des Kaufes erwächst, auch noch den Schaden übernehmen, den sein Gegner erleidet, da doch beide gemeinsam der Sache Eigenschaften zugeschrieben haben, die sie nicht hat?

2. Die Schadenersatzpflicht ist ausgeschlossen, wenn „der andere Teil den Irrtum gekannt hat oder hätte kennen sollen.“ Dieser Ausdruck ist nicht so unzweideutig als er aussieht. Denn was heisst es: den Irrtum des Mitkontrahenten kennen? Die Antwort ist verschieden, je nachdem es sich um Irrtum in der Erklärung oder um wesentlichen Irrtum im Motiv handelt. Im ersten Fall kennt A den Irrtum des B, wenn er weiss, dass B nicht das will, was er sagt. Des weiteren ist aber zu unterscheiden:

a) Dem A ist nicht nur bekannt, dass B nicht das will, was er sagt, sondern A weiss auch (oder sollte wissen), was B mit seinen falsch gewählten Worten sagen will. Dann ist die objektiv unrichtige Erklärung des B für den Mitkontra-

henten, auf dessen Verständnis es ja allein ankommt, genügend deutlich: der Vertrag ist mit dem von B gewollten Inhalt zu stande gekommen (vgl. Bd. XV S. 303, Note 3).¹⁾

b) A weiss oder sollte wissen, dass B eine falsche Erklärung abgibt, aber er weiss nicht und kann nicht wissen, was B tatsächlich meint,²⁾ dann wäre es seine Pflicht, den B auf den Fehler in seiner Erklärung aufmerksam zu machen oder in seinem eigenen Verhalten dem Irrtum des B Rechnung zu tragen; thut er das nicht, so kommt der Vertrag zu stande und zwar in der Art, wie es der objektive Sinn der falschen Erklärung des B ergiebt; aber wenn dann B seinen Irrtum zur Geltung bringt, so hat A seinen Schaden seinem eigenen dolosen oder kulpösen Verhalten zuzuschreiben.

Beim Irrtum im Motiv muss der Kontrahent A, damit man von ihm sagen könne, dass er den Irrtum des B kennt, zweierlei gewusst haben: dass B eine bestimmte Eigenschaft der Kaufsache voraussetzt, und dass diese Eigenschaft nicht vorhanden ist.

Kennt A diese beiden Thatsachen, so kann darin unter Umständen ein Betrug gefunden werden. Hätte er diese Thatsachen kennen sollen, so kann man, so gross auch die Fahrlässigkeit des A gewesen sein mag, darin doch keinen Dolus erblicken; dann tritt der im Art. 23 angeordnete Verlust des Ersatzanspruches ein.

Ist dem A nur bekannt, dass es dem B auf eine bestimmte Eigenschaft ankommt, z. B. auf die Echtheit des Diamanten; weiss er aber nicht, dass diese Eigenschaft fehlt, so kann man nicht sagen, dass er den Irrtum des B kannte. Aber meist wird A trotzdem keinen Schadenersatz von B er-

¹⁾ Beispiel: A hat dem B seinen Barometer zum Kauf angeboten. B schreibt: „ich nehme Ihren Thermometer zu dem von Ihnen gewünschten Preise.“ Hier kann A wissen, dass B sich verschrieben hat. Gekauft ist der Barometer.

²⁾ Beispiel: Der Weinhändler A bekommt von dem ihm bekannten Privatmann B eine Bestellung von 100 hl Wein. Er weiss, oder könnte aus den Verhältnissen des B wissen, dass hier ein Schreibfehler vorliegt. Aber er kann nicht wissen, ob der Fehler in der Ziffer steckt, oder in der Verwechslung von hl und l.

halten: denn auch der Irrtum des B wird in solchen Fällen entschuldbar sein, so dass das Klagfundament des A, die Fahrlässigkeit des Irrtums, fehlt.

3. Bei jeder Ersatzpflicht für verschuldeten Schaden, welche das Gesetz statuiert oder der Richter ausspricht, muss die Frage aufgeworfen werden, ob das Verschulden des Ersatzpflichtigen in der Verletzung einer durch Vertrag übernommenen oder einer in sonstiger Weise begründeten Pflicht besteht. Denn das O. R. unterscheidet, im Anschluss an das Gemeine Recht, kontraktlichen Schadenersatz (Art. 110 ff.) und ausserkontraktlichen Schadenersatz (Art. 50 ff.) und stellt für beide Fälle eine Anzahl verschiedener Bestimmungen auf. Nun kann die Ersatzpflicht des Irrenden offenbar nicht auf eine Vertragsverletzung zurückgeführt werden; denn der Vertrag ist ja für ihn unverbindlich, und eben für den Schaden, der dem andern Teil aus der Ungültigkeit des Vertrages erwächst, hat der Irrende einzustehen. Sein Verschulden ist allerdings bei Gelegenheit von Vertragsverhandlungen begangen, es ist, um den von Jhering geschaffenen Ausdruck zu gebrauchen, *culpa in contrahendo*; aber das berechtigt uns nicht, die Ersatzpflicht, wenn wir sie unter eine der beiden im O. R. anerkannten Kategorien des Schadenersatzes unterzubringen haben, dem kontraktlichen Schadenersatz zuzurechnen.¹⁾

¹⁾ Vgl. Dernburg, Pandekten, Bd. II, § 10, Note 8, Windscheid, Pandekten, § 307, Note 5. Die Verfasser des deutschen Entwurfes wollten diese Frage nicht selbst entscheiden, sondern ihre Lösung der Wissenschaft überlassen, vgl. Motive, Bd. I, S. 195. — Wenn die römischen Juristen da, wo sie eine Haftung für *culpa in contrahendo* statuierten, diese Haftung mit der Kontraktssklage durchzusetzen erlaubten (vgl. z. B. fr. 62 de contr. e. 18, 1), so erklärt sich das einerseits daraus, dass die für ausserkontraktlichen Schadenersatz bestimmte *actio legis Aquiliae* auf Sachbeschädigung beschränkt, und daher für diese Fälle nicht verwendbar war, und anderseits aus der bekannten Thatsache, dass die Aktionen des römischen Rechtes vermöge einer gewissen „Attraktion“ verschiedene Ansprüche in sich aufnehmen konnten, welche nicht aus dem vorliegenden Vertrage erwachsen, sondern nur bei Gelegenheit dieses Vertrages zwischen den Parteien entstanden waren. Solche Konsequenzen des römischen Formularprozesses sind für unsere Rechtsdogmatik nicht vorbildlich.

Die Ersatzpflicht des Art. 23 stellt sich vielmehr dar als ein einzelner Fall des allgemeinen in Art. 50 ausgesprochenen Prinzipes:

„Wer einem anderen widerrechtlich Schaden zufügt, sei es mit Absicht, sei es aus Fahrlässigkeit, wird demselben zum Ersatze verpflichtet.“

Was widerrechtliche Schadenzufügung sei, hat der Richter aus der Gesamtheit des geltenden Rechtes zu entnehmen. Aus der Verletzung aller Rechtspflichten, welche nicht speziell durch einen Vertrag begründet sind (für diese gilt Art. 110 ff.), entsteht die Ersatzpflicht des Art. 50. Zu diesen Pflichten gehört auch die Sorgfalt, welche jedermann im geschäftlichen Verkehr aufwenden muss, um Leute, die mit ihm in Beziehungen treten, nicht zu schädigen. Das Gebot „neminem laede,“ welches im aquilischen Gesetz in enger Begrenzung auf die Unversehrtheit körperlicher Sachen zum Ausdruck gekommen ist, findet sich im C. c. Art. 1382 und dem nachgebildeten Art. 50 O. R. allgemein gefasst und erstreckt sich auf jede Schädigung eines fremden Vermögens durch widerrechtliches Benehmen. Ein solches kann aber namentlich bei Verhandlungen über einen Vertragsschluss vorkommen. Ein verständiger Richter würde daher den Art. 50 auf den durch fahrlässigen Irrtum angerichteten Schaden anwenden. In diesem Sinne ist Art. 23 strenggenommen entbehrlich, aber doch nicht überflüssig, weil das Gesetz gut daran thut, besonders wichtige Konsequenzen eines allgemeinen Grundsatzes am geeigneten Ort hervorzuheben.¹⁾ Aus der Subsumtion des Art. 23 unter das Prinzip des Art. 50 ergeben sich eine Anzahl von Folgesätzen:

4. Der Umfang des zu ersetzenen Schadens bestimmt sich nicht nach dem, was der Mitkontrahent bei Erfüllung des Vertrages erhalten hätte (sog. Erfüllungs- oder positives Vertragsinteresse), denn darauf hat er ja, sofern der Vertrag nach Art. 18 ff. ungültig ist, keinen Anspruch, sondern nach dem,

¹⁾ Ein anderer Fall, in welchem das Gesetz eine schon aus Art. 50 sich ergebende Haftung für culpa in contrahendo ausdrücklich statuiert, findet sich in dem (unglücklich formulierten) Absatz 2 des Art. 5.

was er durch die leichtsinnig geführten Vertragsverhandlungen verloren hat: sog. *negatives Vertragsinteresse*.¹⁾ Er muss in die Lage versetzt werden, in welcher er sich befände, wenn er mit dem irrenden Kontrahenten in keine Beziehungen getreten wäre.²⁾ Nach diesem Prinzip kann der Ersatzanspruch sich aus sehr verschiedenen Bestandteilen zusammensetzen:

a) vor allem bekommt der Mitkontrahent des Irrenden die vergeblich aufgewendeten Kosten der Vertragsschliessung ersetzt;

b) sodann die Auslagen, die er seit Abschluss des Vertrages³⁾ im Vertrauen auf dessen Gültigkeit zum Zwecke der Erfüllung vorgenommen hat;

c) *damnum emergens*, wenn z. B. der Käufer zu einer neuen und wegen eingetretener Preissteigerung weniger vorteilhaften Anschaffung genötigt ist: zur Zeit des wegen Irrtums ungültigen Kaufes hätte er seinen Bedarf für 100 decken können, jetzt muss er dafür 110 zahlen; diese Differenz wird ihm ersetzt, dagegen nicht die Differenz zwischen 110 und dem vielleicht besonders niederen Preise, den er mit dem Irrenden ausgemacht hatte, denn das wäre positives Vertragsinteresse;

d) *lucrum cessans*, wenn z. B. dem Mitkontrahenten eine andere günstige Gelegenheit des Verkaufes nachweislich entgangen ist, welche er benutzt hätte, wenn er nicht des Glaubens gewesen wäre, über seine Sache schon verfügt zu haben. Dagegen wird nicht ersetzt das *lucrum cessans* aus dem wegen Irrtums ungültigen Vertrage, z. B. ein Händler verkauft dem X eine Antiquität, für die er selbst nur 20 Fr. gezahlt hatte,

¹⁾ Vgl. Regelsberger, Pandekten, § 140, Note 12.

²⁾ Die Haftung auf das negative Vertragsinteresse ist ausdrücklich aufgestellt im Entwurf, Reichstagsvorlage § 118: „Der Erklärende hat . . . den Schaden zu ersetzen, den der andere dadurch erleidet, dass er auf die Gültigkeit der Erklärung vertraut, jedoch nicht über den Betrag des Interesses hinaus, welches der Andere an der Gültigkeit der Erklärung hat.“

³⁾ Was ein Kontrahent vor Abschluss des Vertrages aufwendet, d. h. ehe ihm die Acceptation des anderen Teiles zugekommen ist, thut er auf eigene Gefahr, vgl. Windscheid, Pandekten, § 307, Note 5 u. 6.

zum Preise von 100 Fr. Der Vertrag ist wegen verschuldeten Irrtums des X ungültig. Damit entgeht dem Händler ein Gewinn von 80. Für diesen Gewinn bekommt er keinen Ersatz, wohl aber dafür, dass ihm nachweislich¹⁾ eine andere Verkaufsglegenheit entgangen ist, die ihm aber vielleicht einen kleineren Gewinn eingetragen hätte.

e) Zum negativen Vertragsinteresse gehört endlich aller Schaden, der die veräusserte Sache bei dem im Irrtum befangenen Erwerber betrifft, wenn der Erwerber seinen Irrtum geltend macht. Und zwar nicht bloss der Schaden, welcher durch Schuld des Erwerbers angerichtet ist, sondern auch der casuell eingetretene Schaden. Denn die Ware wäre unversehrt geblieben, wenn der Verkäufer sich nicht durch den leichtsinnig irrenden Käufer hätte verleiten lassen, sie diesem als verkauft hinzugeben. Selbstverständlich kann sich der irrende Kontrahent von dieser Haftung befreien, wenn er nachweist, dass die Sache auch beim Verkäufer untergegangen wäre oder eine Verschlechterung erlitten hätte, dass z. B. das verkauftes Tier an einer inneren Krankheit litt.²⁾

Alle diese Schadensposten sind in der Regel um so grösser, je später der Irrtum entdeckt, resp. dem Mitkontrahenten mitgeteilt wird. Es kann vorkommen, dass das negative Vertragsinteresse den Betrag des Erfüllungsinteresses erreicht oder gar übersteigt, z. B. der Verkäufer hat zu Gunsten des X, der in wesentlichem Irrtum handelte, eine andere Gelegenheit von der Hand gewiesen, welche ihm ebenso vorteilhaft oder noch vorteilhafter gewesen wäre, als das Geschäft mit X. Der deutsche Entwurf (vgl. oben S. 19 Note 2) bestimmt, dass der irrende Kontrahent auf keinen höheren Betrag haften solle, als den des Erfüllungsinteresses. Art. 23 hat diese Schranke nicht aufgestellt, doch wird sie sich meist von selbst einstellen: Der irrende Kontrahent wird es vorziehen, den Vertrag gelten zu lassen, wenn er voraussieht

¹⁾ Den Nachweis des *lucrum cessans* wird der Richter leichter oder schwerer nehmen, je nachdem es sich um den Verkauf von kouranten Waren oder von solchen Sachen handelt, die nur gelegentlich einen Käufer finden.

²⁾ Vgl. O. R. Art. 118, 2; 322, 3; 470, 2; 476, 2.

oder bei den Verhandlungen mit dem Mitkontrahenten erfährt, dass der Schadenersatz, den er bei Ungültigkeit des Vertrages leisten muss, ebenso gross oder gar grösser ist, als der Nachteil, den er bei Gültigkeit des Vertrages erleidet. Stellt sich die exorbitante Höhe des negativen Vertragsinteresses erst im Laufe des Schadenersatzprozesses heraus, so kann der irrende Kontrahent X seinem Gegner A anbieten, den Vertrag, welchen er wegen Irrtums angefochten hat, nachträglich als verbindlich anzuerkennen; will A nicht darauf eingehen, so wird darin meist ein chikanöses Verhalten zu erblicken sein, welches den Richter ermächtigt, den zuzubilligenden Schadenersatz auf Grund von Art. 51 („in Würdigung der Umstände“) auf den Betrag des positiven Vertragsinteresses herabzusetzen. Ausnahmsweise kann es indess vorkommen, dass X sich auf seinen Irrtum beruft, obwohl er weiss, dass er damit dem A einen Schaden zufügt, der das Erfüllungsinteresse übersteigt; dann entspricht es der Billigkeit, dem X den vollen Schadenersatz aufzuerlegen, z. B. X hat im wesentlichen aber fahrlässigen Irrtum eine Sache veräussert, an welcher er ein hohes Affektionsinteresse hat; er will sie um jeden Preis zurückhaben, obwohl er weiss, dass die Ungültigkeit des Vertrages den A in pekuniärer Beziehung mehr schädigt, als die Nichterfüllung des gültigen Vertrages ihn schädigen würde.

Der Haftung des irrenden Kontrahenten für das negative Vertragsinteresse, wie sie im Entwurf aufgestellt ist und sich aus O. R. Art. 23 ergiebt, ist in der gemeinrechtlichen Litteratur nicht selten der Vorwurf der Halbheit gemacht worden: ¹⁾ Wenn der Irrtum verschuldet sei, so müsse man den Irrenden am Vertrage festhalten (vgl. Bd. XV S. 303, Note 2). Unverbindlichkeit des Vertrages und Ersatz des Schadens komme meist auf dasselbe heraus, wie Haltung des Vertrages. Mir will es im Gegenteil scheinen, als ob es dem O. R. gelungen sei, einen passenden Mittelweg zu finden, um sowohl den In-

¹⁾ Vgl. namentlich Bähr, Jahrb. für Dogm. Bd. XIV, S. 421 ff. und Hartmann, Jahrb. für Dogm. Bd. XX, S. 61 ff.

teressen des Irrenden als denen seines Mitkontrahenten gerecht zu werden. Warum soll man dem Irrenden, selbst wenn er leichtsinnig gehandelt hat, nicht gestatten, die eingegangene Verpflichtung von sich abzulehnen, wenn das, wie so oft, ohne Schädigung des Mitkontrahenten geschehen kann, oder wenn er den durch den Rücktritt angerichteten Schaden ersetzt? Je früher der Irrtum angerufen wird, um so geringer wird im Durchschnitt der Fälle der zu ersetzende Schaden sein, und in dieser Thatsache erblicke ich das beste Argument für die praktische Angemessenheit des vom O. R. eingenommenen Standpunktes. Das zeigt sich besonders an einem Beispiel, welches von Bähr und Hartmann angeführt wird, um die Kategorie des negativen Vertragsinteresses zu bekämpfen: X unterzeichnet in wesentlichem, aber unentschuldbarem Irrtum einen Bürgschaftsschein über 1000 Fr., während er entweder gar nicht oder nur für 400 Fr. Bürge sein wollte. Wie soll hier, fragen Bähr und Hartmann, wenn es dem X erlaubt wird, die eingegangene Verpflichtung für unverbindlich zu erklären, wie soll dann das negative Vertragsinteresse des getäuschten Gläubigers A bemessen werden? Ich sehe darin keine Schwierigkeit: a) Wird der Irrtum erst entdeckt, nachdem der Fall der Bürgschaft eingetreten ist, so haftet X aus Art. 23 nur für den Schaden, den A dadurch erlitten hat, dass er im Vertrauen auf die vermeintlich gültige Bürgschaft dem Schuldner Kredit gegeben hat; dieser Schaden besteht aber in dem Teil der Schuldsumme, welcher vom Schuldner nicht beigetrieben werden kann: X befindet sich faktisch in der Lage eines fideiussor indemnitatis,¹⁾ selbst wenn er sich als selbstschuldnerischer Bürge verpflichtet hat. b) Ist die Bürgschaftsschuld noch nicht fällig zu der Zeit, da X seinen Irrtum entdeckt und dem Gläubiger A anzeigt, so kann unter Umständen ein Schaden des A gänzlich vermieden werden: A ist vielleicht berechtigt, vom Schuldner anderweitige Sicherheiten zu verlangen, oder er ist in der Lage,

¹⁾ Windscheid, Pandekten, § 478, Note 1, Dernburg, Pandekten, Bd. II, § 79, Note 16.

sich durch Retention oder durch rechtzeitige Betreibung des Schuldners zu schützen. Nach der Ansicht von Bähr wäre der Gläubiger berechtigt, alle diese Massregeln zu unterlassen, weil ihm X trotz seines Irrtums als Bürge haften würde. Die durch Art. 23 geschaffene Rechtslage scheint mir der *bona fides* besser zu entsprechen.

5. Wie für den Umfang des Schadens, so müssen auch für alle übrigen Fragen, die sich an Art. 23 knüpfen, die Regeln des ausserkontraktlichen Schadenersatzes zur Richtschnur dienen. So auch für die Beweislast: Der Kläger hat bei ausserkontraktlicher Ersatzklage das Verschulden des Beklagten zu beweisen, während bei Schadenersatz wegen Nichterfüllung eines Vertrages der Beklagte nach Art. 110 den Entschuldigungsbeweis zu führen hat. Der Beweis der Fahrlässigkeit wird dem Kläger allerdings meistens nicht schwer fallen, wenigstens wenn es sich um Irrtum in der Erklärung handelt. Denn wer etwas anderes sagt, als er will, oder eine Urkunde unterschreibt, ohne sie genau oder überhaupt gelesen zu haben, begeht präsumptiv einen Verstoss gegen die im Verkehr erforderliche Sorgfalt.¹⁾ Meist wird schon in der Behauptung des Erklärungssirrtums zugleich ein Geständnis der Fahrlässigkeit enthalten sein; der Irrende wird den Richter nicht anders von seinem Irrtum überzeugen können, als indem er den Vorwurf des Leichtsinns auf sich nimmt.

6. Auf die Schadenersatzklage des Art. 23 findet die einjährige Verjährung des Art. 69 Anwendung. Wann beginnt diese Verjährung? Nach Art. 69 erst mit dem Tage, „an welchem der Geschädigte Kenntnis von der Schädigung

¹⁾ Warum der Unterschreibende nicht gelesen hat, resp. nicht hat lesen können, thut nichts zur Sache; denn sein Verschulden liegt nicht darin, dass er die Urkunde nicht gelesen hat, sondern darin, dass er, ohne sie gelesen zu haben, seine Unterschrift hergab. So erledigt sich der in Seufferts Archiv, Bd. 29, Nr. 215, mitgeteilte und von Bähr in der Krit. Viertelj.-Schr., Bd. 70, S. 336, besprochene Fall, in welchem ein Bürge einen Bürgschaftsschein über eine grössere Summe, als er wollte, unterschrieben hatte, weil er den Schein ohne Brille nicht lesen konnte und die Brille nicht bei sich hatte.

und der Person des Thäters erlangt hat," nach allgemeinen Grundsätzen (Art. 149) beginnt die Verjährung mit der Fälligkeit des Anspruches, d. h. mit der Entstehung des Schadens. Von beiden Ausgangspunkten aus kommt man zu dem Resultat, dass die Verjährung nicht mit der unerlaubten Handlung, d. h. dem fahrlässigen Irrtum beginnt, sondern erst mit der Erklärung des Irrenden, dass er sich durch den Vertrag nicht binden lassen wolle; vordem ist jedenfalls dem Mitkontrahenten nicht bekannt, dass er geschädigt sei; aber auch objektiv betrachtet ist es nicht gewiss, ob überhaupt ein Schaden entstanden ist. Denn der Vertrag kann gültig werden, wenn ihn der Irrende nachträglich bestätigt, oder wenn der Fall des Art. 28 eintritt.

Schon hier zeigt es sich, dass der Thatbestand der Schädigung des Art. 23 ganz eigentümlich beschaffen und dogmatisch sehr interessant ist: Die unerlaubte Handlung, aus welcher der Irrende haftet, ist durch den Vertragsschluss, resp. die demselben vorangegangenen Verhandlungen begangen, aber der Schaden wird erst durch eine spätere Handlung des Irrenden, durch die Geltendmachung des Irrtums, gestiftet, und diese zweite Handlung ist dem Irrenden vom Gesetz ausdrücklich gestattet. Der Gesetzgeber will es dem Irrenden ermöglichen, sich aus der üblichen Lage, in der er sich befindet, selbst mit Schädigung des Mitkontrahenten zu befreien; aber wenn der Irrende diese Situation, aus welcher er sich auf Kosten seines Gegners rettet, selbst verschuldet hat, so haftet er auf das Interesse seines Gegners. Also: Schadenersatz aus einer unerlaubten Handlung, wenn der Thäter den Anlass zu dieser Handlung schuldhafter Weise herbeigeführt hat.¹⁾

¹⁾ Eine analoge Gestaltung des Thatbestandes findet sich beim Schadenersatz bei Notwehr gegen einen selbstverschuldeten Angriff. Die culpa des in Notwehr Handelnden liegt darin, dass er sich in eine Lage versetzt hat, aus welcher er sich nur durch eine (unter den vorliegenden Umständen allerdings erlaubte) Schädigung des X befreien kann. Schuld und Schadenstiftung fallen hier zeitlich auseinander und sind in zwei verschiedenen Handlungen des Thäters zu suchen. Vgl. Entwurf, Reichstagsvorlage § 222 a. E. „Hat der Handelnde die Gefahr verschuldet, so ist er zum Schadenersatz verpflichtet.“ — Da der deutsche Entwurf den Irrenden auch ohne Vorliegen

7. Endlich giebt es noch einen Punkt, in welchem sich kontraktlicher und ausserkontraktlicher Schadenersatz unterscheiden: Die Haftung für Angestellte (und Arbeiter)¹⁾ ist bei Vertragserfüllung eine absolute (Art. 115); wo es sich dagegen um ausserkontraktlichen Schaden handelt, gewährt Art. 62 dem Geschäftsherrn die Möglichkeit, sich von der Haftung durch den Nachweis zu befreien, „dass er alle erforderliche Sorgfalt angewendet habe, um einen solchen Schaden zu verhüten.“ Nun gehört Art. 23, wie ich annehme, zum Gebiet des ausserkontraktlichen Schadens, es kommt daher nicht Art. 115 in Betracht; man kann auch nicht wohl den Irrenden, für den der Vertrag unverbindlich ist, als „Schuldner“ bezeichnen, und Art. 115 spricht von der Verantwortlichkeit des Schuldners.²⁾

Wir kämen also zu dem Resultat, dass ein Kaufmann, welcher einen tüchtigen Prokuristen angestellt hat und alle erforderliche Sorgfalt in der Ueberwachung des Geschäftsganges ausübt, nicht für den Schaden aufzukommen braucht, den der Prokurist in einem Moment des Leichtsinns durch fahrlässigen wesentlichen³⁾ Irrtum angerichtet hat. Der einer culpa haften lässt, so ist die Rechtslage des Irrenden in Bezug auf seine Ersatzpflicht mit dem Notstande vergleichbar. Diese Zusammenstellung findet sich schon bei Unger, Handeln auf eigene Gefahr, S. 30 ff.

¹⁾ Die Arbeiter kommen hier nicht in Betracht, da sie in der Regel nicht zum Abschluss von Rechtsgeschäften verwendet werden.

²⁾ Dasselbe gilt vom deutschen Entwurf, Reichstagsvorlage § 272: „Der Schuldner hat ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten bedient, in gleichem Umfange zu vertreten, wie eigenes Verschulden.“ Vgl. den § 815, welcher dem Art. 62. des O. R. entspricht.

³⁾ Die Wesentlichkeit des Irrtums ist aus der Person des Vertreters zu beurteilen, vgl. Windscheid, Pandekten, § 73, Note 17, Regelsberger, Pandekten, § 159, Note 9. Dabei ist Wille und Willenserklärung des Vertreters so zu betrachten, wie wenn er das Rechtsgeschäft in eigenem Namen abschlossse. Eine weitere Beachtung, als ein Kontrahent in eigenem Namen, kann meines Erachtens ein Stellvertreter nicht beanspruchen. Daraus ergiebt sich, dass ein Irrtum des Vertreters über den Umfang seines Auftrags (man kann von error in mandato sprechen) für unwesentlich gelten muss, weil das Vorliegen einer Instruktion nicht zu den Vertragsverabredungen, sondern zu den extra negotium liegenden Umständen gehört und ein Irrtum darüber nur Irrtum im Motiv sein kann, vgl. Bd. XV § 5, S. 306 ff.

Mitkontrahent müsste sich an den vielleicht mittellosen Prokuristen halten.¹⁾ Dieses Resultat erscheint mir ausserordentlich unbillig zu sein, es widerspricht auch einer im Gemeinen Recht aufgestellten Ansicht,²⁾ während es eine herrschende Meinung in diesem Punkte nicht zu geben scheint. Ich glaube nun, dass die oben gegebene Argumentation zwar dem Wortlaut des Gesetzes entspricht, aber doch nicht zwingend ist; man kann ihr mit folgender Erwägung begegnen: Wenn es dem Prinzipal erlaubt ist, sich auf einen wesentlichen Irrtum zu berufen, der in der Person seines Vertreters eingetreten ist, so erfordert es die Billigkeit, dass er auch die ungünstigen Folgen des Irrtums auf sich nimmt. Das um so mehr, als, wie wir oben unter Nr. 6 gesehen haben, die Schädigung dem Mitkontrahenten nicht sowohl durch den Irrtum als durch die Berufung auf den Irrtum zugefügt wird, und die Anfechtung eines Vertrages wegen Irrtums sich als ein mit der Verpflichtung zum Ersatz des negativen Vertragsinteresses belastetes Recht darstellt.

8. Zum Schluss will ich noch auf einen Missstand hinweisen, der sich beim Irrtum aus der mit Schadenersatz verbundenen Ungültigkeit des Vertrages zu ergeben und der sowohl im O. R. als im deutschen Entwurfe vorzuliegen scheint:³⁾ Der irrende Kontrahent X kann den Vertrag für unverbindlich erklären und haftet dann auf Schadenersatz. Dadurch wird dem Mitkontrahenten A, welcher ein Recht, z. B. Eigentum, Hypothek etc. erworben zu haben glaubte, dieses Recht entzogen und dafür eine Ersatzforderung zugewiesen, mit welcher ihm, wenn X mittlerweilen in Konkurs verfallen ist, wenig

¹⁾ Anders liegt natürlich der Fall, wenn ein Angestellter in einem Briefe einen Irrtum begeht und der Prinzipal diesen Brief unterschreibt. Hier hat der Prinzipal den vom Kommiss geschriebenen Brief zur eigenen Willenserklärung gemacht (vgl. Bd. XV S. 288, Note 1) und haftet daher aus seinem eigenen Irrtum.

²⁾ Goldschmidt, System des Handelsrechtes, zweite Auflage, S. 106; wie es scheint, auch Dernburg, Pandekten, Bd. II, § 38, Note 6.

³⁾ Vgl. Strohal in Jahrb. für Dogm., Bd. 34, S. 358 und dazu Eck, a. a. O. S. 51.

gedient ist. Ist dem wirklich so? Die Antwort lässt sich nur für die einzelnen Fälle geben:

a) Der Mitkontrahent A hat noch keine Leistung erhalten, er hat z. B. den Kaufpreis von 100 noch zu fordern; der Käufer X fällt in Konkurs und der Konkursverwalter beruft sich auf wesentlichen Irrtum des X. Infolge dessen hat A einen Anspruch auf Ersatz seines negativen Vertragsinteresses (= 20). Bei dieser Forderung erleidet er einen Ausfall, aber das scheint mir nur billig zu sein, denn auch mit seiner Kaufgeldforderung von 100 würde er denselben prozentualen Verlust erleiden, und hier, da der Kauf unwirksam wird, bekommt er noch seine Sache aus dem Konkurse zurück.

b) Der Mitkontrahent A hat eine Sache gekauft und tradiert erhalten, welche nun vom Konkursverwalter des X mit Berufung auf Irrtum zurückverlangt wird. Dieser Anspruch kann Vindikation sein;¹⁾ dann hat A für seine Ersatzforderung das Retentionsrecht des Art. 224, denn an der Konnexität zwischen der Rückforderung der Sache und dem Ersatzanspruch kann meines Erachtens kein Zweifel sein. Oder: A ist Eigentümer der ihm von X in wesentlichem Irrtum zugewendeten Sache; dann kann sich A auf das sog. obligatorische Retentionsrecht des Art. 95 berufen.²⁾ In beiden Fällen bleibt er, wie es auch der Billigkeit entspricht, schadlos: er hat dem X keinen Kredit gegeben, er wird auch nicht durch einen Irrtum des X, für den er nichts kann, zu einem Kreditor des X gemacht.

c) A hat dem X ein Darlehen gegen Hypothek gegeben. Die Hypothek ist wegen Irrtums ungültig. Ohne den Irrtum

¹⁾ Unter welchen Umständen der wesentliche Irrtum den Eigentumsübergang hindert, wird weiter unten bei der Auslegung des Art. 28 zu untersuchen sein.

²⁾ Art. 95 spricht zwar nur von „zweiseitigen Verträgen,“ aber dieser Artikel muss extensiv interpretiert und auf alle synallagmatischen Rechtsverhältnisse angewendet werden, auch auf die, welche nicht aus einem Vertrage entspringen (vgl. Entwurf, Reichstagsvorlage § 267), so z. B. auf gegenseitige Verpflichtungen aus negotiorum gestio, auf die gegenseitige Rückforderung des Art. 33 u. s. w.

des X wäre A vollkommen gesichert. Jetzt hat er zwar einen Anspruch auf sein negatives Vertragsinteresse, aber dieser Anspruch hilft ihm nichts, wenn er ihn im Konkurse des X anmelden muss. Hier wäre zu versuchen, ob man nicht die Ersatzforderung als Masseschuld konstruieren kann: Der Konkursverwalter ist es, der durch sein Rechtsgeschäft (die Anfechtung) den Ersatzanspruch des Mitkontrahenten A zur Entstehung bringt. Dieser Ersatzanspruch ist keine Konkursforderung, weil er zur Zeit der Konkurseröffnung noch nicht existierte.¹⁾

§ 11. Falsche Uebermittlung der Willenserklärung.

1. Ich habe schon Bd. XV, S. 282 hervorgehoben, dass eine Divergenz von Wille und Willenserklärung vorkommen kann, ohne dass ein Irrtum des Erklärenden dabei mit im Spiele ist: Die Erklärung wird richtig abgegeben und kommt falsch beim Adressaten an, wir haben es hier, um einen Ausdruck des Kriminalisten zu gebrauchen, mit einer „Aberration“ der Erklärung zu thun.²⁾ Man kann zweifeln, was hier als „Willensäusserung“ im Sinne des Art. 1 zu gelten habe, die Aufgabe- oder die Ankunftsdepesche. Ich habe mich Bd. XV, S. 280 für letzteres entschieden und zugleich konstatiert, dass das O. R. für diesen Fall keine Vorsorge trifft.³⁾ Das ist um

¹⁾ Auch nicht als bedingte Forderung; denn eine Forderung, deren Existenz von der Entschliessung des Schuldners abhängt, gilt als noch nicht entstanden, vgl. Windscheid, Pandekten § 93. — Eine Analogie zu unserem Falle wäre in einem Vertrage zu finden, bei welchem dem X der Rücktritt gegen Zahlung von 20 freigestellt ist; wenn nun der Konkursverwalter des X sich für den Rücktritt entschliesst, so hat er die 20 als Masseschuld zu zahlen.

²⁾ Es scheint mir eine recht gezwungene Auffassung zu sein, wenn Pininski, Sachbesitzerwerb, Bd. II, S. 529 ff. die Aberration der Erklärung unter den Begriff des Irrtums subsumiert: der Erklärende soll, die faktische Folge seines Handelns nicht voraussehend, sich im Irrtum über den Sinn und Inhalt seiner Erklärung befinden.

³⁾ Diese Lücke ist schon von Vogt, Anleitung zum O. R. S. 45 bemerkt worden.

so merkwürdiger, als zur Zeit der Abfassung des O. R. über diese Frage eine überaus umfangreiche Litteratur existierte, welche durch einen Rechtsstreit zwischen einem Kölner und einem Frankfurter Handlungshause ins Leben gerufen war.¹⁾ Es bleibt nichts anderes übrig, als hier zum Hülfsmittel der Analogie zu greifen. Es ergiebt sich daraus, dass dem Erklärenden in den Fällen, in welchen die Divergenz zwischen Willen und Erklärung als wesentlich erscheint, gestattet sein muss, den Vertrag für unverbindlich zu erklären.²⁾ Zu Gunsten des Erklärenden spricht ein überaus starkes argumentum a minori ad maius: Wenn sich X auf einen durch seine eigene Handlung hervorgebrachten, fast immer verschuldeten, Fehler berufen kann, so muss es ihm noch viel eher freistehen, eine Erklärung als nicht gewollt abzulehnen, deren Falschheit ohne seine Beteiligung eingetreten ist.

2. Wie steht es nun aber mit dem Schadenersatze auf Grund von Art. 23? Wenn die Abirrung der Erklärung auf eine Fahrlässigkeit des X zurückzuführen ist, dann haftet er zweifellos, so z. B. wenn er das Aufgabetelegramm so undeutlich geschrieben hat, dass ein Missverständnis in der Person des Telegraphisten leicht eintreten konnte, oder wenn X eine unzuverlässige Person mit einer mündlichen Botschaft beauftragte; vielleicht wird man noch weiter gehen und schon darin eine Fahrlässigkeit erblicken, dass X überhaupt eine rechtsgeschäftliche Mitteilung durch einen Boten machte, da doch fast immer die Möglichkeit vorlag, dem Boten einen Zettel mitzugeben und damit die Gefahr einer falschen Erklärung zu vermeiden. Aber es giebt eine Grenze, jenseits welcher es geschmacklos wäre, von einer Fahrlässigkeit zu sprechen: ein ordnungsmässiges Telegramm ist z. B. so sehr

¹⁾ Vgl. Windscheid, Pandekten, § 309, Note 5; Dernburg, Pandekten, Bd. II, § 116, Note 14 und neuestens R. Merkel, Kollision rechtmaessiger Interessen, S. 161 ff.

²⁾ In diesem Sinne bestimmt der deutsche Entwurf, Reichstagsvorlage § 116: „Eine Willenserklärung, welche durch die zur Uebermittelung verwendete Person oder Anstalt unrichtig übermittelt worden ist, kann unter der gleichen Voraussetzung angefochten werden, wie eine irrtümlich abgegebene Willenserklärung.“

ein gewöhnliches Mittel des Verkehrs, dass man dessen Absendung so wenig als eine Fahrlässigkeit bezeichnen kann, wie etwa den Betrieb einer Eisenbahn, in welchem das O. A. G. München eine kulpöse Thätigkeit erblickt hat.¹⁾ Und doch verlangt unser Rechtsgefühl in diesen Fällen eine Haftung des Erklärenden für den durch den Fehler der Erklärung angerichteten Schaden; das beweisen die zahlreichen zum Teil sehr künstlichen Konstruktionsversuche, die gelegentlich des „Kölner Falles“ gemacht wurden. Das richtige wird wohl sein, hier eine Haftung ohne Schuld anzunehmen, wie sie bei gefährlichen und doch erlaubten Handlungen vorkommt.²⁾ Der Telegraphierende muss damit rechnen, dass die Depesche verstümmelt ankommen kann, und wenn er das aus guten Gründen riskiert, so soll das Risiko ihn treffen, er handelt „auf eigene Gefahr.“

3. Bei der Aberration der Erklärung hat der deutsche Entwurf (§ 118) dieselbe Schadenersatzpflicht des Erklärenden wie beim Irrtum statuiert, nur mit dem Zusatz: „Im Fall des § 116 (Aberration) ist die Schadenersatzpflicht ausgeschlossen, wenn die Unrichtigkeit der Uebermittelung ihren Grund in höherer Gewalt hat.“ Diese Ausnahme ist von der Kritik vielfach getadelt worden, hauptsächlich aus dem Grunde, dass eine Gebietserweiterung für den fast nicht zu definierenden Begriff der vis maior nicht wünschenswert sei.³⁾ Mir scheint die Ausnahme von der Haftung im Fall der höheren Gewalt vor allem prinzipiell verwerflich zu sein. Auf anderen Rechtsgebieten mag die Unterscheidung zwischen casus und vis maior ihre rechtspolitische Bedeutung haben. Da, wo es, wie beim Eisenbahnbetrieb, Unfälle giebt, zu deren Vermeidung beim jetzigen Stand der Technik noch keine Möglich-

¹⁾ Vgl. das berühmte Erkenntnis in Seufferts Archiv, Bd. 14, Nr. 208. Vgl. übrigens auch aus neuester Zeit das Urteil des Kassationshofes Bern in der Zeitschr. des bern. Jur.-Vereins, Bd. 31, Nr. 18, in welchem es einem Reisenden zur Schuld angerechnet wird, dass er in einem Gasthof erkrankte, resp. in demselben verstarb, statt denselben rechtzeitig zu verlassen.

²⁾ Vgl. Unger, Handeln auf eigene Gefahr, zweite Aufl., S. 30 ff.

³⁾ Vgl. darüber Eck a. a. O. S. 50.

keit und daher keine Verpflichtung vorliegt, die aber denkbarerweise durch weitere Vervollkommnungen und Erfindungen vermeidbar werden können, da hat die vom Gesetz dem Unternehmer auferlegte Haftung für *casus* die sehr erhebliche Wirkung, den Unternehmer für solche oft kostspielige Neuerungen zu interessieren. Auf der andern Seite giebt es Unfälle, gegen welche anzukämpfen von vornherein für aussichtslos gilt. Eine Haftung in diesen Fällen — *vis maior* — hat keinen rechtspolitischen Zweck und wird daher auch dem Unternehmer nicht auferlegt.

Ganz anders liegen die Dinge bei der Haftung für Abirrung der Erklärung. Der telegraphierende Kaufmann steht der technischen Einrichtung des Telegraphen ganz fremd und machtlos gegenüber; es kann von ihm ebensowenig erwartet werden, dass er Massregeln zur Abwendung des *casus* trifft, als dass er der *vis maior* entgegenzutreten versucht. Es fehlt daher an jedem Grunde, für den, dessen Erklärung durch den Telegraphen entstellt worden ist, einen Unterschied zwischen Verschulden der Telegraphenanstalt, *casus* und höherer Gewalt zu machen.¹⁾

Es kann sich nur darum handeln, wer von den beiden Parteien, Absender oder Adressat, den Schaden des fremden Fehlers tragen soll. Und da darf meines Erachtens nicht das rohe Prinzip zur Anwendung kommen, dass der Schaden an dem hängen bleibt, der von ihm betroffen wird, sondern der muss den Schaden tragen, welcher sich in seinem Interesse des gefährlichen und in *casu* schädlichen Mittels bedient hat.²⁾

Die Haftung des Erklärenden für einen Fehler in seiner Erklärung ist natürlich ausgeschlossen, wenn er zum Adres-

¹⁾ Dagegen wären diese Unterschiede sehr erheblich, wenn es sich darum handelte, die Haftung der Telegraphenanstalt für Fehler der Uebermittelung zu regulieren.

²⁾ Der Empfänger der falschen Erklärung hat selbstverständlich keinen Anspruch auf Schadenersatz, wenn er den Fehler gekannt hat oder hätte kennen sollen. Das ergiebt sich aus der analogen Anwendung von Art. 23 und 51, Abs. 2.

saten in einem Rechtsverhältnis steht, vermöge dessen er auf Gefahr des Adressaten handelt, z. B. als Mandatar desselben. Wenn die Benutzung des Telegraphen im Sinne des Auftrages erlaubt oder ein utiliter gestum ist, so trägt der Geschäftsherr den daraus entstehenden Schaden, wie jeden anderen, welcher ohne Schuld des Beauftragten sich aus der Geschäftsführung ergibt (arg. Art. 396 und 400). Wenn z. B. der Kommissionär auftragsmässig gekauft hat und seine telegraphische Meldung „gekauft“ fälschlich als „verkauft“ eintrifft, und daraus dem Kompromittenten ein Schaden erwächst, so hat der Kommissionär dafür nicht aufzukommen.¹⁾

3. Wenn wir so zu dem Resultat kommen, dass der Erklärende stets den Schaden ersetzen muss, wenn er seine durch einen Uebermittelungsfehler entstellte Erklärung nicht gelten lassen will, so könnte man dagegen einwenden, dass darin eine inelegantia iuris liegt gegenüber dem Falle des Erklärungsirrtums, in welchem nach Art. 23 nur bei Fahrlässigkeit für den Schaden gehaftet wird. Allein die strengere Haftung für Uebermittelungsfehler im Gegensatz zur Haftung für Erklärungsirrtum widerspricht, genauer betrachtet, durchaus nicht den Anschauungen, welche im modernen Rechte des Schadenersatzes gelten, resp. im Begriff sind zum Durchbruch zu kommen. Bei der unmittelbaren Erklärung (vgl. Bd. XV, S. 288) haben wir es mit einer Handlung zu thun, welche an sich rechtlich indifferent ist; nur wenn dabei eine Fahrlässigkeit vorkommt, entsteht eine Haftung für den daraus sich ergebenden Schaden. Es wäre zu weit gegangen und eine Rückkehr auf den in langer historischer Entwicklung überwundenen Standpunkt der objektiven Kausalität als Haftungsgrund, wenn man jeden Schaden, welcher aus einer prima facie ungefährlichen Handlung durch das Spiel des Zufalls entsteht, ohne Rücksicht auf ein Verschulden dem Thäter aufzürden wollte. Es genügt, wenn man vom Handelnden omnem diligentiam verlangt und ihn für jeden Verstoss da-

¹⁾ Das Telegramm des Kommissionärs ist aber auch keine „Willenserklärung,“ sondern eine in Erfüllung der Verpflichtung des Art. 432, Abs. 1 abgesandte Benachrichtigung.

gegen haften lässt. Anders steht es jedoch mit solchen Handlungen, bei denen sich der Thäter der Möglichkeit des Schadens bewusst ist, die ihm als unsicher und gefährlich erscheinen oder bei klarer Ueberlegung erscheinen müssten, und die er doch, um seines Vorteiles willen, vornimmt. Diese Handlungen bleiben zwar erlaubt, wenn sie das Gesetz oder die Parteiverabredung nicht eben wegen ihrer Gefährlichkeit speziell verbietet, oder wenn sie nicht nach Lage der Umstände mit Rücksicht auf ihre grosse Gefährlichkeit hätten unterbleiben sollen, aber sie verpflichten trotz ihrer Erlaubtheit zum Ersatze des tatsächlich aus ihnen hervorgehenden Schadens.

Dieser Gedanke, dass es Schadenersatz aus erlaubten gefährlichen Handlungen gebe, ist allerdings in den modernen Kodifikationen nicht allgemein ausgesprochen, weil er im Corpus Juris nicht rein hervortritt, sondern teils in das trügerische Gewand einer unbewiesen vorausgesetzten *culpa* gehüllt ist,¹⁾ teils durch Rechtsbehelfe verwirklicht wird, bei denen die Frage der *culpa* eliminiert ist.²⁾ Auch O. R. Art. 50 spricht nur von Schadenersatz aus „unerlaubten Handlungen,“ ebenso der deutsche Entwurf, Reichstagsvorlage § 807 ff. Aber der Entwurf hat dieses aquilische Prinzip nur deshalb als allgemeinen Grundsatz beibehalten können, weil er in einzelnen Fällen Ausnahmen zugelassen hat. Dazu gehört gerade unser Fall der falsch übermittelten Willenserklärung.³⁾

Auf dem Boden des O. R. bleibt nun *de lege lata* nichts anderes übrig, als entweder

¹⁾ Vgl. Regelsberger, Pandekten, § 140, Note 12.

²⁾ Ich denke beispielsweise an die *cautio damni infecti* und *cautio ratam rem*. Wo die Erzwingbarkeit resp. Sitte solcher Kautioenien weggefallen ist, taucht im modernen Recht die Frage nach der Haftung aus erlaubten Handlungen auf.

³⁾ Vgl. beispielsweise auch Entwurf § 225: „Wer eine der in § 223 bezeichneten Handlungen (erlaubte Selbsthilfe) in der irrgen Annahme vornimmt, dass die für den Ausschluss der Widerrechtlichkeit erforderlichen Voraussetzungen vorhanden seien, ist dem anderen Teile zum Schadenersatz verpflichtet, auch wenn der Irrtum nicht auf Fahrlässigkeit beruht.“

a) unseren Fall unter Art. 50 resp. 23 zu stellen, wobei man freilich zu der unschönen Begründung greifen muss, dass das Telegraphieren eben wegen der voraussehbaren Gefahr, die von diesem Modus der Uebermittelung unzertrennlich ist, als schuldhafte widerrechtliche Handlung erscheint (eine Argumentation, die man im einzelnen Fall durch das Anführen konkreter Umstände weniger anstössig machen kann),

b) oder zuzugeben, dass Art. 50 zu eng ist, dass es Fälle giebt, in denen ein Schadenersatz aus erlaubten und daher nicht schuldhaften Handlungen hervorgeht, und dass zu diesen Fällen — deren Abgrenzung bei dem jetzigen Stande der Doktrin noch nicht leicht vorzunehmen ist — jedenfalls die Haftung für falsche Uebermittelung einer Willenserklärung gehört.

Welcher dieser beiden Wege eingeschlagen wird, hängt vom Temperament des Richters ab, sowie von seinen Anschauungen über die Befugnis des Richters, Rechtssätze anzuwenden, die im Gesetzbuch nicht ausgesprochen sind. Weniger erfreulich wäre es, wenn in einem solchen Falle der Richter sich an den Buchstaben und den richtig verstandenen Sinn des Art. 50 absolut gebunden glaubte und zu dem, unserem Rechtsgefühl entschieden widersprechenden Resultat käme, dass der Offerent, der sich des Telegraphen bedient, einen Fehler des Telegraphen geltend machen kann, ohne dem Adressaten den auf diese Weise zugefügten Schaden zu ersetzen.

Nur ein Rechtsfall, der zur gerichtlichen Entscheidung kommt, kann das Recht in diesem Punkte fixieren.

(Schluss folgt im nächsten Heft.)
