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: 17 (1898)

Artikel: Über die Mängel des Vertragsabschluss : nach schweizerischem Obligationenrecht [Schluss]

Autor: Tuhr, A. v.

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-896605

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: 03.10.2025

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

Ueber die Mängel des Vertragsabschlusses nach schweizerischem Obligationenrecht.

(Schluss.)*)

Von Prof. Dr. A. v. Tuhr in Basel.

§ 12. Der Betrug.

Art. 24: „Ist ein Teil durch betrügerische Handlungen des anderen zu dem Vertragsabschlusse verleitet worden, so ist der Vertrag für ihn auch dann nicht verbindlich, wenn der erregte Irrtum kein wesentlicher war."

1. Der Irrtum eines Kontrahenten kann in der Rechtsordnung nicht die weitgehende Berücksichtigung finden, welche vom Standpunkt der Irrenden aus wünschenswert wäre. Denn dem schutzbedürftigen Interesse des Irrenden steht das ebenso erhebliche Interesse des Mitkontrahenten und das höhere Interesse der allgemeinen Verkehrssicherheit gegenüber. Das Gesetz sucht daher eine Vermittlung: Der Irrtum wird nur dann beachtet, wenn er „wesentlich" ist, d. h. die Grundlagen des Vertrages afficiert, und dem Irrenden wird, falls ihn ein Verschulden trifft, die Pflicht zum Ersatz des Schadens auferlegt. Diese Rücksichten auf den Mitkontrahenten und damit auch die Beschränkungen in der Geltendmachung des Irrtums fallen weg, wenn der Mitkontrahent selbst den Irrtum hervorgerufen hat, um den Irrenden zum Vertragsabschluss zu veranlassen. Dem Betrüger gegenüber soll jeder Irrtum als „wesentlicher" wirken, d. h. den Vertrag zu einem unverbindlichen machen. Es kommt daher nicht darauf an, ob der Betrogene einen „Irrtum in der Erklärung" begangen hat oder in einem „Irrtum im Motiv" befangen war. Der

*) Vergl. Bd XVI S. 1 ff.

erste Fall liegt vor, wenn der Betrüger (D) den Betrogenen (B) veranlasst, eine Erklärung abzugeben, die er nicht abgeben will, wenn z. B. D dem B eine andere Urkunde zur Unterschrift unterschiebt, als die, welche B zu unterschreiben glaubt. Im zweiten Falle verleitet D den B, einen Willensentschluss zu fassen und auszusprechen, den er ohne die falschen Vorspiegelungen des D nicht gefasst hätte. In beiden Fällen ist nach O.-R. der Vertrag in gleicher Weise für den Betrogenen unverbindlich.[1]) Es braucht ferner, wenn betrügerische Handlungen des D vorliegen, nicht untersucht zu werden, ob der Irrtum des betrogenen B sich als error in negotio oder in obiecto qualifizieren lässt, ob beim error in qualitate die Sache, weil ihr die vom Betrüger angedichteten Eigenschaften fehlen, im Verkehre zu einer ganz verschiedenen Gattung oder Art von Gütern gerechnet wird, oder ob die Verschiedenheit nur für die Person des Irrenden von Wichtigkeit ist, ob beim error in quantitate die Differenz eine erhebliche ist; endlich beim error in persona, ob der Vertrag hauptsächlich mit Rücksicht auf die Person abgeschlossen wurde.[2])

Ebenso macht der Irrtum im Beweggrunde, wenn er durch Betrug bewirkt ist, den Vertrag zu einem unverbindlichen; insbesondere gilt das vom Irrtum über den Wert der Leistung und die Zahlungsfähigkeit des Mitkontrahenten, welcher Irrtum an sich nach Art. 21 irrelevant ist.

2. Das Gesetz hat den „Betrug“ nicht definiert. Dagegen hat sich in der Theorie des heutigen Civilrechts mit ziemlicher Uebereinstimmung ein Begriff des „Betruges“ fest-

---

[1]) Hat der Betrug einen Irrtum in der Erklärung bewirkt, so wird in den meisten Fällen der Vertrag schon nach den Regeln des Irrtums unverbindlich sein. Endemann, Einführung in das Studium der B. G. B. Bd I S. 313, nimmt an, dass beim Irrtum in der Erklärung der Irrtum überwiegt und die Ungiltigkeit wegen Irrtums einzutreten hat. Da macht nach B. G. B. § 121 und 124 einen Unterschied in Bezug auf die Anfechtungsfrist, den O. R. nicht kennt.

[2]) Schliesst z. B. X einen Versicherungsvertrag mit einer andern Gesellschaft als er beabsichtigte, so wird sein Irrtum meist ein unwesentlicher sein, dagegen könnte er Betrug geltend machen.

gestellt, dem wir der Auslegung des O.-R. zu Grunde legen können. Auf den „dolus“ der Römer darf man dabei nur mit grösster Vorsicht zurückgehen. Denn dieses Wort war mehrdeutig und bezeichnete eine Anzahl von Thatbeständen, die sich kaum unter einen einheitlichen Begriff bringen lassen.[1]) Charakteristisch für die unvollkommene Entwickelung des Begriffes sind die bekannten und früher oft zu Unrecht bewunderten Definitionen, die an Schärfe mehr zu wünschen übrig lassen, als dies sonst bei römischen Definitionen der Fall ist.[2]) Der grosse Fortschritt, den die moderne Systematik, wesentlich unterstützt von den Kriminalisten, gemacht hat, besteht in der Unterscheidung der zwei gänzlich verschiedenen Begriffe, welche die Römer mit demselben Worte dolus bezeichneten:

a) Dolus ist der rechtswidrige Vorsatz (Gegensatz: culpa, Fahrlässigkeit), wie er bei allen Rechtsverletzungen, Vertragsverletzungen und Delikten vorkommt.[3])

b) Dolus bezeichnet auch das spezielle Delikt der vorsätzlichen rechtswidrigen Täuschung, welches in einer Reihe mit den übrigen Delikten (Zwang, Diebstahl, Sachbeschädigung etc.) steht.

Mit diesem zweiten Falle haben wir es hier allein zu thun, und zwar auch nur insofern, als die Täuschung in der

---

[1]) Vergl. die ausführliche Darstellung bei Pernice, Labeo, Bd II, 2. Aufl. S. 134 ff.

[2]) fr. 1 § 2 de dolo malo 4, 3 (Ulpianus): dolum malum Servius quidem ita definiit machinationem quandam alterius decipiendi causa, cum aliud simulatur et aliud agitur. Labeo autem posse et sine simulatione id agi, ut quis circumveniatur . . . itaque ipse sic definiit, dolum malum esse omnem calliditatem fallaciam machinationem ad circumveniendum fallendum decipiendum alterum adhibitam. Labeonis definitio vera est.

[3]) Nicht jeden rechtswidrigen Vorsatz bezeichneten die Römer als dolus. Sie vermieden den Ausdruck dolus, wenn das Motiv der vorsätzlichen Handlung kein unehrenhaftes war. Vgl. Windscheid, Pandekten § 101 Note 7 und Pernice a. a. O. S. 143 ff. Dernburg, Pandekten Bd I § 86 Note 7 meint, dass das Hineinziehen des Motivs in den Begriff des Vorsatzes „dem gesunden, lebendigen Gerechtigkeitsgefühl der Römer zur Ehre gereichte“ und steht dem systematischen Fortschritt des neueren Rechtes kühl gegenüber.

Absicht vorgenommen wird, den Getäuschten zum Abschluss eines Vertrages zu verleiten. [1])

Die Rechtsfolgen des Betruges sind zweierlei: Der durch Betrug zustande gekommene Vertrag ist für den Betrogenen unverbindlich (Art. 24) und der Betrüger ist zum Ersatz des Schadens aus seiner widerrechtlichen Handlung verpflichtet (Art. 50). Wir haben uns hier vorzugsweise mit der ersten Wirkung des Betruges zu beschäftigen.

Die „betrügerischen Handlungen" des O.-R. Art. 24 decken sich im Grossen und Ganzen mit dem, was man im Strafrecht unter Betrug versteht. Haben ja doch die Kriminalisten vielleicht mehr als die Civilisten daran gearbeitet, aus dem unbestimmten Gebilde des römischen Dolus den heutigen Betrugsbegriff zu gewinnen. [2]) Trotzdem ist der Art. 24 natürlich unabhängig von den (kantonalen) Strafrechten zu interpretieren, wie ja auch die Strafrechte in der Pönalisierung des Betruges nicht an die Schranke des O.-R. gebunden sind. Es ergeben sich daraus eine Anzahl von Verschiedenheiten zwischen dem strafrechtlichen und dem civilrechtlichen Betrug, von denen die wichtigste unter Nr. 7 besprochen ist. [3])

3. Das Gesetz spricht von „betrügerischen Handlungen, durch die ein Irrtum des Betrogenen erregt wird." Damit ist die gröbste und augenfälligste Art des Betruges gekennzeichnet: D erweckt durch Vorspiegelung falscher That-

[1]) Durch Täuschung kann der Betrogene auch in anderer Weise geschädigt werden, als dadurch, dass er zum Abschluss eines Vertrages verleitet wird: er kann z. B. veranlasst werden, ein Geschäft, das ihm grossen Vorteil gebracht hätte, nicht einzugehen, oder eine Verjährungsfrist ablaufen zu lassen, oder eine thatsächliche Handlung vorzunehmen, infolge deren er an seiner Person oder seinem Vermögen Schaden leidet, z. B. ein physikalisches Experiment vorzunehmen, bei dem er sich verletzt. In allen diesen Fällen erwächst aus dem Betrug die Schadenersatzklage des Art. 50 (daneben vielleicht, beim Ablauf einer Verjährung, eine replica doli).

[2]) Vgl. v. Liszt, Grenzgebiete zwischen Privatrecht und Strafrecht, S. 24.

[3]) Um die Verschiedenheit des civilrechtlichen und des strafrechtlichen Betrugs zu betonen, wurde in der zweiten Lesung des Entwurfs das Wort „Betrug" durch „arglistige Täuschung" ersetzt. B. G. B. § 123. Protokolle Bd. I S. 118.

sachen einen Irrtum des B, welcher diesen veranlasst, einen Willen auszusprechen, den er nicht hatte, oder einen Entschluss zu fassen, den er sonst nicht gefasst hätte. Aber positive Handlungen sind anerkanntermassen zum Thatbestande des Betruges nicht erforderlich: Die Täuschung kann auch durch Unterlassungen bewirkt werden, durch Verschweigen solcher Thatsachen, deren Kenntnis den Betrogenen von seinem Entschlusse abgehalten hätte. Ferner braucht der Irrtum durch die betrügerischen Handlungen resp. Unterlassungen nicht „erregt" zu werden: Betrug kann u. U. schon darin liegen, dass ein beim Mitkontrahenten bereits vorhandener Irrtum von D ausgenutzt wird, wenn es Pflicht des D gewesen wäre, diesen ihm bekannten Irrtum aufzuklären.[1])

4. Die Täuschung, welche der Betrüger vornimmt, muss eine vorsätzliche sein. Besteht der Betrug in der Vorspiegelung falscher Thatsachen, so müssen die Angaben des Betrügers wissentlich falsch sein. Ebenso kann von betrügerischem Verschweigen einer Thatsache nur dann die Rede sein, wenn sie dem Schweigenden bekannt war. Beruht die falsche Aussage oder das Schweigen des D darauf, dass er selbst über den wahren Sachverhalt im Unklaren war, so ist der Vorwurf des Betruges ausgeschlossen, selbst wenn sich die Unkenntnis des D als Fahrlässigkeit darstellt. Das „Kennensollen" wird in der Lehre vom Betrug dem „Kennen" nicht gleichgestellt.[2]) Es kann sich also D, wenn

[1]) Revue Bd XIII Nr. 11 (mit Anführung anderer Urteile) und Bd XIV Nr. 97. Windscheid, Pandekten § 78 Note 4, Dernburg, Pandekten Bd I § 104 Note 9. Uebereinstimmend das Strafrecht, deutsches Str. Ges. B. § 263: „Wer . . . das Vermögen eines anderen dadurch beschädigt, dass er durch Vorspiegelung falscher oder durch Entstellung oder Unterdrückung wahrer Thatsachen einen Irrtum erregt oder unterhält . . ." Ebenso Basler Straf-Ges. B. § 150.

[2]) Vgl. Entscheidungen des Reichsgerichts Bd 21 Nr. 27 S. 163 (wo es in der zweiten Zeile rechts oben „Beklagte" statt „Kläger" heissen sollte) und die daselbst angeführte Litteratur, ferner Hanausek, Haftung des Verkäufers Bd II. S. 191 ff. Für die Gleichstellung von culpa lata und dolus wie es scheint auch bei der Ungiltigkeit von Verträgen, Dernburg, Pandekten Bd II § 36 Note 6, vgl. ferner Regelsberger, Pandekten, Bd I S. 653.

er durch seine Angaben oder sein Verhalten den B getäuscht hat, darauf berufen, dass er selbst durch einen anderen, X, falsche Informationen erhalten und diesem Gewährsmann, wenn auch noch so leichtsinnig, Glauben geschenkt habe. Allerdings kann ein gewisser Grad von Leichtgläubigkeit u. U. so unwahrscheinlich sein, dass der Richter sich zur Annahme berechtigt fühlt, dass D die Unrichtigkeit seiner Aussagen in der That gekannt habe und daher des Betruges schuldig sei.[1])

5. Die Täuschung muss rechtswidrig sein, d. h. einen Verstoss nicht bloss gegen die Pflichten des Anstandes und der Moral, sondern gegen die Rechtspflicht der Wahrhaftigkeit enthalten, welche in vielen Fällen nicht ganz so weit geht wie die erstgenannten Pflichten. Die Grenze zwischen der rechtswidrigen Täuschung und der rechtlich irrelevanten Unwahrheit lässt sich nicht in allgemeinen, sondern nur mit Rücksicht auf den speziellen Thatbestand ziehen.

Falsche positive Aussagen werden eher unter den Begriff des Betruges zu stellen sein, als ein wissentliches Verschweigen von Thatsachen. Aber damit ist nicht gesagt, dass jede bewusst unrichtige Aussage als Betrug zu bezeichnen ist.[2]) Zum Betruge gehört die Angabe bestimmter Thatsachen in der Art, dass der Betrogene im Vertrauen auf die Richtigkeit der Angabe den Vertrag eingehen soll. Darum gilt nicht als Betrug die allgemeine Anpreisung einer Ware durch den Verkäufer, wenn er sich auch bewusst ist, dass die Ware die Prädikate „vorzüglich," „prima" etc. nicht verdient;[3]) ebensowenig liegt Betrug vor, wenn der Käufer, um die Sache billiger zu erhalten, dem Verkäufer die Ueberzeugung beibringt, dass die Sache von geringer Qualität

---

[1]) Vgl. das von Hanausek citierte Erkenntnis des R. O. H. G. Bd V Nr. 14 S. 66. Angesichts der freien Beweiswürdigung verliert die berühmte Kontroverse über die Behandlung der culpa lata viel von ihrer praktischen Bedeutung.

[2]) Mommsen, Erörterungen aus dem Obligationenrecht II S. 145.

[3]) Anders wäre zu entscheiden, wenn es sich um eine im Handel übliche und mit fester Bedeutung versehene Qualitätsbereicherung handelte.

und wenig brauchbar sei.[1]) Es ist ferner kein Betrug begangen, wenn D Erwartungen und Vermutungen über ungewisse Thatsachen der Zukunft ausspricht, um den B zum Abschluss des Vertrages zu verleiten, so z. B. wenn der Verkäufer eines Grundstückes dem Kaufliebhaber versichert, es sei bestimmt zu erwarten, dass demnächst eine Strasse angelegt oder die Strasse kanalisiert oder das Areal vom Staate erworben werde, oder wenn der Verkäufer von Aktien dem Käufer vorspiegelt, dass die Aktien nächstens an der Börse eingeführt werden und daher im Kurse bedeutend steigen werden. Alle diese Behauptungen sind, wenn sie auch gegen besseres Wissen vorgebracht wurden, doch nicht als betrügerisch zu bezeichnen, weil sie nicht geeignet sind, in der Seele des Mitkontrahenten eine feste Ueberzeugung hervorzurufen, sondern nur Erwartungen zu erwecken, über deren Ungewissheit sich der Mitkontrahent klar sein muss. In allen diesen Fällen kann jedoch der Thatbestand des Betruges vorliegen, wenn zu dem Zukunftsgemälde die Behauptung einer gewissen der Gegenwart oder Vergangenheit angehörenden Thatsache hinzutritt, wenn z. B. der Terrainspekulant wider besseres Wissen versichert, dass ein Beschluss der Behörde betreffend Expropriation gefasst ist, oder wenn der Verkäufer der Aktien behauptet, es seien alle erforderlichen Formalitäten erledigt, um die Aktien auf den Kurszeddel zu bringen.

Die Thatsache, in deren falscher Vorspiegelung der Betrug besteht, wird meist eine Thatsache der Aussenwelt sein müssen; allein es kann u. U. ein Betrug auch darin erblickt werden, dass D den B über innere Thatsachen z. B. über seine des D Absichten täuscht: wenn D eine Sache kauft und sich tradieren lässt mit der Zusicherung, er werde das Geld sofort zusenden, und wenn er dabei nachweislich die Absicht hatte,

---

[1]) Dagegen würde man Betrug annehmen, wenn z. B. ein Juwelier, welchem B einen Diamanten zum Kauf anbietet, wider besseres Wissen dem B vorspiegelt, dass der Stein falsch sei; denn hier liegt die Behauptung einer bestimmten Thatsache vor.

nicht oder wenigstens in absehbarer Zeit nicht zu zahlen,[1]) so ist der Kauf im Sinne des Art. 24 ungültig, was für den Verkäufer angesichts des Art. 264 sehr wichtig sein kann.[2]) Allerdings muss in solchen Fällen stets bewiesen sein, dass es sich nicht bloss um eine nichtgehaltene Zusage handelt, sondern um ein Versprechen, das mit der Absicht des Nichteinhaltens und somit zum Zweck der Täuschung abgegeben wurde.[3])

---

[1]) Eine solche Absicht wird sich nur selten direkt nachweisen lassen. Der Richter hat sie aus dem Benehmen und den Umständen des Bestellers zur Zeit der Bestellung zu erschliessen, so z. B. aus den Anstalten, die der Besteller zur Flucht getroffen hatte, oder daraus, dass er völlig mittellos war und keine vernünftige Hoffnung hatte, demnächst Zahlungsmittel zu erlangen. Dagegen ist blosse Geldverlegenheit oder Zahlungsunfähigkeit des Bestellers kein genügender Grund, um Betrug anzunehmen, weil keine Verpflichtung besteht, dem Mitkontrahenten die eigenen Geldverhältnisse mitzuteilen, vgl. unten S. 11 bei Note 1.

[2]) Ein anderes Beispiel der betrügerischen Vorspiegelung einer Absicht giebt die Entscheidung des Reichsgerichts in Seufferts Archiv Bd 51 Nr. 4. D war testamentarisch verpflichtet an B bei seinem Tode 3000 Mark auszuzahlen, oder 6000 Mark, falls er sich wieder verheiratete, 6 Monate nach der Hochzeit. D schloss nun mit B einen Vergleich dahin, dass B 2500 Mark sofort erhalten und dafür auf alle weiteren Ansprüche aus dem Testament verzichten sollte. Der Vergleich wurde wegen dolus für ungiltig erklärt, weil D versichert hatte, er habe die Absicht zu heiraten nicht, obgleich diese Absicht nachweislich schon bestand und später verwirklicht wurde.

[3]) Bisweilen wird eine wissentlich falsche Aussage, die äusserlich betrachtet als Betrug erscheint, ihrem richtigen Sinn nach als Zusage des D sich darstellen, für die Existenz einer gewissen Thatsache einstehen zu wollen. Es verkauft z. B. D dem B ein Fass Wein mit der Versicherung, dass der (vom Käufer zu entrichtende) Zoll 10 Fr. nicht übersteigen werde. Darin liegt das Versprechen, die Differenz tragen zu wollen, falls der Zoll sich höher stellen sollte. Der Käufer ist meines Erachtens auf diese Differenzforderung beschränkt und darf nicht den ganzen Vertrag für unverbindlich wegen Betrugs erklären, selbst wenn er beweisen könnte, dass D seine Zusicherung wider besseres Wissen abgegeben hat. Denn fragt man sich: wodurch ist B zum Abschluss des Kaufes verleitet worden? so muss man sagen: nicht sowohl durch seine Meinung über den Zollbetrag (in welcher er sich getäuscht hat), als vielmehr durch die Thatsache, dass D für den Betrag des Zolles eine Garantie angeboten hat, welche dem B thatsächlich zugekommen ist. Es wird auch dem Käufer meistens ziemlich gleichgiltig sein, ob er nur 10 Franken Zoll zahlt, oder 15 Franken und die Differenz vom

Das wissentliche Verschweigen einer Thatsache ist wie jede Unterlassung nur dann rechtswidrig, wenn eine Verpflichtung zur Mitteilung besteht. Eine solche Pflicht existiert auch unter Personen, die noch nicht in Vertragsverhältnissen zu einander stehen, sondern erst im Begriffe sind, solche Beziehungen herzustellen; schon in diesem Stadium der Annäherung erwächst eine nach der guten Sitte und den Bedürfnissen des Verkehrs zu ermessende Verpflichtung, auf die Interessen des Mitkontrahenten Rücksicht zu nehmen. Einen Verstoss gegen die in contrahendo zu beobachtenden Pflichten haben wir schon oben beim Schadenersatz aus fahrlässigem Irrtum (vgl. § 10) kennen gelernt: wer sich in Vertragsverhandlungen einlässt, muss dafür sorgen, dass er nicht durch einen Irrtum und die daraus hervorgehende Ungültigkeit des Vertrages den anderen Teil schädigt. Aber das Gebot der bona fides geht noch weiter: wenn D weiss, dass sein Mitkontrahent B sich im Irrtum befindet oder in Gefahr schwebt, einem Irrtum zu verfallen, so ist D in gewissem Masse verpflichtet, ihn aufzuklären. Versäumt er diese Pflicht vorsätzlich, so liegt in seinem Verhalten eine Täuschung, welche in gleicher Weise wie die falsche Vorspiegelung von Thatsachen als Betrug gilt. Wieweit die Verpflichtung zur Offenheit geht, richtet sich nach den Umständen; vor allem nach der Natur des einzugehenden Vertrages: wer sich als Mandatar in den Dienst eines fremden Interesses stellt, oder als socius gemeinsame Interessen zu verfolgen verspricht, beansprucht schon bei Abschluss des Vertrages ein Vertrauen des Mitkontrahenten, das ihm ein höheres Mass von Aufrichtigkeit zur Pflicht macht, als bei eigennützigen Verträgen verlangt werden kann.[1]) Bei Kauf und Miete dagegen

---

Kaufpreis abzieht. Anders verhält es sich bei zugesicherten Eigenschaften der Sache: der Käufer kauft den Wein, weil er ihn (auf Grund der Zusage des Verkäufers) für gut hielt, und nicht weil ihm der Verkäufer versprochen hat, den Schaden zu vergüten, falls der Wein nicht gut wäre.

[1]) Vgl. Regelsberger, Pandekten Bd I § 146 Note 3. Ebenso liegt es im Wesen des Versicherungsvertrages, dass der Versicherungsnehmer den Versicherer in weitem Mass über seine persönlichen Verhältnisse aufklären muss.

stehen sich die Parteien im ehrlichen Gegensatz der Interessen gegenüber: Der Käufer weiss, dass es dem Mitkontrahenten auf eine Erhöhung des Kaufpreises ankommt, und ebenso weiss der Verkäufer, dass von der anderen Seite eine Herabsetzung des Preises erstrebt wird. Keiner von beiden ist daher verpflichtet, sich auf den Standpunkt seines Mitkontrahenten zu stellen und ihm Thatsachen mitzuteilen, welche zu seinen Gunsten Ausschlag geben könnten. In diesem Sinne ist der bekannte Ausspruch der Quellen zu verstehen: in pretio emptionis et venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire.[1]) Dieser Satz bezieht sich auf die Thatsachen, Angebot und Nachfrage, durch welche die Preisbildung bestimmt wird. Der Verkäufer braucht dem Käufer nicht zu sagen, dass er anderswo billiger kaufen kann oder dass die Preise voraussichtlich demnächst sinken werden.[2]) Eine so weitgehende Pflicht, für die Interessen der Mitmenschen zu sorgen, wäre mit unserem auf den Eigennutz gebauten Verkehrsleben unverträglich. In dieser Richtung kann und muss jeder Kontrahent seine Interessen selbst wahren. Anders verhält es sich mit den Eigenschaften der Kaufsache: Da der Verkäufer in der Regel seine Sache besser kennt, als der Käufer, so ist er ex bona fide verpflichtet, einen Irrtum des Käufers zu heben, resp. nicht aufkommen zu lassen. Wenn der Verkäufer weiss, dass der Käufer einen Mangel der Sache, der für ihn erheblich ist, nicht merkt, so handelt er dolos, wenn er ihn nicht darauf aufmerksam macht. Wenn der Verkäufer weiss, dass der Käufer der Sache eine Eigenschaft irrtümlich beilegt, die für seinen Entschluss massgebend ist, so liegt in der Zulassung dieses Irrtums gleichfalls ein Betrug. Wiederum anders ist das Stillschweigen über die eigenen Vermögensverhältnisse zu beurteilen: es wäre ein zu weitgehendes und undurchführbares Postulat, wenn man von einem Kontrahenten (besonders einem Kaufmanne), der sich in bedrängter Lage befindet,

---

[1]) fr. 16 § 4 de minor. 4, 4; fr. 22 § 3 locati 19, 2.

[2]) Mommsen a. a. O. S. 144.

verlangen wollte, dass er diese Umstände seinem Mitkontrahenten mitteilt. Es ist Sache des Mitkontrahenten, ehe er Kredit gewährt, Erkundigungen einzuziehen oder Aufklärungen vom Kreditsuchenden selbst zu verlangen. Darum liegt in dem blossen Schweigen eines Kontrahenten über sein Bedrängnis kein Betrug (soweit nicht, wie oben S. 8 bemerkt, der Vorsatz der Nichterfüllung des Vertrages vorhanden ist), während allerdings eine wissentlich falsche Auskunft auf Anfrage des Mitkontrahenten als Betrug zu betrachten ist.[1])

Ausser der Natur des Vertrages kommt für die Frage, ob ein wissentliches Verschweigen Betrug ist, die Person des Mitkontrahenten in Betracht. Je sachkundiger und erfahrener der Mitkontrahent ist, um so eher darf D annehmen, dass er sich in keinem Irrtum befindet, z. B. dass er die leicht erkennbaren Mängel der Sache sieht und sich trotzdem aus anderen Gründen, nach denen D nicht zu forschen braucht, zum Ankauf entschliesst.

Endlich ist auch noch auf die Umstände zu sehen, unter denen das Verschweigen stattfand. Hat B den Vertrag geschlossen, ohne sich viel um die Eigenschaften der Sache zu kümmern, so durfte D u. U. annehmen, dass es dem B auf die Beschaffenheit nicht sehr ankomme, sondern mehr auf den niederen Preis (B kauft die Sache, um sie zu schenken und damit einer unbequemen Höflichkeitspflicht zu genügen).[2]) Hier ist D nur in geringem Mass zu einer ungefragten Aufklärung verpflichtet. Hat sich dagegen B angelegentlich erkundigt oder hat ihm D unaufgefordert ausführliche Auskunft gegeben und dadurch den Schein der vollständigen Aufklärung erweckt,[3]) so ist er verpflichtet auch solche Umstände

---

[1]) Bundesgericht in Revue Bd XI Nr. 105: Veröffentlichung einer gefälschten Bilanz Seitens eines öffentlichen Kreditinstitutes ist Betrug gegen die Personen, welche im Vertrauen auf diese Bilanz neue Geschäfte abschliessen.

[2]) Oder D hat Grund zu glauben, dass B die Sachen in Kenntnis des Mangels kauft, um sie an andere Personen in betrügerischer Weise weiter zu veräussern.

[3]) Dernburg, Pandekten Bd I § 104 Note 10, Entscheidungen des Reichsgerichts, Bd 25 S. 137.

anzugeben, nach denen B nicht gefragt hat, weil er über sie eine feststehende falsche Meinung hatte, die aber als für seinen Entschluss massgebend erscheinen.

Einen speziellen Fall des durch Schweigen verübten Betruges möchte ich noch besonders hervorheben, weil er infolge von historischen Zufälligkeiten im römischen Recht und daher auch meist im gemeinen Recht nicht unter dem Gesichtspunkt des dolus betrachtet wird: ich meine den wissentlichen Empfang einer nicht geschuldeten Leistung. Die Römer sehen hierin ein furtum;[1]) sie konnten an dieser vermutlich sehr alten, vor der Einführung der actio doli eingebürgerten, Subsumption festhalten, da der Begriff des furtum ein sehr weites und nicht scharf abgegrenztes Gebiet umfasste.[2]) Im System des heutigen Rechtes ordnet sich dieser Fall, wie mir scheint, dem Begriff des Betruges unter[3]) und gehört demgemäss zu Art. 24: Die Zahlung ist wegen Betrugs ungültig;[4]) soweit dem Zahlenden von diesem Standpunkt aus nicht geholfen werden kann, steht ihm natürlich die condictio indebiti (Art. 72, 73) zu Gebote.

6. Die Täuschung muss, um Betrug zu sein, in der Absicht vorgenommen sein, den Getäuschten zum Abschluss seines Vertrages zu verleiten. Hat D den B wissentlich getäuscht, aber zu einem anderen Zweck, und wird dann B

---

[1]) Dernburg, Pandekten, Bd II § 136 Note 11, § 141 Note 19.

[2]) Die Annahme eines furtum bei wissentlichem Empfang eines indebitum hatte für das römische Recht die praktische Folge, dass der eine Nichtschuld Zahlende in diesem Fall Eigentümer der tradierten Sachen blieb, während ein dolus die dingliche Wirkung der Tradition nicht beeinflusste. Vgl. Strohal in den Jahrb. für Dogmatik, Bd 27 S. 345. (Für Eigentumsübergang an den mala fide Empfänger eines indebitum Bekker Besitz S. 29 und Pernice, Labeo Bd. II, 2. Aufl., S. 325.)

[3]) Vgl. Strohal, a. a. O. S. 425. Auch strafrechtlich wird in diesem Falle Betrug angenommen, vgl. Olshausen Kommentar zum Strf. G. B. § 263 Nr. 14.

[4]) Der Zahlende kann vindicieren. Denn die Grundsätze über Mängel des Vertragsschlusses gelten, wie das ganze erste Kapitel des ersten Titels für alle Verträge, die im O. R. geregelt sind, obwohl der Gesetzgeber, wie aus den Ueberschriften hervorgeht, nur an den obligationenbegründenden Vertrag gedacht hat. Vgl. unten § 14 Nr. 5.

durch den Irrtum, der in ihm entstanden ist, zu einem Vertrag mit D veranlasst, den er ohne den Irrtum nicht eingegangen wäre, so unterliegt dieser Vertrag dennoch nicht dem Art. 24, es sei denn, dass D den schon vorhandenen Irrtum des B beim Abschluss des Vertrages in betrügerischer Weise ausnutzt.[1]) Aber dazu ist erforderlich, dass D beim Abschluss des Vertrages sich bewusst ist, dass der Irrtum des B noch besteht und fortwirkt, und dieses Wissen kann bei D leicht fehlen, wenn zwischen der Täuschung und dem Vertrage ein längerer Zwischenraum liegt. Wenn z. B. D aus Renommage seine Vermögensverhältnisse als glänzende bezeichnet oder die Eigenschaften seines Pferdes wissentlich übertreibt, und B nach längerer Zeit, aber immer noch unter dem Eindruck des früheren Gespräches, das D vielleicht längst vergessen hat, ihm Kredit gewährt oder das Pferd kauft, so wird man dem D sein früheres Verhalten nicht zum Betruge anrechnen können.

Dagegen liegt allerdings Betrug vor, wenn D falsche Angaben macht oder Thatsachen verschweigt, von denen er weiss, dass sie für den Entschluss des B massgebend sind, wenn auch D für sein unaufrichtiges Verhalten Motive hat, die ihn auch ohne Rücksicht auf einen Vertragsabschluss dazu veranlasst hätten und die an sich nicht unehrenhaft sind. Denn wenn D gute Gründe hat, gewisse Thatsachen geheim zu halten, so steht er eben vor der Alternative, einen Vertragsschluss, bei welchem diese Thatsachen für den Mitkontrahenten von entscheidender Wichtigkeit sind, zu unterlassen, wenn ihm sein Geheimnis mehr wert ist, oder, wenn er die Vorteile des Vertrages vorzieht, sein Geheimnis preiszugeben. Demgemäss würde ich Betrug annehmen, wenn z. B. D beim Abschluss einer Lebensversicherung gewisse Krankheiten resp. Todesursachen naher Angehöriger verschweigt, sollte das auch aus Schamgefühl geschehen sein.[2])

---

[1]) Vgl. Revue Bd X Nr. 107.

[2]) Das Reichsoberhandelsgericht hat gelegentlich bemerkt (Entscheid. Bd 9 S. 68), ein solches Motiv des Verschweigens würde den dolus ausschliessen. Dies hängt mit der oben (S. 3 Note 3) erwähnten Anschauung

7. Kein Erfordernis des civilrechtlichen Betruges ist die Absicht einen widerrechtlichen Gewinn zu machen, und ebensowenig die Absicht das Vermögen des Mitkontrahenten zu schädigen. Zur Bestrafung des Thäters werden allerdings diese beiden Momente gefordert,[1]) als Ungültigkeitsgrund eines Vertrages ist dagegen der Betrug schon dann gegeben, wenn der Wille besteht, in unerlaubter Weise durch Täuschung auf den Willen des Mitkontrahenten einzuwirken.[2]) Denn das unter dem Einfluss eines Betruges abgeschlossene Geschäft ist nicht deshalb mangelhaft, weil die Lage des Betrügers eine vorteilhaftere, resp. die des Betrogenen eine nachteiligere ist, als sie es ohne das Eingreifen des Betrügers gewesen wäre, sondern weil der Wille des Betrogenen in unerlaubter Weise beeinflusst worden ist, weil er das Geschäft nicht gewollt hat, resp. bei ehrlichem Verhalten des Mitkontrahenten nicht gewollt hätte. Demgemäss ist z. B.

---

der Römer zusammen, welche das Wort dolus vermieden, wo das Motiv der That kein unehrenhaftes ist. Diese Auffassung ist im modernen Recht weder für den Deliktvorsatz, noch für den Betrug massgebend. Es bedarf meines Erachtens keiner besonderen Bestimmung über wissentliches Verschweigen erheblicher Thatsachen im Versicherungsrecht. Art. 9, 1 des Entwurfs eines Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag deckt sich mit Art. 24 O. R. A. M. der Verfasser des Entwurfes, Prof. Rölli, vgl. Motive S. 67 Note 99.

[1]) Der Wille, den Betrogenen zu schädigen, wird oft als dolus eventualis vorliegen.

[2]) Mommsen, Erörterungen aus dem Obl. Recht II S. 148. Hanausek, Haftung des Verkäufers, Band II S. 190, Zitelmann, die Rechtsgeschäfte im Entwurf eines B. G. B. II S. 43, vgl. ferner oben S. 4 Note 3. Das Bundesgericht sagt in den Motiven eines Urteils, Revue Bd XIV Nr. 97: „Ferner gehört zum Betruge die vorsätzliche Beschädigung und die gewinnsüchtige Absicht," jedoch handelt es sich in diesem Urteil nicht um die Ungiltigkeit eines Geschäftes nach Art. 24, sondern um die Schadenersatzklage des Art. 50, welche allerdings ohne Vermögensbeschädigung nicht denkbar ist. Gewinnsüchtige Absicht würde aber meines Erachtens auch für die Schadenersatzklage aus Betrug nicht erforderlich sein. Sonst könnte der Gehilfe, der aus uneigennütziger Freundschaft zum Betrüger oder aus ebenso uneigennütziger Feindschaft gegen den zu Betrügenden beim Betrug mitthätig ist, nicht haftbar gemacht werden, was der allgemeinen Tendenz des Art. 50, jeden widerrechtlichen Schaden zu treffen, widersprechen würde.

das wissentliche Verkaufen einer gestohlenen Sache Betrug im Sinne des Art. 24, wenn auch der Verkäufer hoffen durfte, dass dem Käufer keinerlei Nachteil bei dem Geschäfte erwachsen und die 5 Jahre des Art. 206 ungestört ablaufen werden; denn der Verkäufer wusste, dass der Käufer als ehrlicher Mann bei Kenntnis der Furtivität den Kauf nicht abgeschlossen hätte. Ebenso ist es Betrug, wenn D seinen deutschen Champagner für französischen ausgiebt, selbst wenn im gegebenen Falle der Wein nicht weniger gut und wertvoll ist, als es französischer gewesen wäre.[1]) Allerdings wird die Absicht einen ungerechten Gewinn zu machen, resp. den Mitkontrahenten zu schädigen in den meisten Fällen des Betruges vorhanden sein. Es wird auch häufig der Vorteil, den sich D aus dem Vertrage versprechen konnte, ein Indiz dafür sein, dass er die Täuschung seines Mitkontrahenten vorsätzlich erregte, resp. eine für diesen erhebliche Thatsache wissentlich verschwieg.[2])

8. Der Vertrag ist nur dann wegen Betrugs unverbindlich, wenn der Zweck der Täuschung erreicht d. h. der Mitkontrahent durch die Täuschung zum Vertragsabschluss verleitet worden ist. Wenn nun feststeht, dass D die Absicht hatte, durch sein doloses Benehmen den B zum Abschluss eines Vertrages zu veranlassen, und wenn B diesen Vertrag wirklich eingegangen ist, so wird der Kausalzusammenhang

---

[1]) Betrug ist sogar dadurch nicht ausgeschlossen, „dass der Täuschende im Interesse des andern Teiles zu handeln glaubte, indem er ihn durch die Täuschung zu der Willenserklärung bestimmte.“ Planck, Kommentar zum B. G. B. § 123 Nr. 2. Denn niemand braucht sich ein, wenn auch noch so vorteilhaftes Geschäft gegen seinen Willen aufdrängen zu lassen. Aus demselben Grunde ist eine Geschäftsführung, welche wider den Willen des Geschäftsherrn unternommen wird, für diesen nicht verbindlich.

[2]) In diesem Punkte gehen Strafrecht und Civilrecht am deutlichsten verschiedene Wege. So sagt z. B. v. Liszt, Lehrbuch des Strafrechts, § 139 Nr. 4: „Ich bin nicht betrogen, wenn ich durch Täuschung bestimmt werde, mich bei einer andern als der von mir ins Auge gefassten Versicherungsgesellschaft einzukaufen, statt Naturwein preiswerten Kunstwein entgegenzunehmen.“ In beiden Fällen ist meines Erachtens der Vertrag nach Art. 24 ungiltig.

zwischen dem Verhalten des D und dem Kontrahieren des B meist ohne Weiteres als vorhanden angenommen werden können.[1]) Allein dieser Kausalzusammenhang kann fehlen, wenn sich herausstellt

a) dass der Täuschungsversuch des D nicht gelungen ist, weil dem B der wahre Sachverhalt bekannt war. Wenn nun B trotzdem den Vertrag geschlossen hat, so kann man nicht sagen, dass er dazu durch die Aussagen des D verleitet worden ist, deren Unrichtigkeit er kannte. So wurde in der Entscheidung Revue V, No. 7 (Bundesgericht Bd XII, S. 632) der Käufer eines Hôtels, dem der Verkäufer wissentlich falsche Angaben über die Rendite gemacht hatte, mit seiner Betrugsklage abgewiesen, weil das Gericht annahm, dass der Käufer, der sich längere Zeit im Hôtel aufgehalten und den Betrieb beobachtet hatte, die wahren Verhältnisse kannte, also nicht durch die Behauptungen des Verkäufers getäuscht worden sei. Jedoch ist daran festzuhalten, dass nur die wirkliche Kenntnis des B dem Betrugsversuch des D seine Wirkung benimmt. Dem Wissen des Mitkontrahenten steht das Wissenmüssen nicht gleich.[2]) Ist B durch falsche Vorspiegelungen des D zum Vertrage verleitet, so treten die Rechtsfolgen des Betruges ein, selbst wenn eine noch so fahrlässige Leichtgläubigkeit des B dazu nötig war, um der Täuschung zu unterliegen. Durch die Fahrlässigkeit des B. wird die böse Absicht des D nicht entschuldigt,[3]) (es kann sogar die Handlungsweise des D vom moralischen Standpunkt aus noch schlechter erscheinen, weil sie gegenüber einem vertrauensseligen Menschen geübt wurde); auch sind durch die Fahrlässigkeit des B nicht etwa die Wirkungen des rechtswidrigen Verhaltens des D verstärkt worden (was beim Schaden-

[1]) Revue Bd V Nr. 7. (Bundesgericht).

[2]) Hanausek, Haftung des Verkäufers II S. 189, vgl. Entscheidungen des Reichsgerichts, Bd 18, S. 224: „aus der Vermeidlichkeit des Irrtums darf ein Einwand gegen die Rechtsfolgen des Betruges nicht entnommen werden."

[3]) Allerdings müsste B nach Art. 23 für seine Fahrlässigkeit haften, wenn sein Mitkontrahent D am Irrtum des B unschuldig wäre, und B den Vertrag mit Berufung auf wesentlichen Irrtum anfechten würde.

ersatz zu der sogenannten compensatio culpae führen kann, Art. 51, 2), vielmehr hat D gerade das erzielt, was er beabsichtigte: die Täuschung des B; dass ihm dies durch die Unvorsichtigkeit des B leichter gelungen ist, als er hoffen durfte, kann seine Rechtslage nicht bessern und die des B nicht verschlechtern. Allerdings kann eine culpa lata des Betrogenen leicht dazu führen, dass ihm der Beweis des Betruges misslingt, indem der Richter eine Täuschung, die nur bei einem ganz ungewöhnlichen Mass von Sorglosigkeit möglich wäre, in concreto für unwahrscheinlich erachtet.[1])

b) Der Kausalzusammenhang zwischen Täuschung und Vertragsschluss kann ermangeln, wenn sich herausstellt, dass B zwar wirklich den falschen Behauptungen des D Glauben geschenkt, resp. die von D betrügerisch verschwiegenen Thatsachen nicht gekannt hat, dass er aber auch bei voller Kenntnis aller Umstände den Vertrag dennoch geschlossen hätte, weil für ihn und seine besonderen Zwecke die Thatsachen, welche D für erheblich hielt resp. nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge für erheblich halten musste, nicht in Betracht kamen. Ein solcher Beweis wird freilich dem D sehr schwer fallen und meist unmöglich sein. Doch kann folgender Fall vorkommen: D verkauft dem B Waren unter Vorspiegelung falscher Eigenschaften. B will den Vertrag umstossen. D beweist dagegen, dass es dem B auf diese Eigenschaften durchaus nicht ankam, da er zur selben Zeit und zum selben Zwecke von anderer Seite solche Waren ohne Zusicherung der betreffenden Eigenschaften zum gleichen Preise gekauft hat.

9. Wenn der Kausalzusammenhang zwischen der Täuschung und dem Vertragsschluss gegeben ist, so ist der Vertrag wegen des Betruges unverbindlich. Weitere Erfordernisse hat die Ungültigkeit nicht, namentlich ist es nicht nötig, dass der Vertragsschluss für den Betrogenen ökonomisch ungünstig war. So wenig eine Absicht der Vermögensschädigung zum civilrechtlichen Betrug gefordert wird, so wenig ist ein Vermögensschaden als objektive Wirkung des

[1]) Vgl. oben S. 6 Note 1.

Betruges nötig.[1]) Die Richtigkeit dieses Satzes wird prima facie dadurch verdunkelt, dass in der Regel der Betrogene nur dann den Betrug geltend macht, wenn das Geschäft zu seinem Nachteil ausgefallen ist, anderenfalls aber das Geschäft genehmigt oder durch Ablauf der Präklusivfrist des Art. 28 gültig werden lässt. Doch kann B unter Umständen Veranlassung haben, die Unverbindlichkeit eines Vertrages nach Art. 24 zu behaupten, obwohl er durch den Abschluss des Vertrages ökonomisch nicht benachteiligt wurde. B kann z. B. ein Affektionsinteresse an der Sache haben, welche ihm D unter Vorspiegelung falscher Thatsachen um den richtigen Preis abgekauft hat. Ferner kann es vorkommen, dass ein unter dem Einfluss eines Betruges zu Stande gekommener Vertrag bei seinem Abschluss keine Schädigung des Betrogenen bewirkte, dass aber späterhin Umstände, die mit dem Betruge nicht zusammenhängen, den Vertrag zu einem für den Betrogenen ungünstigen machen, z. B. B kauft eine Sache, weil ihn D über gewisse Eigenschaften derselben täuscht; die Sache geht durch einen Zufall unter, der mit ihren Eigenschaften nicht zusammenhängt. Der Schaden, den B erleidet, ist also nicht Folge des Betruges, trotzdem kann B die Ungültigkeit des Kaufes behaupten, weil er ohne den Betrug nicht gekauft hätte.

[1]) Ebensowenig wird der Betrug dadurch ausgeschlossen, dass sich D durch dass Mittel der wissentlichen Täuschung nur das verschaffte, was ihm B zu leisten verpflichtet war. Wenn z. B. D durch betrügerische Vorspiegelungen den B veranlasst, eine Sache zu übergeben, welche er dem D schuldet, so kann meines Erachtens B nichtsdestoweniger die Tradition als dolos erschlichen bezeichnen und die Sache zurückfordern. Allerdings wird dies Vorgehen für B meist ohne praktischen Wert sein, da er widerklagsweise zur Lieferung der Sache angehalten werden kann. Aber es kann sein, dass dem B mittlerweilen ein Retentionsrecht nach Art. 224, 226 oder eine exc. non adimpl. contr. nach Art. 95, 96 erwachsen ist, welche der Widerklage entgegensteht. Wird eine durch betrügerische Handlungen erschlichene Zahlung einer schuldigen Geldsumme angefochten, so fragt es sich, ob gegenüber dieser Rückforderung mit der ursprünglichen Forderung kompensiert werden kann, oder ob nicht die Aufrechnung nach Art. 132 Nr. 1 ausgeschlossen ist.

10. Der Vertrag ist ungültig, wenn B durch betrügerische Handlungen des D zum Abschluss des Vertrages verleitet worden ist, d. h. wenn B nachweist, dass er ohne die Vorspiegelungen resp. das unehrliche Schweigen des D den Vertrag überhaupt nicht geschlossen hätte. Wenn dagegen feststeht, dass B den Entschluss zum Eingehen des Vertrages z. B. zum Verkauf seiner Sache gefasst hat, ohne dass ihn dabei D irgendwie beeinflusste, und dass der dolus des D nur dazu geführt hat, dass B den beabsichtigten Verkauf zu weniger günstigen Bedingungen abschloss, als er sonst hätte erzielen können, so würde es dem Grundgedanken des Art. 24 widersprechen, wenn man dem Verkäufer gestatten wollte, den Vertrag zu rescindieren und die Sache wieder an sich zu ziehen, die er aus freiem und unbeeinflusstem Willen zu veräussern sich entschlossen hatte. In solchen Fällen bleibt der Vertrag gültig und der Betrogene ist auf die Schadensersatzklage des Art. 50 angewiesen: er kann z. B. behaupten, dass er die Sache, die er verkaufen wollte, zu dem damals üblichen Preise von 100 abgesetzt hätte, wenn ihn nicht D durch dolose Täuschung bewogen hätte, ihm die Sache für 80 zu überlassen. Diese Differenz von 20 ist das lucrum cessans, welches D verschuldet hat und daher ersetzen muss. Diesen Unterschied in der Einwirkung des Betruges auf den Abschluss des Vertrages bezeichneten die älteren gemeinrechtlichen Juristen mit den Ausdrücken: dolus causam (negotii) dans und dolus (in negotio) incidens.[1]) Die quellenmässige Begründung dieses Gegensatzes im römischen Rechte ist nicht unbestritten, die innere Richtigkeit wird von der Praxis und der Mehrzahl der Schriftsteller anerkannt.[2]) Allerdings zeigt sich ein Schwanken in der Auffassung des Gegensatzes: Windscheid[3]) z. B. scheint an-

[1]) Bei dolus causam dans wurde früher Nichtigkeit des Vertrages angenommen, was die neuere Theorie mit Recht verwirft, vgl. Windscheid Pandekten § 78 Note 5.

[2]) Vgl. Regelsberger, Pandekten, § 146 Note 8, Hanausek, Haftung des Verkäufers Bd I S. 158, Bd. II S. 190.

[3]) Pandekten § 78 Note 7.

zunehmen, dass der Betrogene je nach der Lage seiner Interessen Rescission des Vertrages oder Schadenersatz verlangen dürfe. Damit wird der Gegensatz von dolus c. d. und dolus incidens nicht in der Wirkung gesucht, die der Betrug auf den Entschluss des Betrogenen geübt hat, sondern in die weitere Entwickelung der Verhältnisse bis zum Moment der Geltendmachung des dolus verlegt,[1]) m. Er. mit Unrecht. Denn wie die Ungültigkeit eines Geschäftes wegen dolus allein von der Art des Zustandekommens des Geschäftes und nicht von der ökonomischen Nachteiligkeit desselben abhängt, so kann eine spätere Veränderung der Interessen des Betrogenen weder sein Rescissionsrecht aufheben, wenn er es hatte, noch ins Leben rufen, wenn es ihm nicht zu Gebote stand, weil er durch den Betrug nicht zum Abschluss des Vertrages war verleitet worden. Wenn z. B. B, durch Geldverlegenheit gezwungen, Aktien, deren Wert 100 ist, verkaufen will, und durch dolus des D veranlasst wird, die Aktien zu 80 abzugeben, so scheint mir das ein typischer Fall des dolus incidens zu sein: B hat ein für alle Mal nur die Schadenersatzklage auf die Differenz von 20.[2]) Er

---

[1]) Aehnlich Bechmann, Kauf Bd II, S. 303 und Reichsgericht in Seufferts Archiv Bd 43, Nr. 186: „Die Aufhebung eines Rechtsgeschäfts wegen dolus ist begründet, wenn der Betrogene durch den Betrug zum Abschluss des Geschäfts verleitet wurde, oder wenn überhaupt die Wiederaufhebung der durch den Betrug geschaffenen Lage die Aufhebung des Geschäfts notwendig erfordert.“ Dagegen wird in Seuffert Archiv B. 44, Nr. 91 für den Begriff des dolus causam daus in richtiger Weise bloss auf die Art und Weise abgestellt, wie der Betrug bei Abschluss des Geschäfts gewirkt hat.

[2]) Dieser Anspruch ist m. Er. als Schadenersatzklage zu konstruieren und nicht, wie Mommsen a. a. O. S. 162, 172 und mit ihm Hanausek a. a. O., Bd I, S. 161 annehmen, als Anspruch auf Abänderung des Vertrages. Der Betrogene kann nur behaupten, dass der Vertrag ungültig ist, nach Art. 24, weil er ihn ohne den Betrug überhaupt nicht geschlossen hätte, oder dass ihn der Betrüger nach Art. 50 dafür schadlos halten müsse, dass er den Vertrag so wie geschehen geschlossen hat, während er ohne den Betrug billiger gekauft resp. teuerer verkauft hätte. Dagegen kann der Betrogene nicht verlangen, dass dem wirklich geschlossenen Vertrag ein anderer Vertrag substituiert werde mit den Bedingungen, welche bei ehrlichem Verhalten des Mitkontrahenten wären bewilligt worden. Sonst könnte

darf nicht etwa Rescission verlangen, wenn die Aktien später durch unerwartete Ereignisse einen Kurs von 150 erhalten, obgleich die Ungültigkeit des Verkaufes den jetzigen Interessen des B am besten dienen würde.[1]) In diesem Sinne scheint mir die Unterscheidung praktisch sehr wohl verwertbar und mit dem Wortlaut des Art. 24 vereinbar zu sein.[2]) Wenn Dernburg[3]) dagegen einwendet, dass es meist mehr oder weniger zweifelhaft bleiben wird, ob der Geschäftsschluss selbst oder nur gewisse Modalitäten des Geschäftes durch den Betrug bestimmt worden sind, so ist das zuzugeben, und man wird deshalb dem Betrogenen, wenn er Rescission verlangt, den Beweis, dass er ohne den Irrtum über-

---

B, wenn er den Hengst „Sultan" von D für 2000 Franken kaufen wollte und D ihn durch arglistige Täuschung beredet hat, für denselben Preis die Stute „Diana" zu erwerben, auf Grund des Betruges den Hengst als gekauft beanspruchen.

[1]) Dolus incidens würde ich auch in folgendem Falle annehmen: ein Banquier verkauft einem Kunden unter falschen Vorspiegelungen Aktien zum Kurse 125, welche später auf 60 sinken, nachdem sich herausgestellt hat, dass die Jahresbilanzen falsch aufgestellt waren und ein Reingewinn faktisch noch nie erzielt worden ist. Der Käufer klagt, nach Verjährung der ädilitischen Klagen, aus Art. 24. Der Banquier beweist, dass er selbst die Aktien für solid hielt und nach Lage der Verhältnisse halten durfte, und dass zur Zeit des streitigen Kaufes diese Aktien allgemein zum Kurse 105 genommen wurden. Seine betrügerischen Handlungen konnten also nur den Zweck und Erfolg haben, dem Käufer die Aktien zum übermässigen Preis von 125 anzuhängen. Das Geschäft als solches, d. h. den Ankauf der Aktien, hat der Banquier bona fide empfehlen können. Er haftet daher nur für die Folgen seines dolus und hat die Differenz von 20 zu zahlen.

[2]) A. M. Rossel, Manuel, p. 63, der aber das Kennzeichen des dolus incidens unrichtiger Weise darin sieht, dass der Betrug nicht beim Beginn, sondern im Lauf der Vertragsverhandlungen verübt ist. Eine solche Unterscheidung wäre allerdings dem Art. 24 fremd. Dagegen steht m. Er. nichts im Wege, nur dem dolus die Wirkung des Art. 24 beizulegen, durch welchen der Betrogene zum Vertragsabschlusse verleitet wurde, im Gegensatz zum dolus incidens, der die Aufnahme einzelner Bestimmungen in den Vertrag, der auch sonst wäre abgeschlossen worden, bewirkte. In demselben Sinne kann auch B. G. B. § 123 ausgelegt werden. A. M. (für Beseitigung des Unterschieds zwischen dolus causam dans und incidens) Endemann, Einführung in das B. G.-B., S. 312.

[3]) Pandekten, Band I, § 104, Note 9.

haupt nicht kontrahiert hätte, nicht zu schwer machen.[1] Allein es bleiben deshalb doch Fälle übrig, in welchen augenscheinlich ein blosser dolus incidens vorliegt, und hier würde Ungültigkeit des Vertrages oft über das Ziel hinausschiessen, d. h. nicht bloss die Wirkungen des Betruges aufheben, sondern gegen den Betrüger zu gunsten des Betrogenen wie eine Privatstrafe wirken.

Ein besonderes Recht gilt für die Haftung des dolosen Verkäufers auf Grund des Art. 243 O. R. Wenn der Verkäufer für einen Mangel im Sinne des Art. 243 oder für eine zugesicherte Eigenschaft haftet,[2] so hat nach Art. 249 der Käufer die freie Wahl zwischen Redhibition und Preisminderung. Er braucht also, wenn er Redhibition verlangt, nicht zu behaupten, dass er die Sache überhaupt nicht gekauft hätte, wenn er das Nichtvorhandensein der zugesicherten Eigenschaft resp. das Vorhandensein des Mangels gekannt hätte. An diesem Wahlrecht des Käufers wird natürlich nichts geändert, wenn die Zusicherung resp. das Schweigen des Verkäufers dolos war.[3] Allerdings ist das Wahlrecht des Käufers im O. R.[4] beschränkt durch die

---

[1] Vgl. Mommsen a. a. O., S. 155. Dass die römischen Juristen einen solchen Beweis bei vernünftiger Würdigung durch den Richter, für erbringlich erachteten, geht, ausser aus den für den dolus causam dans gewöhnlich citierten Stellen, auch aus fr. 12 § 11 de iure dot. 23, 3 hervor; vgl. auch fr. 50 de don. int. v. 24,1, wo zum Beweis gestellt wird, ob eine Frau, welcher ihr Mann Geld zum Ankauf einer Sache geschenkt hat, diese Sache aliter emptura non fuit, nisi pecuniam a viro accepisset.

[2] Art. 249 spricht zwar nur von „Gewährleistung wegen Mängel der Kaufsache," doch scheint es mir keinem Zweifel zu unterliegen, dass damit der doppelte Thatbestand des Art. 243 (Mängel und zugesicherte Eigenschaften) gemeint ist, wie ja auch die Ueberschrift des ganzen Abschnittes im Gesetz unter „Mängeln" der Kaufsache auch das Fehlen zugesagter Eigenschaften mit versteht.

[3] Sofern der Käufer seine Ansprüche auf die Bestimmungen über „Gewährleistung für Mängel" Art. 243 ff. stützt und nicht etwa auf den dolus des Verkäufers.

[4] Im Gemeinen Recht ist eine solche Beschränkung des Wahlrechts des Käufers nicht vorhanden. Auch das B. G.-B., § 462 hat sie nicht aufgenommen. Die Motive, Band II, S. 227 sagen ohne weitere Begründung:

Bestimmung des Art. 250: „Auch wenn die Wandelungsklage angestellt worden ist, kann der Richter bloss Ersatz des Minderwertes zusprechen, sofern nach seinem Ermessen die Umstände es nicht rechtfertigen, den Kauf rückgängig zu machen.“ Welche Umstände dabei in Betracht kommen sollen, ist nicht gesagt. Es liegt in der Hand des Richters, entweder, entsprechend dem Unterschied zwischen dolus causam dans und incidens, die Umstände bei Abschluss des Vertrages zu berücksichtigen und die Wandelung zu verweigern, wenn anzunehmen ist, dass der Käufer bei voller Sachkenntnis doch gekauft aber einen geringeren Preis gegeben hätte, oder nach den Umständen zur Zeit des Urteils zu entscheiden und den Käufer auf die Preisminderung zu verweisen, wenn seinem Interesse auf diesem Wege voll genüge geschehen kann.[1])

Begeht der Verkäufer einen dolus in contrahendo, der sich nicht mit dem objektiven Thatbestand des Art. 243 deckt (nicht in der Zusicherung von Eigenschaften oder dem Verschweigen von Mängeln besteht),[2]) so kann nicht die Wandelung begehrt, sondern nur Ungültigkeit nach Art. 24 behauptet werden, wobei der Unterschied von dolus causam dans und dolus incidens zur Geltung kommt.[3])

„es konnte für das B. G.-B. die Aufnahme der Bestimmung des schweiz. O. R., Art. 250 nicht in Frage kommen.“ M. Er. hätte die Vernünftigkeit einer solchen Bestimmung sehr wohl diskutiert werden dürfen.

[1]) Vgl. die im Kommentar von Schneider und Fick zu Art. 250 ausgezogenen Urteile.

[2]) Beispiel: D überredet den B, eine Sache für 1000 Franken zu kaufen, indem er ihm fälschlich vorspiegelt, er habe schon einen anderen Kaufliebhaber X, der für diese Sache 980 Franken biete. Diese Thatsache, dass X für die Sache 980 Franken zu zahlen bereit sei, lässt sich nicht wohl als „Eigenschaft“ der Sache bezeichnen, daher fällt eine Behauptung dieses Inhaltes nicht unter Art. 243.

[3]) Im Beispiel der vorigen Note kann dieser Unterschied sehr deutlich hervortreten. Dolus causam dans: B ist Mieter eines Hauses und wird zur Ausübung seines Vorkaufsrechtes gedrängt, indem ihm der Eigentümer D fälschlich mitteilt, dass er einen Käufer habe; B kann den Vertrag für unverbindlich erklären. Dolus incidens: B will das Haus des D für 60,000 kaufen; D giebt fälschlich an, dass ein anderer Käufer 65,000 biete, und

11. Es erübrigt noch zu untersuchen, welche Personen beim Betrug in Betracht kommen. Von wem muss der Betrug ausgehen? und wer muss der Getäuschte sein? Die erste Frage wird im Art. 25 beantwortet:

„Der von einem Dritten verübte Betrug hindert die Verbindlichkeit für den betrogenen Teil nur, wenn der andere zur Zeit des Vertragsabschlusses jenen Betrug gekannt hat oder hätte kennen sollen.“

In diesem Artikel ist die Regel des gemeinen Rechtes wiedergegeben, dass der dolus nur in personam wirkt d. h. in Anwendung auf Ungültigkeit von Verträgen, dass ein Vertrag zwischen B und D nur dann unwirksam ist, wenn D den Betrug ausgeübt hat oder sich an einer von einem Dritten X vorgenommenen Täuschung beteiligt hat.[1]) X überredet z. B. den B, Aktien, die einen effektiven Wert von 60 haben, für 100 zu kaufen. B wendet sich unter dem Einfluss der Täuschung an D und bietet ihm für solche Aktien einen Preis von 100. Hat D den X veranlasst, den B zu täuschen, so ist er selbst der Betrüger; hat er zur Zeit des Kaufes gewusst, dass B das Opfer eines Betrügers ist, so macht er sich durch Abschluss des Geschäftes des Betruges durch Schweigen schuldig. Aber das Gesetz geht, mit Recht, noch einen Schritt weiter und stellt hier das Kennensollen der wirklichen Kenntnis gleich.[2]) D ist z. B. Banquier,

veranlasst dadurch den B, diesen höheren Kaufpreis zu gewähren; B kann Ersatz dessen verlangen, was er infolge des Betrugs mehr gezahlt hat, er kann aber nicht Ungültigkeit des Kaufes behaupten, wenn etwa das Haus gleich darauf abgebrannt ist.

[1]) Eine scheinbare Ausnahme von dem Satz, dass der dolus nur in personam wirkt, ergiebt sich aus den besonderen Verhältnissen des Societätsvertrages: hat B mit zwei socii, D und X, einen Gesellschaftsvertrag geschlossen und ist er dazu durch den dolus des einen D bewogen worden, so ist das Gesellschaftsverhältnis auch dem unschuldigen X gegenüber ungültig. Revue, Band 13, Nr. 11 (Bundesgericht). Die Personen sämtlicher Gesellschafter sind für den Vertrag wesentlich. So wird auch durch den Wegfall eines Gesellschafters die ganze Gesellschaft aufgelöst, Art. 545, Nr. 2, 3 und 6.

[2]) So auch B. G.-B. § 123, im Anschluss an O. R., Art. 25, vgl. Motive Bd I, S. 207.

er kennt den inneren Wert der Aktien und musste sich nach den Umständen sagen, dass B nur durch den Betrug eines Dritten veranlasst sein kann, einen so hohen Preis zu bieten. Wenn nun D fahrlässiger Weise diese naheliegende Erwägung unterlässt und den ihm angebotenen Vertrag abschliesst, so soll sich B ihm gegenüber auf den dolus des X berufen können. Ist dagegen D in keiner Weise, weder durch Anstiften oder Mitwissen, noch durch fahrlässiges Benehmen an dem Betrug des X beteiligt, so kann ihm dieser dolus nicht entgegengehalten werden. Immerhin kann der Vertrag zwischen B und D ungültig sein, wenn der durch den Betrug des X erregte Irrtum des B ein wesentlicher im Sinne von Art. 18 fg. ist, was in unserem Beispiel (Irrtum über den Wert) nach Art. 21 nicht der Fall wäre. Kann der am dolus des X unbeteiligte Mitkontrahent D mit der Klage aus ungerechtfertigter Bereicherung (Art. 70 ff.) belangt werden, wenn der Vertrag für ihn vorteilhafter ausgefallen ist, als es ohne den dolus des X der Fall gewesen wäre?[1]) In der Regel nicht. Denn wenn z. B. D eine Sache von B für 60 kauft, welche er ohne den dolus des X nur für 80 erhalten hätte, so kann man doch nicht sagen, dass er die Sache sine causa erhalten hat; er hat sie vielmehr aus einem Kaufvertrag, welchen das Gesetz in Art. 25 ausdrücklich für gültig erklärt. Auch nach Gemeinem Recht würde man zu diesem Resultat kommen, vielleicht mit der Abweichung, dass ein unentgeltlicher Erwerb des D, soweit er durch dolus des X bewirkt ist, der condictio unterliegen würde,[2]) z. B. X überzeugt den B, dass eine diesem gehörende Sache wertlos ist, in der Hoffnung, sie von B billig zu kaufen; B aber schenkt sie infolge seines Irrtums an D.

Als „Dritter" im Sinne des Art. 25 ist nicht zu betrachten der Stellvertreter des Kontrahenten.[3]) Wenn

[1]) Rossel, Manuel du droit féd. des obl., p. 65 will diese Klage „parfois," „le cas échéant" zulassen.

[2]) Regelsberger, Pandekten I, S. 538; Windscheid, Pandekten, § 78, Note 6.

[3]) Geht der Betrug vom Prinzipal aus, während der Stellvertreter bona fide ist, so ist auch in diesem Falle der Vertrag ungültig; denn der

ein Stellvertreter X den Vertrag im Namen des D schliesst und dabei den Mitkontrahenten B betrügt, so ist der Vertrag unverbindlich, da das Zustandekommen des Vertrages aus der Person dessen, der ihn geschlossen hat, d. h. des Stellvertreters, zu beurteilen ist.[1]) Ebenso muss man es m. E. mit dem dolus eines „Gehülfen" halten, der zwar nicht Stellvertreter ist, weil er den Vertrag nicht selbst abschliesst, sondern nur den Abschluss vorbereitet, der aber vom Prinzipal bevollmächtigt ist, im Namen desselben Erklärungen in Bezug auf das abzuschliessende Geschäft abzugeben. Wenn ein Reisender, der nur Offerten entgegenzunehmen hat, den Kunden durch falsche Vorspiegelungen oder arglistig und verschwiegen auch ohne Mitwissen des Prinzipals betrügt, so ist der Vertrag als ungültig zu behandeln;[2]) der Prinzipal muss die Thätigkeit seines Reisenden, dessen er sich zur Anpreisung seiner Waren bedient, auch dann gegen sich gelten lassen, wenn diese Thätigkeit einen Willensmangel in der Person des Mitkontrahenten erzeugt.[3])

Wie der Betrug des Stellvertreters gegen den Prinzipal wirkt, so steht auch beim Vertrag zu gunsten Dritter (Art. 128) der dolus des Promissars dem Anspruch des Dritten gegenüber.[4]) Das Gesetz (Art. 128, Abs. 2) bezeichnet

---

Prinzipal kann in Bezug auf einen in seinem Namen geschlossenen Vertrag nicht als Dritter gelten.

[1]) Windscheid, Pandekten, § 73, Note 18. Ebenso im Resultat Dernburg, Pand., Bd I, § 117, Note 10. Eine andere Frage ist es, ob aus einem dolus in contrahendo des Stellvertreters der Prinzipal auf Schadenersatz belangt werden kann. Hier kommt Art. 62 in Betracht, vgl. oben § 10 Nr. 7.

[2]) Vergl. das bei Schneider zu Art. 25 unter Nr. 4 zitierte Züricher Urteil.

[3]) Nicht Stellvertreter sondern „Dritte" im Sinne des Art. 25 sind Gründer und Projektanten gegenüber einer zu errichtenden Aktiengesellschaft. Daher können die Aktienzeichner sich der Aktiengesellschaft gegenüber auf einen Betrug der Gründer nicht berufen. Bundesgericht, Entscheidungen, Bd XV, S. 628 (Revue, Bd VIII, Nr. 2).

[4]) Vgl. Dernburg, Pandekten Bd II, § 18, Note 12, sowie die bei Windscheid Pandekten, § 316a, Note 14 citierten Autoren. Für das B. G.-B. ergiebt sich aus § 334 dasselbe. Man darf sich dabei nicht

zwar den Anspruch des Dritten als einen „selbstständigen," damit soll aber nur gesagt sein, dass der Dritte sein Recht nicht durch Succession aus dem Vermögen des Promissars erwirbt (Konsequenz daraus ist der Art 135); dagegen entsteht das Recht des Dritten aus dem Vertrag, den der Promissar mit dem Schuldner schliesst, und kann daher nicht zur Existenz kommen, wenn dieser Vertrag infolge von Betrug seitens des kontrahierenden Promissars für den Schuldner unverbindlich ist. Der im Art. 128, Absatz 2, vorgesehene Beitritt des Dritten kann an der Unverbindlichkeit des Vertrages nichts ändern. Wohl aber erlangt der Dritte ein vom dolus des Promissars unabhängiges Recht, wenn er, ohne den Betrug des Promissars zu kennen oder kennen zu müssen, mit dem Schuldner einen Vertrag schliesst, in welchem der Schuldner die Leistung, die er früher dem Promissar gegenüber zugesagt hatte, jetzt ihm, dem Dritten, gegenüber verspricht. Beispiel: B hat, von D getäuscht, diesem versprochen, die Schuld des D an X zu bezahlen. Wenn X behaupten wollte, der Vertrag sei „zu seinen Gunsten" geschlossen, so würde seiner Klage der dolus des D entgegenstehen.[1]) Hat sich aber B, immer noch in der Täuschung befangen, in Beziehungen zu X gesetzt und ihm gegenüber die Schuld des

---

irre machen lassen durch den letzten Satz des § 123, Absatz 2, in welchem scheinbar das Gegenteil bestimmt ist: „Soweit ein Anderer als Derjenige, welchem gegenüber die Erklärung abzugeben war, aus der Erklärung unmittelbar ein Recht erworben hat, ist die Erklärung ihm gegenüber anfechtbar, wenn er die Täuschung kannte oder kennen musste." Dieser erst nach der zweiten Lesung hinzugefügte Zusatz ist offenbar veranlasst durch die Kritik von Strohal in Jahrb. f. Dogm., Bd 34, S. 347 und regelt in m. Er. zu weitgehender legislativen Detaillierung den nicht sehr nahe liegenden Fall, dass B unter dem Einfluss eines von X ausgehenden Betruges einen Vertrag mit D zu gunsten des Z abschliesst. Hierbei kann es vorkommen, dass der Begünstigte, Z, von dem Betrug des X Kenntnis hat oder haben konnte. Er soll in diesem Falle der Anfechtung ausgesetzt sein, obwohl er nicht Kontrahent ist.

[1]) Ebenso kann die Versicherungsgesellschaft, bei der D unter Vorspiegelung falscher Thatsachen sein Leben zu Gunsten des X versichert hat dem Anspruch des X den dolus des D entgegenhalten.

D übernommen,[1]) so ist die Forderung des X gültig; denn für den Vertrag, den er, X, mit B geschlossen hat, ist der Betrüger D in der That „Dritter" im Sinne des Art. 25.[2]) Der Schuldübernahme durch Vertrag mit dem Gläubiger darf wohl die Schuldübernahme durch öffentliche Erklärung in dieser Beziehung gleichgestellt werden.[3])

Hat der Kontrahent aus dem Vertragsschluss kein Recht erworben, weil er selbst oder Leute, für die er einzustehen hat, einen Betrug begangen haben, so kann auch kein Recht auf seine Nachfolger übergehen. Der Rechtsvorgänger des Klägers ist niemals „Dritter" im Sinne von Art. 25. Das gilt nicht blos für die Universal-, sondern auch für die Singularsuccession[4]) und ist hier nur deshalb hervorzuheben, weil für den Fall der Simulation der gutgläubige Singularsuccessor in eine Forderung nach Art. 16, Absatz 2, unter Umständen bei seiner Forderung geschützt wird.[5])

12. Getäuscht muss der Kontrahent sein, oder der Stellvertreter, der den Vertrag für ihn abgeschlossen hat.[6]) Wird der Betrug von D gegen einen Dritten X verübt, so kann

---

[1]) Durch Novation, Art. 142, Nr. 2, oder kumulativ neben dem alten Schuldner.

[2]) Vgl. die Entscheidung in Revue Bd 14, Nr. 28. Wer dieses Resultat unbillig finden sollte, möge bedenken, dass B, wenn er noch einen Schritt weiter gegangen wäre und immer noch unter dem Einfluss des Betruges des D, die Schuld des D an X bezahlt hätte, nach feststehendem Recht keinen Rückforderungsanspruch gegen X erheben dürfte, vgl. Dernburg, Pandekten, Bd II, § 141, Note 14.

[3]) Das ist in der Basler Praxis für die Publikation im Kantonsblatt anerkannt. Urteil des Civilgerichts vom 5. Mai 1896 (Bohrer c. Binkert) und 24. November 1896 (Isler c J. Nell & Co).

[4]) Dieser Satz ist besonders wichtig für die Cession von Forderungen, Art. 189; er gilt aber auch für die Uebertragung von dolos erworbenem Eigentum, nur wird er hier durch den Schutz des gutgläubigen Erwerbes, Art. 205 durchkreuzt.

[5]) Auch nach B. G.-B. kann der dolus des Rechtsvorgängers gegenüber dem Rechtsnachfolger geltend gemacht werden. A. M. Endemann, Einführung S. 314, Note 3, der aber den § 123, Absatz 2 offenbar missversteht.

[6]) Windscheid, Pandekten, § 73, Note 18.

sich der Kontrahent B nicht darauf berufen, wenn er auch infolge der Täuschung des X selbst zum Vertragsschluss mit D veranlasst worden ist (es sei denn, dass der Irrtum des D als wesentlicher Irrtum genügt, um die Ungültigkeit des Vertrages herbeizuführen). Beispiel: D will sein Pferd an X verkaufen und begeht diesem gegenüber betrügerische Handlungen; X lässt sich täuschen, kauft aber nicht, sondern überredet den B zum Ankauf: B kann sich nur dann auf Art. 24 berufen, wenn D seinen Irrtum kannte und in doloser Weise ausnützte.[1]) Ist dem D eine solche Handlungsweise im Verhalten gegen B nicht nachzuweisen, so ist der Vertrag gültig, nur bei unentgeltlichem Erwerb des D könnte man, nach Analogie des von einem Dritten ausgeübten Betruges, auch dem gegen einen Dritten begangenen dolus Wirksamkeit beimessen.

§ 13. Der Zwang.

1. Als dritten „Mangel des Vertragsabschlusses", neben Irrtum und Betrug, kennt das O. R. den Zwang.

Art. 26: „Ist der eine Teil von dem anderen oder von einem Dritten durch Erregung gegründeter Furcht zur Eingehung eines Vertrages bestimmt worden, so ist der Vertrag für jenen nicht verbindlich."

Der Mangel des Vertragsabschlusses ist beim Zwange nicht in der Willensäusserung des Gezwungenen zu suchen: Der Gezwungene hat, im Gegensatz zu vielen Fällen des Irrtums und Betrugs, wissentlich das erklärt, was er erklären wollte; aber sein Willensentschluss ist nicht in normaler

---

[1]) Hier geht das Strafrecht über das Civilrecht hinaus. Für die Bestrafung des Betrügers ist Identität des Getäuschten und des Beschädigten nicht erforderlich, vgl. v. Liszt Strafrecht, § 139, Nr. 5 und Olshausen, Kommentar zum Strf.-G.-B., § 263, Nr. 16. So kann z. B. D wegen Betrugs bestraft werden, wenn er einen simulierten Schuldschein des B an den gutgläubigen X cediert: er hat den B dadurch geschädigt (zum Schuldner des X gemacht), dass er den X über die Rechtsbeständigkeit des Schuldscheins täuschte (und durch diese Täuschung dem Schuldschein nach Art. 16, Absatz 2 Gültigkeit verschaffte).

Weise, durch freie Abwägung der verschiedenen Motive, zustande gekommen, sondern durch ein von der Rechtsordnung gemissbilligtes Mittel beeinflusst worden: es war dem Gezwungenen, den wir B nennen wollen, vom Zwingenden, Z, ein erhebliches Uebel angedroht, falls er die betreffende Willenserklärung nicht abgeben würde, und um diesem Uebel auszuweichen, hat er sich zu der Erklärung entschlossen.[1]) In diesem Thatbestande erblickt das O. R. nicht etwa das Fehlen des nach Art. 1 erforderlichen Vertragswillens, sondern nur einen Mangel des Vertragsschlusses. Das Gesetz steht dabei auf dem Standpunkt, den die römischen Juristen mit richtiger psychologischer Erkenntnis gefunden haben und den Paulus kurz und scharf bezeichnet, indem er vom Gezwungenen sagt: coactus voluit.[2]) In der That hat ja der Gezwungene die Wahl zwischen dem angedrohten Uebel und der Abgabe der von ihm verlangten Willenserklärung; er entschliesst sich für die zweite Alternative; man kann daher nicht sagen, dass er das Erklärte nicht gewollt hat, sondern nur: dass er es nicht gewollt hätte, wenn er nicht in einer gegen die Rechtsordnung verstossenden Weise wäre beeinflusst worden. In Anbetracht dieser abnormen Entstehungsart des Willens wird dem Gezwungenen gegen die Rechtsfolgen seiner Erklärung geholfen: dieser Vertrag ist für ihn unter den vom Gesetz in Art. 27 und 28 aufgestellten Voraussetzungen unverbindlich.[3])

[1]) Von dem Zwang, der durch Furchterregung ausgeübt wird (vis compulsiva, psychologischer Zwang, Drohung, Erpressung), ist zu unterscheiden die Gewalt (vis absoluta, physischer Zwang): Z bewirkt durch Ueberwältigung eine Körperbewegung des B, welche den äusseren Schein der Willenserklärung an sich trägt, z. B. Z führt die Hand des B zur Unterschrift einer Urkunde. Diese Unterschrift ist, da nur der Körper, nicht der Wille des B an ihrer Herstellung beteiligt war, keine Erklärung des B. Es ist daher B schon nach Art. 1 durch eine solche Unterschrift sowenig gebunden, wie wenn sie Z mit seiner eigenen Hand hergestellt hätte (vgl. oben Bd XV, S. 284). Andere Fälle der vis absoluta sind bei Rechtsgeschäften kaum denkbar.

[2]) Fr. 21, § 5 quod metus c. 4, 2.

[3]) In diesem Sinne kann man sagen, dass der gültige Vertrag freien Willen der Kontrahenten erfordert. Die philosophische Frage, ob der Wille

2. Das Abnorme an dem erzwungenen Rechtsgeschäft ist die Furcht, durch welche der Entschluss des Gezwungenen bestimmt wird. Aber nicht alle Fälle der Furcht sind rechtlich erheblich, sowenig wie jeder Irrtum als wesentlicher behandelt wird. Vor allem kommt nur die Furcht in Betracht, welche durch Drohung seitens eines anderen erregt ist, und zwar zu dem Zwecke erregt ist, um den Bedrohten zu einem Rechtsgeschäft zu veranlassen. Handelt jemand unter dem Einfluss einer Gefahr, die nicht durch menschliche Thätigkeit herbeigeführt ist, so ist der Vertrag gültig, obwohl der Druck auf den Willensentschluss des Kontrahenten ebenso stark sein kann, wie beim Zwang.[1]) Ein zur Rettung aus einer Notlage geschlossener Vertrag kann nicht deswegen angefochten werden, weil der Gerettete nicht die volle Freiheit des Entschlusses hatte.[2]) Dass der in Gefahr befindliche den versprochenen Rettungslohn zahlen muss, entspricht durchaus der Konsequenz unserer Rechtsordnung: wen der Zufall der Gefahr trifft, der muss die Kosten ihrer Abwendung tragen; er müsste sie ja auch ersetzen, wenn die Rettung ohne Vertrag, durch negotiorum gestio, erfolgt wäre.

3. Nur das Geschäft ist ein erzwungenes, dessen Abschluss der Drohende bewirken wollte. Hat der Bedrohte sich in einer Notlage dadurch geholfen, dass er einen anderen, vom Drohenden nicht beabsichtigten Vertrag abschloss, so ist

---

frei oder im deterministischen Sinne unfrei ist, hat für die Jurisprudenz keine Bedeutung.

[1]) Diese Wahrheit wird gänzlich verkannt in einem Lübecker Urteil (Seufferts Archiv Bd 25 Nr. 128), in welchem die Frage zu entscheiden war, ob zwischen dem Schiffer, der einen Hafen anläuft, und der Hafenbehörde ein Vertragsverhältnis angenommen werden könne: „Es fehlt auf Seiten der Schiffer bei der Eingehung des Verhältnisses an dem Charakter freier Vereinbarung: es beruht vielmehr auf Not und auf Notwendigkeit sowohl in seiner Entstehung wie in seiner Art der Ausübung; freie Wahl giebt es hier nicht.“ Mit denselben Argumenten könnte man behaupten, dass zwischen dem Reisenden, der von schlechtem Wetter überrascht, sich das letzte disponible Zimmer in einem Berghôtel geben lässt, und dem Gastwirte kein Vertragsverhältnis bestehe.

[2]) Vergl. Kohler, in Jahrb. für Dogm., Bd 25 S. 9 ff und Tuhr, Notstand im Civilrecht, S. 11.

dieser Vertrag ebenso gültig, wie wenn er zur Rettung aus einer anderen Notlage abgeschlossen wäre. Der Vertrag, durch welchen sich der Bedrohte Hülfe oder Mittel der Abwehr verschafft, ist bindend[1]) und muss es im eigenen Interesse des Bedrohten sein, weil er sonst keine Hülfe in der Not finden würde.[2]) Wie ist es, wenn die Gefahr durch eine Leistung an den Drohenden selbst abgewendet wird, welche dieser bei Ausübung seiner Drohung nicht bezweckte? Z. B. Z bedroht den B aus Hass mit Körperverletzung und lässt sich durch eine ihm angebotene Geldsumme beschwichtigen. Ist die Zahlung eine erzwungene? Man wird das nur dann sagen dürfen, wenn Z entweder von vornherein damit rechnete, dass sich B mit Geld abkaufen werde, oder wenn Z seinen Sinn änderte und die aus anderen Motiven begonnene Einschüchterung des B fortsetzte, um ihn zur Geldleistung zu bestimmen. Ist das nicht der Fall, so haben wir es nicht mit einem erzwungenen Geschäft zu thun, wohl aber, wie Kohler a. a. O. richtig ausführt, mit einem negotium ex turpi causa, dessen Ungültigkeit auf Art. 17 beruht.[3])

4. Die Furcht muss durch menschliche Handlungen „erregt" sein. Giebt es auch im Sinne des Gesetzes Furchterregung durch angedrohte Unterlassungen? M. Er. kann ein Zwang durch angedrohte Unterlassung nur da angenommen werden, wo die betreffende Unterlassung rechtswidrig ist, wo eine Pflicht zu der entsprechenden positiven Handlung besteht. Eine solche Pflicht ist nun, abgesehen von den Fällen, in denen sie durch besondere Vorschrift gegeben ist, stets anzunehmen, wenn Z den B durch eine vorhergehende Thätigkeit in Gefahr versetzt hat, sei es, dass diese Gefährdung eine an sich schon unerlaubte, oder eine nicht verbotene Handlung ist.[4]) Wenn Z dem B in einer solchen Lage

[1]) Fr. 9, § 1, quod metus c. 4, 2.

[2]) Für seine Aufwendungen aus diesem Vertrage kann der Bedrohte gegen den Drohenden nach Art. 50 Regress nehmen.

[3]) Vgl. unten Nr. 4 a. E.

[4]) Z. B. Z hat den B aus Fahrlässigkeit verwundet und benützt seine Hülflosigkeit zu einer Erpressung, oder: ein Bergführer droht dem Bergsteiger, ihm seine Hülfe zu entziehen, wenn er ihm nicht eine Summe Geldes zusichere.

droht, er werde ihn im Stiche lassen, falls B ihm nicht eine Zuwendung mache, so ist das Geschäft ein erzwungenes. Ist dagegen die Notlage des B ohne Zuthun des Z eingetreten, so besteht keine Rechtspflicht des Z, die in seinen Kräften stehende Hülfe dem B zu leisten. Wenn daher Z diese Hülfe nicht anders gewähren will, als gegen eine unverhältnissmässige Belohnung, so kann man ein unter solchen Umständen abgeschlossenes Geschäft dennoch nicht als „erzwungenes" behandeln.[1]) Dagegen kann ein Verstoss gegen die Sittlichkeit vorliegen und der Vertrag nach Art. 17 ungültig sein,[2]) eventuell können die kantonalen Wuchergesetze angerufen werden.

5. Die durch Drohung erzeugte Furcht muss eine „gegründete" sein, damit das unter ihrem Einfluss geschlossene Geschäft angefochten werden könne. Das Gesetz muss mit dem Kampf der Interessen rechnen, aus welchem das wirtschaftliche Leben besteht und in welchem es oft genug vorkommt, dass der eine Kontrahent einen Druck auf den anderen auszuüben vermag. Es wäre ebenso nutzlos und für die Rechtssicherheit verderblich, wenn der Gesetzgeber eine ideale Freiheit des Entschlusses für den Vertrag erforderte, wie wenn er die volle objektive Richtigkeit der Motive, die Abwesenheit jedes Irrtums, voraussetzte. Nur die gröberen Formen des psychologischen Zwanges können

---

[1]) A. M. Regelsberger, Pandekten, § 144, Note 4, der die Ausbeutung einer Notlage zur Erlangung eines unverhältnismässigen Vorteils als Zwang ansieht. Der von ihm angeführte Fall, dass ein Arzt sich für seine Hülfe eine exorbitante Belohnung zusichern lässt, ist speziell vorgesehen in c. 9 C. de prof. et med. 10, 53. In dieser Stelle wird die Ungültigkeit eines solchen Rechtsgeschäftes mit Rücksicht auf die Bezahlung der Aerzte aus öffentlichen Mitteln verfügt. Daraus lässt sich entnehmen, dass die allgemeinen Grundsätze über metus auf ein solches Verfahren eines Arztes oder gar einer zur Menschenhülfe nicht rechtlich verpflichteten Person keine Anwendung fanden.

[2]) Art. 17 spricht zwar seinem Wortlaute nach nur von der Unsittlichkeit der Leistung, was in unseren Fällen nicht vorliegen würde, wird aber in feststehender Praxis extensiv interpretiert, so dass er das ganze Gebiet der Verträge contra bonos mores im gemeinrechtlichen Sinne umfasst.

als abnorme Störungen des Verkehrslebens Berücksichtigung finden. Das Gesetz giebt nähere Bestimmungen in Art. 27, Absatz 1:

> „Die Furcht ist eine gegründete, wenn der Bedrohte nach Umständen annehmen musste, dass er oder eine ihm nahe verbundene Person an Leib oder Leben, Ehre oder Vermögen mit einer nahen und erheblichen Gefahr bedroht sei.“

Aus dieser Aufzählung ergiebt sich, dass alle Rechtsgüter der Menschen Angriffsobjekte des rechtswidrigen Zwanges sein können, auch das Vermögen,[1]) und zwar kann der angedrohte Vermögensnachteil ebensowohl ein damnum emergens sein, als ein lucrum cessans, z. B. Z droht dem B ein im Abschluss befindliches gewinnbringendes Geschäft des B mit X zu vereiteln, wenn B ihm nicht einen Vorteil zusichere.[2]) Auch die Freiheit ist selbstverständlich ein Rechtsgut, durch dessen Bewahrung ein Zwang ausgeübt werden kann, obwohl sie unter den anderen Rechtsgütern nicht angeführt ist: man kann Bedrohung der Freiheit unter „Bedrohung des Leibes“ subsumieren.

Die Gefährdung eines der erwähnten Rechtsgüter muss ihrem Masse nach erheblich sein.[3]) Gefährdung der körperlichen Integrität wird fast immer als erhebliches Uebel zu betrachten sein, bei der Gefährdung der Ehre scheidet die Bedrohung mit Gerede und Klatsch aus, wenn dadurch nur die Empfindlichkeit, nicht das berechtigte Ehrgefühl des Bedrohten als angegriffen erscheint: es liegt z. B. kein Zwang im Sinne des Art. 27 vor, wenn Z sich eine Vergütung von

---

[1]) Für das römische Recht bestritten, von der gemeinrechtlichen Praxis anerkannt, vergl. Dernburg, Pandekten, Bd I § 103, Note 7, Regelsberger, Pandekten, § 144, Note 8.

[2]) Keine Erpressung liegt nach dem unter Nr. 3 gesagten vor, wenn Z seine Befürwortung und Vermittelung bei X dem B nur gegen hohe Belohnung versprechen will. Ebenso ist selbstverständlich der Mitkontrahent X befugt, seine Zustimmung zum Vertrag an beliebige, wenn auch noch so weitgehende, Bedingungen zu knüpfen.

[3]) Metus non vani hominis sed qui merito et in homine constantissimo cadat, fr. 6 quod m. c. 4, 2.

B dafür geben lässt, dass er Verschweigen einer Thatsache verspricht, die geeignet ist, den B lächerlich zu machen, ohne seinen sittlichen Wert zu afficieren. Bei Gefährdung des Vermögens wird der Massstab der Erheblichkeit von den Verhältnissen des Bedrohten abhängen. Die Gefahr muss eine „nahe" sein, nicht in dem Sinne der sofortigen Ausführung der Drohung, sondern so, dass die Absicht des Drohenden als ein genügend fest gefasster Entschluss und nicht bloss als ein der Zukunft angehörender Plan erscheint, und dass die Mittel der Ausführung im Bereich des Drohenden liegen.[1]) Unabwendbarkeit der Gefahr wird mit Recht vom Gesetze nicht verlangt, dagegen wird allerdings eine Gefahr nicht angenommen werden dürfen, wenn B die Mittel hat, die Drohung des Z mit Sicherheit unschädlich zu machen. In welchem Masse dazu die Anrufung staatlicher Hülfe genügt, ist nach den Verhältnissen zu entscheiden. So wird sich z. B. B gegen eine angedrohte Verläumdung nicht immer dadurch schützen können, dass er es auf die Verläumdungsklage gegen Z ankommen lässt, denn es kann sein, dass B nicht in der Lage ist, den von Z versuchten Wahrheitsbeweis zu entkräften.

Erheblichkeit und Nähe der Gefahr sind vom Standpunkt des Bedrohten aus zu beurteilen. Es genügt zur Annahme von Zwang, dass der Bedrohte „nach den Umständen annehmen musste," er sei einer solchen Gefahr ausgesetzt, wenn sich auch nachträglich herausstellt, dass der Drohende gar nicht imstande war, die Drohung zu verwirklichen, oder dass er den ernsten Willen dazu nicht gehabt hat.[2]) Da-

---

[1]) Vgl. Seufferts Archiv, Bd 52, Nr. 21: Ein Versicherungsnehmer droht der Feuerversicherungsgesellschaft, er werde sie in den Zeitungen diskreditieren und Anzeige bei der Staatsanwaltschaft machen, wenn sein Schaden nicht sofort bezahlt werde. Da das Verhalten der Versicherungsgesellschaft einwandfrei war, und es daher thatsächlich nicht in der Macht des Drohenden lag, ihren Ruf zu schädigen oder eine Bestrafung herbeizuführen, so wurde die a. quod metus causa, mit welcher die Gesellschaft das Gezahlte zurückverlangte, mit Recht abgewiesen.

[2]) Zu den „Umständen", nach denen die Erheblichkeit der Furcht zu bemessen ist, gehören vor allem die Eigenschaften und die Lebensstellung

gegen muss eine Drohung des Z thatsächlich vorgenommen worden sein: hält sich B irrtümlicher Weise für bedroht (indem er falschen Bericht über Aeusserungen des Z erhielt), so ist das Rechtsgeschäft zwar durch Furcht herbeigeführt, aber diese Furcht ist nicht zu dem Zwecke der Bedrohung erregt und daher als irrelevantes Motiv des Vertragsschlusses zu behandeln.

6. Die Bedrohung muss eine widerrechtliche sein. Sie ist es jedenfalls dann, wenn das angedrohte Uebel ein widerrechtliches ist (z. B. Bedrohung von Leib und Leben oder Androhung einer sonstigen verbotenen Handlung). Jedes Geschäft, das unter Androhung eines solchen Uebels zustande gekommen ist, ist als erzwungenes ungültig. Wenn dagegen dem Z ein Recht zusteht, durch dessen Ausübung er dem B einen Nachteil zufügen kann, z. B. eine Civilklage oder Anzeige bei der Strafbehörde,[1]) so kommt es auf die Absicht an, in welcher Z mit der Geltendmachung seines Rechtes droht. Erfolgt die Drohung gerade zu dem Zwecke, zu dessen Erreichung das betreffende Rechtsmittel bestimmt ist, so handelt der Drohende rechtmässig, wenn auch die Interessen des Bedrohten durch die Geltendmachung des Anspruches gefährdet werden, z. B. Z droht mit sofortiger Betreibung, wenn seine fällige Forderung nicht bezahlt wird, oder mit Anzeige bei der Staatsanwaltschaft, wenn der Betrüger oder Dieb die Sache nicht zurückgiebt.[2]) Qui iure suo utitur

der bedrohten Person, vgl. Code civil, Art. 1112: on a égard, en cette matière, à l'âge, au sexe et à la condition des personnes.

[1]) Wenn Z dem B, gegen Zahlung oder Versprechen einer Geldsumme, zusagt, einen Strafantrag, zu dem er berechtigt ist, nicht zu stellen, so hängt es von dem betreffenden Strafrecht ab, ob Z an seine Zusage gebunden ist. Nach Deutschem Strafrecht ist das nicht der Fall, vgl. Olshausen, Kommentar zum Strf.-G.-B., § 61, Nr. 49. Wird infolgedessen der Strafantrag von Z doch gestellt, so kann B seine Leistung resp. sein Versprechen kondizieren, nach O. R., Art. 71 (Art. 75 kommt nicht in Betracht, da die Unterlassung der Stellung eines Strafantrages nicht als rechtswidriger oder unsittlicher Erfolg zu bezeichnen ist).

[2]) Ein Vater droht seinem Sohn, er werde ihn auf den Pflichtteil beschränken, falls er ein vom Vater gewünschtes Rechtsgeschäft nicht abschliesse. Darin liegt ein bestimmungsgemässer Gebrauch der väterlichen

neminem laedit. Rechtswidrig ist die Drohung, ein Recht ausüben zu wollen, nur dann, wenn darin ein Missbrauch des Rechtes zu erkennen ist.

Art. 27, Absatz 2: „Die Furcht vor Geltendmachung eines Rechtes wird nur dann berücksichtigt, wenn die bedenkliche Lage des Bedrohten missbraucht worden ist, um ihm die Einräumung übermässiger Vorteile abzunötigen."

Der Missbrauch, den hier der Gesetzgeber im Auge hat, liegt darin, dass die Ausübung eines Rechtes zu einem anderen als dem bestimmungsgemässen Zwecke angedroht wird. Dieser Zweck muss, damit die Drohung als rechtswidrig erscheint, in der Erreichung eines Vorteils[1]) und zwar eines übermässigen Vorteils bestehen, z. B. Z droht dem B, ihn für eine Schuld von 100 Franken zu betreiben, wenn ihm nicht B einen neuen Schuldschein über 500 Franken ausstelle, oder Z droht mit einer begründeten Denunziation, wenn nicht B eine bedeutende Geldsumme zahle, auf die Z kein Recht hat.[2]) Dagegen ist die Drohung nicht schon deswegen als Missbrauch des Rechtes zu behandeln, weil der Drohende nicht gerade das verlangt, was er mit Hülfe seines Rechtes erreichen könnte: wenn z. B. Z mit der Betreibung droht, um Sicherheit oder das Versprechen eines höheren, aber nicht übermässigen, Zinsfusses zu erhalten, oder wenn Z, den sein Schuldner B nicht bezahlen will, ihm die Denunziation einer strafbaren Handlung in Aussicht stellt, falls B seine Verpflichtungen nicht erfülle. Diese Fälle der nicht bestimmungsgemässen Benutzung eines Rechtes fallen nach Art. 27, Absatz 2 nicht unter den Begriff des Zwanges.

Testierfreiheit, welche dem Vater zur Stärkung seiner Autorität gewährt ist. Ein unter dieser Drohung zustande gekommenes Geschäft ist nicht erzwungen. Vgl. Code civil, art. 1114.

[1]) Für sich selbst oder einen Dritten, vgl. unten Nr. 9.

[2]) Z. B. Bedrohung des Ehebrechers mit der Strafanzeige, um eine Geldsumme zu erpressen, oder des Diebes, um von ihm mehr zu erhalten, als Rückgabe der Sache resp. Schadenersatz, vgl. fr. 7 § 1, 23 § 1 D 4, 2. Bei Körperverletzung und Beleidigung ist die Androhung der Strafverfolgung dann ein Missbrauch, wenn der Drohende erheblich mehr erlangen will, als er nach Art. 50—55 vernünftigerweise verlangen kann.

Bisher haben wir vorausgesetzt, dass das Recht, mit dessen Ausübung Z den B bedroht, dem Z thatsächlich zusteht. Wie verhält es sich nun aber, wenn Z mit der Geltendmachung eines Rechtes droht, das sich als nicht begründet erweist oder dessen Vorhandensein zweifelhaft bleibt? wenn z. B. Z mit einer Strafuntersuchung droht, die später wegen erwiesener Unschuld oder mangelnder Beweise aufgehoben wird? Ist ein solches Vorgehen des Z, weil es materiell unberechtigt war, unter allen Umständen als rechtswidrige Drohung zu bezeichnen, oder nur nach Massgabe des Art. 27, Absatz 2? Die Antwort kann nicht zweifelhaft sein: „Geltendmachung eines Rechtes" im Sinne von Art. 27, Absatz 2 liegt vor, wenn Z formell berechtigt ist, die Hülfe des Civil- oder Strafgerichts anzurufen; die Einleitung rechtlicher Schritte kann nicht deshalb als widerrechtliche Handlung erscheinen, weil Z mit seinem Begehren nicht durchzudringen vermag.[1]) Es ist Sache des Bedrohten, sich darüber klar zu werden, ob die Rechtsverfolgung, mit der er bedroht wird, Aussicht auf Erfolg hat. Nimmt er das an, d. h. glaubt er an das Recht, dessen Ausübung ihm angedroht wird, so kann man dem Drohenden nicht verargen, wenn er die zur Durchsetzung seiner Ansprüche bestimmten Rechtsmittel anzuwenden droht. Ist dagegen der Bedrohte der Ansicht, dass die vom Drohenden vorgebrachten Ansprüche nicht existieren, so soll er die ihm zur Verfügung stehenden Verteidigungsmittel gebrauchen; wenn er statt dessen der Drohung nachgiebt, so handelt er nicht aus Furcht vor einer „nahen und erheblichen Gefahr," sondern aus Bequemlichkeit und Scheu vor der Mühe und Last eines Processes, er kann daher das, was er gethan hat, nicht als erzwungene Handlung bezeichnen.[2])

---

[1]) Vgl. Revue, Bd VIII Nr. 17 (Bundesgericht).

[2]) Vgl. Revue, Bd VI Nr. 39, wo richtig ausgeführt wird, dass auch die Arrestdrohung nicht als rechtswidriger Zwang aufzufassen ist. Allerdings kann durch den auf Grund bloss formeller Erfordernisse zulässigen Arrest, wie durch andere provisorische Rechtsmittel, eine erhebliche Störung und Schädigung des Beklagten herbeigeführt werden. Aber diese Belästigungen muss sich der Bürger als Konsequenzen des Rechtszustandes gefallen

Die Geltendmachung eines materiell nicht vorhandenen Rechtes ist also nicht an und für sich ein rechtswidriges Mittel der Drohung, wohl aber kann in der Androhung einer nur formell zulässigen Rechtsausübung ein Missbrauch liegen, wenn der Drohende sich der Nichtexistenz seines Rechtes bewusst ist und zugleich weiss, dass der Bedrohte durch besondere Umstände verhindert ist, sich mit Erfolg zu verteidigen. [1])

7. Ist der Wille des B durch widerrechtliche Drohung in dem eben entwickelten Sinne beeinflusst worden, so kommt es für die Ungültigkeit des Geschäftes nicht darauf an, ob es für den Gezwungenen nachteilig resp. für den Zwingenden vorteilhaft ist, noch darauf, ob der Zwingende einen solchen Nachteil für den Bedrohten resp. Vorteil für sich im Auge hatte. [2]) Durch Art. 26/27 ist die Freiheit des Vertragswillens geschützt, welcher nach der Absicht des Gesetzes für den Vermögensverkehr der Parteien massgebend sein soll: ein erzwungenes Geschäft ist für den Bedrohten ungültig, weil er es ohne den Zwang nicht gewollt hätte, nicht weil es für ihn nachteilig ist. Natürlich wird sich der Gezwungene oft auf den Zwang nicht berufen, wenn das Geschäft für ihn ohne Schaden gewesen ist, aber die Entscheidung darüber muss ihm allein verbleiben, wie er ja auch, wenn kein Zwang gegen ihn wäre ausgeübt worden, niemanden über die Gründe, aus denen er ein angetragenes Geschäft ablehnt, Rechen-

lassen. Er muss sich mit der Entschädigung begnügen, die ihm für den durch das formelle Recht zugefügten Schaden zu Teil wird, und kann Sicherstellung des Schadenersatzes verlangen. Er befindet sich daher nicht in einer Zwangslage im Sinne von Art. 26/27.

[1]) Vgl. Entscheidungen des Reichsgerichts, Bd 31, Nr. 30: Der Eigentümer eines Hauses, welches er fahrlässiger Weise in Brand gesetzt hatte, wird durch Androhung mehrjähriger Zuchthausstrafe zu einem Vergleich über Rückerstattung der ausbezahlten Entschädigungssumme bestimmt. Der Vergleich wurde als erzwungener für ungültig erklärt.

[2]) Das römische Recht (fr. 12, § 2, D 4, 2) verlangt zur a. quod metus causa einen Schaden des Gezwungenen, ebenso die gemeinrechtliche Lehre: Windscheid, Pandekten, § 80 bei Note 3, Dernburg, Pand. Bd I, § 103, Note 16, Regelsberger, Pand., § 144, Note 11. Im neuen Recht des B. G.-B. wird man an diesem Erfordernisse nicht festhalten können.

schaft zu geben hätte. Ungültig ist daher die erzwungene Veräusserung, wenn auch nur ein Affektionsinteresse des Veräusserers verletzt erscheint; ungültig ein erzwungenes Geschäft, welches an und für sich für den Gezwungenen nicht unvorteilhaft war und ihm durch spätere Umstände, die mit dem Zwange nicht zusammenhängen und nicht im Gesichtskreise des Zwingenden lagen, Nachteil gebracht hat; ungültig ist sogar eine erzwungene Zuwendung, auf welche der Zwingende ein Recht hatte (Zahlung einer Schuld, Uebergabe einer verkauften Sache), wenn der Zwang mit unerlaubten Mitteln bewirkt wurde.[1])

8. Die durch Drohung erregte Furcht muss beim erzwungenen Rechtsgeschäft für den Entschluss des Bedrohten massgebend gewesen sein. Wenn der Bedrohte gerade das gethan hat, was der Drohende bezweckte, so wird der Kausalzusammenhang zwischen der Drohung und dem Rechtsge-

---

[1]) Dasselbe gilt von der durch Betrug bewirkten Leistung einer geschuldeten Sache oder Geldsumme, vgl. oben S. 18. Die gemeinrechtliche Lehre betrachtet erzwungene Geschäfte dieser Art für gültig, unter Berufung auf fr. 12, § 2, cit.: Julianus ait eum qui vim adhibuit debitori suo ut ei solveret, hoc edicto non teneri propter naturam metus causa actionis quae damnum exigit. Allein diese Entscheidung entspricht nicht dem Justinianischen Recht, denn die Stelle fährt fort: quamvis negari non possit in Juliam eum de vi incidisse et ius crediti amisisse. Nun ist allerdings die im Decretum D. Marci angeordnete Verwirkung der Forderung als Privatstrafe nicht recipiert resp. durch das Reichsstrafgesetzbuch aufgehoben, dagegen fehlt es m. Er. an jedem Grunde, auch die im Decretum D. Marci aufgestellte Norm, das Verbot der Selbsthülfe durch das Mittel des Zwanges, für nicht recipiert anzusehen. Damit wird, wie mir scheint, eine Störung in die Harmonie des Rechtes hineingebracht: wer eine Sache, auf die er ein Recht hat, dem Besitzer mit Gewalt oder wider dessen Willen entzieht, darf sich gegenüber dem interd. unde vi und der Spolienklage nicht auf sein Recht berufen. Warum soll es anders sein, wenn die Entziehung nicht mit Gewalt, sondern durch Drohung erfolgte? Vgl. übrigens auch das oben zitierte Urteil des Reichsgerichtes, Bd 31 Nr. 30 am Ende (S. 161): „Die Einwirkung auf die Willensbestimmung durch die Erregung der Furcht vor einer Strafe, die nach Lage der Sache nur in der durch die Drohung hervorgerufenen Vorstellung des Bedrohten als drohendes Uebel in Aussicht stand, wäre als eine unzulässige zu erachten, selbst wenn der Anspruch ein zweifelloser und klagereifer gewesen wäre.“

schäft prima facie als vorhanden angenommen werden dürfen, es sei denn, dass diese praesumptio iudicis durch Gegenbeweis entkräftet wird: der Bedrohte hat die ernst gemeinte und objektiv gefährliche Drohung nicht ernst genommen, weil er die Machtmittel des Drohenden unterschätzte, oder: die Drohung war ein überflüssiges Pressionsmittel, da der Bedrohte schon vorher aus anderen Motiven zu dem betreffenden Rechtsgeschäft entschlossen war. Hier ist, wie beim dolus, der Fall des metus incidens zu beachten und analog zu entscheiden: B will seine Sache verkaufen; Z, dem er sie anträgt, bestimmt ihn durch rechtswidrige Drohung, sich mit einem niedrigen Preise zu begnügen: hier hat der Zwang nicht den Abschluss des Geschäftes, die Veräusserung der Sache bewirkt, sondern nur bewirkt, dass B für seine Sache, die er jedenfalls weggegeben hätte, weniger Geld erhalten hat, als er ohne den Zwang bekommen hätte; für diesen Schaden hat Z nach Art. 50 aufzukommen.

9. Im Gegensatz zum Betrug kommt es nach Art. 26 beim Zwang nicht darauf an, von wem die rechtswidrige Beeinflussung des Vertragswillens ausgegangen ist, ob vom Mitkontrahenten oder von einem Dritten, und im letzteren Fall, ob der Mitkontrahent von der Drohung des Dritten Kenntnis hatte oder nicht. Der Zwang kann, wie man im gemeinen Recht sagt, in rem geltend gemacht werden d. h. allgemein gegen jeden, der sich auf das erzwungene Rechtsgeschäft beruft, während der dolus nur dem Betrüger selbst oder dem particeps doli entgegengehalten werden darf. Der Grund dieser, auch im B. G.-B. recipierten, Unterscheidung ist ein doppelter: vor Bedrohung kann sich niemand schützen, weil die Drohung spontan an jeden herantreten kann, die Gefahr des Betrogenwerdens ist dagegen in gewissem Masse stets eine selbstverschuldete: der Betrogene hätte in der Auswahl seines Mitkontrahenten resp. der Personen, mit denen er verhandelt und von denen er sich beraten lässt, vorsichtiger sein können. Darum ist es billig, dass das Gesetz dem Gezwungenen stärkere Hülfe gewährt als dem Betrogenen. Und ferner: von wem B betrogen ist, darüber

wird er selbst nie im Zweifel sein; schwierig kann nur der Beweis des Art. 25 sein, dass der Mitkontrahent den dolus des Dritten kannte oder kennen musste. Beim Zwange wird es aber oft vorkommen, dass der Bedrohte nicht konstatieren kann, von wem die Drohung ausging (anonyme Briefe). Wollte man vom Bedrohten diesen Beweis verlangen, so würde man ihn gerade in den schlimmsten Fällen des Zwanges im Stiche lassen.

Noch in einer anderen Beziehung ist das Wirkungsgebiet des Zwanges ausgedehnter als das des Betruges: Die Täuschung ist nur dann für die Gültigkeit des Vertrages erheblich, wenn sie gegen den Kontrahenten ausgeübt worden ist (vgl. oben S. 28). Die Drohung dagegen macht das Geschäft ungültig, wenn sie gegen den Kontrahenten oder „eine ihm nahe verbundenen Person" gerichtet war. Denn darin liegt eine indirekte, aber oft ebenso energische Einwirkung auf die Willensfreiheit des Kontrahenten. Mit Recht hat der Gesetzgeber die Abgrenzung dieses Kreises nahe verbundener Personen dem richterlichen Ermessen überlassen. [1])

§. 14. Die Geltendmachung von Irrtum, Betrug und Zwang.

1. Das Gesetz bezeichnet die unter dem Einfluss von Irrtum,[2]) Betrug und Zwang abgeschlossenen Verträge als „unverbindlich," ohne einen technischen Ausdruck zu gebrauchen, aus dem die Art der Ungültigkeit dieser Geschäfte hervorginge. Man muss daher, wenn man die Unverbindlichkeit dieser Geschäfte unter eine der in der Rechtslehre anerkannten Kategorien stellen will, diese Aufgabe auf induktivem Wege lösen und zu diesem Zwecke untersuchen, wie sich die „Unverbindlichkeit" in den einzelnen Beziehungen gestaltet, welche für die Charakterisierung ungültiger Geschäfte wesentlich sind:

---

[1]) Code civil art. 1113 zählt auf: époux, épouse, descendans, ascendans. Dieser Kreis ist offenbar zu eng.

[2]) Den Irrtum will ich im Folgenden als Beispiel für die drei Willensmängel gebrauchen, wenn keine Verschiedenheiten dieser drei Fälle in Betracht kommen.

a) Der Vertrag ist nur für den Irrenden, Betrogenen oder Gezwungenen unverbindlich, für den Mitkontrahenten dagegen verbindlich.[1])

b) Der Vertrag kann durch „Genehmigung" seitens des Irrenden etc. gültig werden (arg. Art. 28).

c) Der Vertrag kann durch Zeitablauf bei passivem Verhalten des Irrenden konvalescieren, Art. 28: „Wenn der durch Irrtum, Betrug oder Furcht beeinflusste Teil binnen Jahresfrist weder dem andern eröffnet, dass er den Vertrag nicht halte, noch eine schon erfolgte Leistung zurückfordert, so gilt der Vertrag als genehmigt."

d) Es bedarf also einer positiven Thätigkeit des Irrenden, um dies Gültigwerden des Vertrages zu verhindern. Die Willenserklärung, durch welche der Irrende das Perfektwerden des Vertrags vereitelt, kann ebensowohl aussergerichtlich abgegeben werden, als im Prozesse, und zwar sowohl verteidigungsweise gegenüber dem Anspruch des Mitkontrahenten auf Erfüllung, als angriffsweise zum Zweck der Zurückforderung, wenn der Irrende den Vertrag schon erfüllt hat.

Diese Thatsachen machen es unmöglich, den mit Willensmängeln behafteten Vertrag als „nichtigen" zu bezeichnen. Denn wenn man mit absoluter Nichtigkeit eines Vertrages einen festen und logisch begründeten Begriff verbinden will, so muss man diese Bezeichnung für solche Fälle verwenden, in denen gerade die entgegengesetzten Merkmale vorliegen:[2]) Verträge, die für beide Teile ungültig sind, keine nachträgliche Genehmigung oder Konvalescenz durch Zeitablauf zulassen, und auch ohne Willenserklärung einer Partei der rechtlichen Wirkung dauernd ermangeln.

---

[1]) So auch im gemeinen Recht: bei Betrug und Zwang ist das Rechtsgeschäft gültig; der Betrogene resp. Gezwungene hat einen obligatorischen Anspruch auf Rückgabe dessen, was er geleistet hat. Beim Irrtum wird allerdings Nichtigkeit des Geschäftes angenommen, doch ist die neuere Doktrin zu der richtigen Einsicht gelangt, dass die Geltendmachung dieser Nichtigkeit von dem Entschluss des Irrenden abhängen muss. Vgl. Dernburg Pandekten § 102 Note 15. Regelsberger Pandekten § 142. IX.

[2]) Beispiele absoluter Nichtigkeit bieten die Art. 1, 9 und 17.

Die der Nichtigkeit entgegengesetzte Art der Ungültigkeit bezeichnet man seit Savigny, dem Begründer dieses Teils der modernen Jurisprudenz, mit dem Wort Anfechtbarkeit. Man versteht darunter die Rechtslage, dass ein Rechtsgeschäft gültig ins Leben tritt, aber mit der Schwäche behaftet ist, dass es vom Willen einer Partei abhängt, es ex tunc, d. h. so umzustossen, dass seine Wirkungen als nie eingetreten gelten.[1]) Kann die Anfechtungserklärung formlos abgegeben werden, wie in unserm Falle die Erklärung des Irrenden, „dass er den Vertrag nicht halte," so wollen manche Autoren von „relativer Nichtigkeit" [2]) sprechen, welche Bezeichnung aber mit Recht von Andern als verwirrend und überflüssig abgelehnt [3]) wird. In diesem Sinne hat das B. G. B. die mit Irrtum, Zwang und Betrug behafteten Rechtsgeschäfte als anfechtbare bezeichnet und ausgestaltet.[4])

Können wir nun die „Unverbindlichkeit" in O. R. Art. 18 ff. mit dieser „Anfechtbarkeit" des B. G. B. identifizieren? Eine genaue Betrachtung ergiebt, dass die beiden Gesetzgeber zur Erzielung eines wesentlich gleichen Effektes durchaus verschiedene Konstruktionen gewählt haben: im B. G. B. ist der mit Irrtum behaftete Vertrag vom Moment des Vertragsabschlusses an existent, wenn auch der Anfechtung ausgesetzt, aber erst wenn die Anfechtungserklärung abgegeben ist, „ist der Vertrag als von Anfang an nichtig anzusehen" (§ 142). Bis zu diesem Augenblicke ist der Vertrag als gültig zu behandeln.

---

[1]) Von Anfechtbarkeit spricht man auch da, wo das Rechtsgeschäft gültig ist und gültig bleibt, und wo ein obligatorischer Anspruch auf Rückgängigmachung der eingetretenen Rechtsfolgen besteht. Es scheint mir passender, für diesen Fall der Ungültigkeit eine besondere Bezeichnung zu wählen, z. B. von Revokation zu sprechen, vgl. Mitteis im Jahrbuch für Dogm. Bd 28 Seite 115 fg.

[2]) In einem anderen und richtigeren Sinne wird von „relativer Nichtigkeit" da gesprochen, wo das betreffende Rechtsgeschäft nur gegenüber bestimmten Personen (z. B. den Konkursgläubigern) ungültig ist.

[3]) Regelsberger Pandekten § 174 Note 19. Es ist offenbar ein Versehen, wenn Regelsberger den von ihm für entbehrlich erklärten Begriff der relativen Nichtigkeit in § 142, IV. beim Irrtum verwendet.

[4]) § 142: „Wird ein anfechtbares Rechtsgeschäft angefochten, so ist es als von Anfang nichtig anzusehen."

Diese Auffassung wird in den Motiven mit folgenden Worten verdeutlicht: „Das anfechtbare Rechtsgeschäft steht unter einer auflösenden Gesetzesbedingung, deren Eintritt besonderer Bestimmung zufolge rückwirkende Kraft hat.“ [1]) Das anfechtbare Geschäft ist und bleibt gültig, wenn es nicht angefochten wird. Anders im O. R.: Der Vertrag ist von Anfang an ungültig und wird erst gültig, wenn die Präklusivfrist der Anfechtung unbenutzt verstrichen ist; die Gültigkeit des Vertrages hängt von der negativen Suspensivbedingung ab, dass innerhalb einer bestimmten Frist keine ablehnende Erklärung des Irrenden erfolgt, resp. von der positiven Suspensivbedingung, dass der Irrende seine Genehmigung ausspricht. Dass dies die Konstruktion ist, die dem Gesetzgeber vorschwebte, geht mit Sicherheit aus dem Wortlaut der Art. 18—28 hervor. Darum ist es, wenn man genau sein will, unrichtig, von einer „Aufhebung“ des Vertrages wegen Irrtums oder Betruges zu sprechen.[2]) Es handelt sich nicht darum, ob ein Vertrag wegen Irrtums aufgehoben wird, sondern darum, ob dieser Vertrag trotz des Irrtums gültig wird oder wegen des Irrtums ungültig bleibt. Diese Auffassung des Gesetzgebers hat das Bundesgericht neuerdings sehr präzis zum Ausdruck gebracht.[3])

---

[1]) Band I S. 219. Wenn Endemann, Einführung S. 321 gegen diese Erklärung der Motive polemisiert und meint, man dürfe nach B. G. B. nicht sagen: Das anfechtbare Rechtsgeschäft ist zunächst wirksam und gültig, so glaube ich ihm hierin nicht beistimmen zu dürfen. Allerdings ist das Rechtsgeschäft von seiner Entstehung an mit dem Fehler der Anfechtbarkeit behaftet, aber dieser Fehler ist zunächst wirkungslos, er darf auch vom Gericht nicht eher beachtet werden, als bis die Anfechtung erfolgt. Nun meine ich aber, dass man z. B. eine Forderung, mit welcher der Gläubiger eine Verurteilung des Schuldners erzielen kann, nicht wohl anders als eine, in diesem Zeitpunkt wenigstens, wirksame bezeichnen kann.

[2]) Revue Band V Nr. 122.

[3]) Urteil vom 10. April 1897 i. S. Merke c. Dukas Erw. 3: „Denn hier (sc. beim Betruge) handelt es sich nicht um eine eigentliche Einrede gegen eine an und für sich bestehende Verbindlichkeit, sondern um den Einwand, dass keine für den Beklagten verbindliche Obligation zu Stande gekommen sei.“

Eine andere Frage ist es, ob die vom Gesetzgeber adoptierte Konstruktion die richtige ist. Ich meine nicht „richtig" im naturrechtlichen Sinne, denn der Gesetzgeber kann kraft seiner Allmacht vorschreiben, was von der Theorie missbilligt wird. Ich nenne eine gesetzgeberische Konstruktion dann richtig, wenn die sich aus ihr ergebenden Konsequenzen als Rechtssätze angewendet werden können und angewendet werden; unrichtig, wenn man gerade da, wo die Konstruktion eines Rechtsverhältnisses über wichtige Rechtsfragen Aufschluss geben sollte, propter utilitatem sagen muss: hier ist die ratio legis non producenda ad consequentias. Und es will mir scheinen, dass es sich mit dem vom O. R. angenommenen Prinzip der suspensiv bedingten Gültigkeit bei Willensmängeln in der That so verhält. In einzelnen Punkten von nebensächlicher Bedeutung kann man den Konsequenzen dieses Prinzips nachleben,[1]) in der Hauptfrage dagegen, bei welcher es seine

[1]) Vgl. z. B. unten S. 62 Note 2. Dagegen scheint mir die Konsequenz, welche das Bundesgericht in dem oben citierten Urteil Merke c. Dukas aus der Konstruktion des Gesetzes zieht, nicht stichhaltig zu sein. In diesem Falle wurden gegen einen in einen Kontokorrent aufgenommenen Posten die Einreden des Betruges und der Wandelung erhoben. Nun meint das Bundesgericht, die Einrede der Wandelung sei ipso iure durch die Anerkennung des Kontokorrentauszuges ausgeschlossen, die Einrede des Betruges dagegen zulässig, weil das auf Betrug beruhende Rechtsgeschäft als nicht zu Stande gekommen aus der Abrechnung fallen müsse. Diese Unterscheidung, so elegant sie auch erscheint, kann meines Erachtens nicht zugegeben werden, denn durch den Kontokorrentauszug wird nur das anerkannt, was in den Kontokorrent aufgenommen und aus demselben ersichtlich ist, dass nämlich der Käufer einen Kaufpreis von 100 versprochen hat. Für die Beschaffenheit der Ware und die aus derselben sich ergebenden Einreden gegen die Kaufpreisforderung kann der Kontokorrent nicht massgebend sein, schon deswegen nicht, weil die Aufnahme eines Postens in den Kontokorrent und die Bestätigung des Auszuges unabhängig von der Lieferung der Ware und oft früher als diese erfolgt. Wenn daher der Betrug auf die Beschaffenheit der Ware sich bezieht, so hat der Käufer durch die Anerkennung des Kontokorrentauszuges sein Recht, den Betrug geltend zu machen, nicht verwirkt, aber ebensowenig seine Ansprüche aus Mängeln der Kaufsache. Erfolgt aber die Anerkennung des Kontokorrents in Kenntnis des Mangels, resp. Betruges, so liegt darin ein Verzicht auf die ädilicischen Rechtsmittel, aber ebenso auch eine Bestätigung des wegen Betruges ungültigen Kaufes.

Kraft bewähren sollte, versagt es den Dienst. Diese Hauptfrage ist auf dem ganzen Gebiete der Ungültigkeit die, ob die Ungültigkeit von Amtswegen oder nur auf Antrag der Partei zu berücksichtigen ist. In B. G. B. ergiebt sich aus der „Anfechtbarkeit" hiefür ein klares und einfaches Resultat: ist die Anfechtung vor dem Prozess erfolgt, so ist nach § 142 das Geschäft als nichtig zu betrachten; die Thatsache, dass eine Anfechtung erfolgt ist und dass sie berechtigt war, wird dann im Prozess ebenso behandelt, wie jede andere befreiende Thatsache z. B. Zahlung der Schuld. Hat vor dem Prozess noch keine Anfechtung stattgefunden, so kann sie im Prozess nachgeholt werden; die Anfechtungserklärung ist in diesem Falle nicht die Anrufung einer Thatsache, sondern eine Willenserklärung, durch welche dem Recht des Gegners die Kraft entzogen wird. Wird auch im Prozess die Anfechtungserklärung nicht abgegeben, so ist das Rechtsgeschäft gültig geblieben und muss vom Richter als solches behandelt werden.[1]) Vom Standpunkt des O. R. ergiebt sich für den zweiten Fall, dass der Irrende etc. sich vor dem Prozess weder genehmigend noch ablehnend geäussert hat, das Gegenteil: das Geschäft ist immer noch ungültig, so lange nicht die Konvalescenz des Art. 28 eingetreten ist, und müsste, wenn die Thatsachen, welche das Zustandekommen des Geschäftes verhinderten, aus den Akten hervorgehen, wie jedes andere nicht zu Stande gekommene Geschäft von Amtswegen als ungültig behandelt werden. Eine Willenserklärung des Irrenden etc. könnte zwar, als Genehmigung, auch noch im Prozesse die Gültigkeit herbeiführen, es ist aber keine Willensäusserung erforderlich, damit das Geschäft auch im Prozess in seiner Ungültigkeit verharre. Der Richter dürfte und müsste, wenn er aus den Akten die Ueberzeugung gewinnt, dass der Beklagte das Opfer eines Betruges ist, diesen freisprechen, auch wenn er sich nicht auf Betrug beruft, ebenso wie der Richter andere Ungültigkeitsgründe, z. B. Minderjährigkeit, Mangel der Vollmacht oder der Genehmigung (Art. 46) oder Verstoss gegen Art. 17, ohne darauf gerichteten Antrag zu berücksichtigen hat.

[1]) Vgl. Planck, Kommentar S. 145.

Diese Konsequenz, die sich m. Er. mit Unvermeidlichkeit aus dem Prinzip des Art. 18 ff. ergiebt, ist nun, soviel ich sehe, nie gezogen worden.[1]) Sie würde sowohl mit dem gemeinen[2]) Recht, als mit dem Code civil[3]) im Widerspruch stehen, sie würde sich auch de lege ferenda kaum rechtfertigen lassen: denn wo es sich, wie bei Irrtum, Betrug, Zwang, um Vorgänge im Innern des Menschen handelt, ist der Mensch selbst in erster Linie berufen zu entscheiden. Das Gesetz thut genug daran, wenn es dem Irrenden etc. gestattet, unter besondern Umständen auf das zurückzugreifen, was hinter seiner Willenserklärung liegt. Macht der Irrende von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch, so hat der Richter sich an das zu halten, was nach Art. 1 das wesentliche Element des Vertrages ist: an die Willensäusserung. Beim Irrtum giebt es noch einen besondern Grund, der dafür spricht, dass die Ungültigkeit auch nach O. R. nur auf Antrag des Irrenden auszusprechen ist: das ist die Entschädigungspflicht des Art. 23. Hier ist vorausgesetzt, dass der Irrende den Vertrag „nicht gegen sich gelten lässt", d. h. sich auf seinen Irrtum beruft; er übernimmt damit, wenn er fahrlässig geirrt hatte, den Ersatz des negativen Vertragsinteresses. Da nun die Ungültigkeit des Vertrages in diesem Falle dem Irrenden nicht umsonst zu Teil wird, sondern von ihm durch eine Gegenleistung erkauft werden muss, so kann nicht davon die Rede sein, dass der

---

[1]) Wenn bei Irrtum, Betrug und Zwang das Geschäft auch ohne Antrag ungültig wäre, so müsste sich das namentlich im Kontumacialverfahren zeigen, wenn aus dem Vortrage des Klägers erhellt, dass einer dieser Thatbestände vorliegt.

[2]) Im Gemeinen Rechte sind Betrug und Zwang zweifellos Einreden, die nur auf Antrag des Beklagten berücksichtigt werden. Man nennt sie im Gegensatz zu den Einreden, durch welche Thatsachen vorgebracht, nicht (negative) Rechte ausgeübt werden, „Exceptionen" (Dernburg Bd I § 137) oder „rechtsverfolgende Einreden" (Regelsberger § 192). Dasselbe muss vom Irrtum gelten, wenn man die Wirkung desselben von dem Entschlusse des Irrenden abhängig macht, vgl. Mitteis Jahrbuch für Dogm. Bd 28 Seite 121 fg. Danz, Auslegung der Rechtsgeschäfte, Seite 58

[3]) Code Civil art. 1117: La convention contractée par erreur, violence ou dol, n'est point nulle de plein droit; elle donne seulement lieu à une action en nullité ou en rescission.

Richter den Irrenden ohne seinen Antrag in diese Lage bringt.[1])

Wenn man annehmen muss, dass die Willensmängel auch im O. R. nicht anders als auf Antrag der Partei berücksichtigt werden, so erleidet dadurch die den Art. 18 ff. zu Grunde gelegte Konstruktion eine so starke Abänderung, dass der Unterschied zwischen der „Ungültigkeit" des O. R. und der „Anfechtbarkeit" des B. G. B. nur noch in unwesentlichen Nebenpunkten zu Tage treten kann. Denn ein Vertrag, der zwar von Anfang an ungültig sein soll, dennoch aber vom Gericht geschützt wird, wenn sich die Partei nicht auf den Ungültigkeitsgrund beruft, trägt offensichtlich den Charakter der Anfechtbarkeit an sich; und die Willenserklärung, welche nach O. R. sowohl wie nach B. G. B. unentbehrlich ist, um die wichtigste Wirkung des Vertrages, die Verurteilung, zu verhindern, kann sehr wohl als Anfechtung bezeichnet werden. In diesem Sinne werde ich von „Anfechtung" sprechen (umsomehr, als es keinen andern passenden Ausdruck für die Willenserklärung des Art. 28 giebt), ohne dabei zu übersehen, dass die theoretische Auffassung des Gesetzgebers im O. R. eine andere ist als im B. G. B.

2. Die Anfechtungserklärung kann, da das Gesetz keine besonderen Erfordernisse aufstellt, in beliebiger Form abgegeben werden (arg. Art. 9). Sie kann, wie schon oben bemerkt, vor Gericht oder auch aussergerichtlich erfolgen. Sie muss an „den anderen Teil" gerichtet sein und muss wohl auch dem Adressaten wirklich zukommen: geht der Brief, in welchem die Anfechtung ausgesprochen ist, verloren, so kann der Vertrag nach Art. 28 gültig werden.[2])

---

[1]) Selbst wenn sich die Partei vor Gericht auf Betrug berufen hat, darf m. Er. der Richter, wenn er den Betrug nicht für erwiesen, wohl aber einen wesentlichen Irrtum für vorhanden ansieht, diesen Irrtum in Ermangelung eines Eventualantrages nicht berücksichtigen.

[2]) Vgl. B. G. B. § 130 und Planck, Kommentar zu § 121 Nr. 3. Im O. R. fehlt eine allgemeine Bestimmung darüber, ob einseitige Erklärungen (z. B. Wohnungskündigung, Erteilung und Widerruf der Vollmacht etc.) mit ihrer Abgabe oder erst mit ihrem Eintreffen wirksam werden. Diese

Die Erklärung muss den Willen aussprechen, „den Vertrag nicht zu halten," und einen der drei Mängel des Vertragsabschlusses als Grund dafür angeben. [1]) Wenn A seinem Mitkontrahenten schreibt, er werde den Vertrag nicht erfüllen, ohne sich auf Irrtum, Zwang oder Betrug zu berufen, so ist durch eine solche Erklärung die Frist des Art. 28 nicht gewahrt. B kann u. U., und namentlich bei Irrtum des A, in einem solchen Verhalten des A bona fide eine grundlose Weigerung der Vertragserfüllung sehen und den Weg der Klage beschreiten. Wenn nun A im Prozess sich auf Irrtum als Grund der Nichterfüllung beruft, so ist diese Erklärung ohne Rücksicht auf die frühere unmotivierte Weigerung nach Art. 18 auf ihre Rechtzeitigkeit zu prüfen, eventuell kann dem A nach Art. 23 der Ersatz des Schadens auferlegt werden, den B dadurch erlitten hat, dass er in Unkenntnis der Ungültigkeit des Vertrags erhalten worden ist.

Die Anfechtungserklärung muss einen der drei Gründe enthalten, aber es genügt m. Er. ein abstrakter Hinweis z. B. „ich halte mich für betrogen" oder „ich habe einer Drohung nachgegeben". Die Darlegung der konkreten Thatsachen kann dem Prozess vorbehalten bleiben. Ist die Anfechtung wegen Irrtums erfolgt, so kann, wenn die Frist des Art. 28 abgelaufen ist, im Prozess ein Betrug nicht geltend gemacht werden, sofern er in der Erregung eines unwesentlichen Irrtums bestand. Und umgekehrt ist es bei Anfechtung wegen Betrugs nicht zulässig, nach Ablauf der Frist im Prozess auf einen Irrtum abzustellen, den der Mitkontrahent nicht provoziert oder ausgenützt hat.

Zur Anfechtung genügt nicht die blosse Anzeige davon, dass beim Vertragsabschlusse Irrtum, Betrug oder Zwang mit

---

Frage ist je nach dem Zwecke der Erklärung verschieden zu beantworten, vgl. Unger, Jahrb. für Dogm., Bd 33 S. 344 fg. In den aufgezählten Beispielen wird man wohl das Eintreffen der Erklärung verlangen, ebenso im Falle der Anfechtung, dagegen wird z. B. bei der Mängelrüge (Art. 246) die rechtzeitige Absendung der Anzeige genügen.

[1]) Bundesgericht, Entscheidungen, Bd XIV S. 319.

[2]) Vgl. Planck, Kommentar zu § 121 Nr. 2.

im Spiele war. Die Anfechtung ist keine Mitteilung einer Thatsache (wie die Mängelrüge), sondern eine Willenserklärung. Wenn daher A dem B schreibt: „da Sie mich beim letzten Einkauf betrogen haben, so will ich keine weiteren Geschäfte mit Ihnen machen," so ist damit der Kauf nicht angefochten, selbst wenn A darauf rechnet, dass B durch diese Mitteilung sich veranlasst sehen wird, freiwillig einen Preisnachlass anzubieten. Dagegen ist eine Erklärung des B: „er wolle den Vertrag nicht halten, weil er betrogen worden sei," deswegen nicht weniger eine wirksame Anfechtung, weil A gesonnen ist, auf eventuelle Vergleichsvorschläge des B einzugehen. Denn der Vertrag ist mit dieser Erklärung definitiv ungültig geworden, und wenn die Parteien sich nachträglich auf dem Wege des Vergleiches über die Aufrechterhaltung des Vertrages einigen, so liegt darin ein Neuabschluss eines Vertrages von gleichem Inhalt, wie beim angefochtenen Vertrag.[1])

Die Anfechtung muss sich in der Regel gegen das Geschäft als Ganzes richten. Der Anfechtende hat das Recht zu erklären, dass „er den Vertrag nicht halten wolle," nicht dass er einen Vertrag mit anderem Inhalte halten wolle, als mit dem er abgeschlossen worden ist. Nur wenn die Leistungen beider Parteien als teilbar angesehen werden können, wird man eine Anfechtung pro parte gestatten,[2]) z. B. A ist von B durch Betrug verleitet worden, zehn Aktien zum Preise von 100 zu kaufen, und hat fünf Aktien zu einem noch höheren Preis an X weiterverkauft; wenn X aus irgendwelchen Gründen den A wegen dieser fünf Aktien nicht belangen will oder kann, so wird A sich damit begnügen, den Kauf der ihm verbliebenen fünf Aktien gegenüber seinem Verkäufer B anzufechten.[3])

---

[1]) Vgl. B. G. B. § 141 Absatz 2.

[2]) Arg. Art. 255, wo, übrigens nicht der von uns vorausgesetzte, wohl aber ein ähnlicher Fall behandelt ist: von dem Kaufgegenstand ist nur ein Teil mangelhaft, die Wandelung erstreckt sich aber u. U. auf das Ganze.

[3]) Dieses Beispiel ist demonstrativ für den Unterschied zwischen Anfechtung und Schadenersatz ex dolo: wäre der Betrogene auf einen Schaden-

Wer ist der „andere Teil," an den die Anfechtungserklärung gerichtet sein muss? Bei Verträgen, an die das Gesetz in erster Linie denkt, ist darunter jedenfalls der Mitkontrahent resp. dessen Erbe zu verstehen. Aber wie ist es zu halten, wenn das Recht aus dem anzufechtenden Vertrag mittlerweilen auf eine andere Person übergegangen ist? z. B. der Betrüger hat die ihm tradierte Sache an einen Dritten veräussert oder seine Forderung an einen Dritten cediert. Nach B. G. B. bleibt der Mitkontrahent trotzdem „Anfechtungsgegner," d. h. die Person, an welche die Anfechtungserklärung zu richten ist.[1]) Darin kann u. U. ein Rigorismus liegen, den man m. Er. auf dem Boden des O. R. nicht zu befolgen braucht. Man kann sehr wohl, ohne Schädigung berechtigter Interessen, dem Irrenden etc. gestatten, die Anfechtungserklärung an die Person abzugeben, gegen welche er die Rückforderung der Sache richten muss. Man denke z. B. an den Fall, dass der Betrüger durchgegangen ist. Ist es praktisch gerechtfertigt, hier den Betrogenen auf den Umweg der öffentlichen Zustellung an den unbekannt abwesenden Betrüger zu verweisen?[2]) Bei der Cession liesse es sich sogar rechtfertigen, dass die Anfechtung nach erfolgter Denunziation nur noch an den Cessionar erfolgen dürfe, weil der Cessionar dem Schuldner bekannt und an der Anfechtung in erster Linie interessiert ist.

3. Die Anfechtung muss rechtzeitig erfolgen, d. h. binnen Jahresfrist. „Diese Frist," sagt Art. 28, „beginnt in den Fällen des Irrtums und Betruges mit der Entdeckung, in den Fällen der Furcht mit der Beseitigung derselben."

Diese Frist[3]) erscheint mir als eine zu lange, namentlich wenn man bedenkt, dass es sich bei der Anfechtung um

ersatzanspruch angewiesen, so würde eine compensatio damni cum lucro eintreten: er müsste sich von dem Verlust, den er an den ihm verbleibenden Aktien erlitten hat, den Vorteil abziehen lassen, den er aus dem Verkauf der weiterveräusserten Aktien erzielt hat.

[1]) Kommentar von Planck, zu § 143 Nr. 3.

[2]) B. G. B. § 132 Absatz 2.

[3]) Dieselbe einjährige Frist hat das B. G. B. § 124 Absatz 2 für den Fall des Betrugs oder Zwanges aufgestellt.

eine Privaterklärung in beliebiger Form, nicht um gerichtliche Geltendmachung handelt. Dieses gilt insbesondere vom Irrtum. Das B. G. B. § 121 bestimmt für den Irrtum, dass „die Anfechtung ohne schuldhaftes Zögern (unverzüglich) erfolgen muss, nachdem der Anfechtungsberechtigte von dem Anfechtungsgrunde Kenntnis erlangt hat.“ Man kann in der That von dem Irrenden, welchem die Anfechtung ex aequitate erlaubt wird, wohl verlangen, dass er den unschuldigen Mitkontrahenten nicht ohne zwingenden Grund im Glauben an die Gültigkeit des Vertrages belässt. Für die dem Irrenden zu gestattende Ueberlegung, ob er den Vertrag trotz des Irrtums halten oder ihn anfechten wolle, hätte gewiss eine „angemessene Frist,“ wie sie in Art. 32 Absatz 2 für die Ueberlegung des gesetzlichen Vertreters eingeräumt ist, ebenso hingereicht.[1]) Durch die einjährige Frist ist es dem Irrenden unnötigerweise ermöglicht, die Chancen eines langen Zeitraums auf Kosten des anderen Teiles auszunützen. Jedoch ist dabei zu beachten, dass die Gefahren, die darin für den anderen Teil liegen, zum grössten Teil durch Art. 23 paralysiert sind; je länger der Irrende mit der Anfechtung wartet, um so grösseren Schadenersatz muss er riskieren, wenn er den Irrtum verschuldet hat. Dazu kommt noch, dass eine verzögerte Anfechtung den Beweis des Irrtums oft erschwert.[2])

Ist die Jahresfrist unbenutzt verstrichen, so „gilt der Vertrag als genehmigt“ d. h. der Vertrag soll wirksam sein, wie wenn er genehmigt wäre. Es handelt sich hier nicht um eine Präsumption für stillschweigende Genehmigung, sonst müsste der Gegenbeweis zulässig sein, dass die Unterlassung der Anfechtung nicht auf der Absicht der Genehmigung be-

---

[1]) Auch hätte es sich m. Er. empfohlen, dem Mitkontrahenten des Irrenden die Befugnis zu gewähren, eine Erklärung über die Anfechtung zu verlangen, wie das im Art. 32 für die Verträge der Minderjährigen angeordnet ist. Vgl. Dernburg, Pandekten § 102 Note 15.

[2]) B. G. B. hat eine zweite zeitliche Begrenzung der Anfechtung aufgestellt: „Die Anfechtung ist ausgeschlossen, wenn seit der Abgabe der Willenserklärung dreissig Jahre verstrichen sind.“ § 121 und 124. Dieselbe Methode befolgt O. R. Art. 69 bei der Verjährung des Schadenersatzanspruchs.

ruht, sondern um eine fingierte Genehmigung: Der Vertrag ist gültig ohne Rücksicht auf die Gründe, aus denen die rechtzeitige Anfechtung unterblieben ist.[1]) Die Anfechtung kann wirksam nur innerhalb der Präklusivfrist erfolgen; mit ihrem Ablauf ist der Vertrag nach B. G. B. unanfechtbar, nach der Auffassung des O. R. perfekt geworden.

Die Präklusivfrist des Art. 28 ist keine Verjährungsfrist im Sinne von Art. 146 ff. Man kann auf dem Boden des O. R. hier schon deswegen nicht an Verjährung denken, weil durch den Ablauf des Jahres nicht ein Recht untergehen, sondern ein Vertrag zur Gültigkeit erwachsen soll. Aber auch wenn man in Anschluss an das B. G. B. das mit Irrtum behaftete Geschäft als anfechtbares konstruiert, kann von Verjährung keine Rede sein; denn die Anfechtungsbefugnis ist kein „Anspruch," auf den Art. 146 Anwendung finden könnte: der Anfechtende verlangt von seinem Gegner keinerlei Leistung,[2]) sondern er zerstört durch sein Wort die Wirkung des abgeschlossenen (nach O. R.: werdenden) Rechtsgeschäftes. Diese Wirkung erzielt der Anfechtende durch seine Erklärung, während der Anspruch auf dem Wege der Klage durchgesetzt werden muss, wenn er vom Gegner nicht freiwillig befriedigt wird. Weil wir es hier nicht mit einer Verjährung zu thun haben, können die Vorschriften des Art. 146 ff. keine Anwendung finden; das gilt namentlich für Art. 153 (Hinderung und Stillstand der Verjährung).[3])

Wer hat den Beginn der Präklusivfrist, den Moment der Entdeckung des Irrtums oder Betrugs, des Aufhörens des Zwanges, zu beweisen? Nach der dem O. R. zu Grunde liegenden Konstruktion ist dieser Beweis zweifellos Sache des Mitkontrahenten.[4]) Denn der Vertrag war, wenn mit Irrtum

---

[1]) Ueber den Unterschied von Präsumption und Fiktion vgl. Bekker, Pandekten § 95 Beilage II.

[2]) Vgl. B. G. B. § 194: „Das Recht, von einem Andern ein Thun oder ein Unterlassen zu verlangen (Anspruch), unterliegt der Verjährung."

[3]) Nach B. G. B. § 124 Absatz 2 sollen einige Gründe der Hemmung und Unterbrechung der Verjährung analoge Anwendung auf unsere Präklusivfrist finden.

[4]) Vgl. Revue Bd XIV Nr. 98 (Bundesgericht).

behaftet, nicht gültig geschlossen und konnte nur durch Ablauf der Frist des Art. 28 gültig werden. Wenn daher der Mitkontrahent die Gültigkeit des Vertrages behauptet, so gehört der Ablauf und somit auch der Beginn der Frist zu den Thatsachen, welche sein Recht begründen.[1])

4. Das anfechtbare Geschäft wird gültig durch Genehmigung,[2]) d. h. durch die Erklärung des Irrenden, er wolle trotz des ihm bekannten Mangels des Vertragsschlusses an dem Vertrag festhalten, oder anders gesagt, auf die Anfechtung verzichten. Wie die Anfechtung, so ist auch die Genehmigung eine einseitige Erklärung (sie bedarf keiner Zustimmung des Mitkontrahenten, der sich ja auf Irrtum etc. seinerseits nicht berufen darf). Die Genehmigung kann durch Worte erklärt werden, oder auch durch die That, z. B. der Irrende erfüllt den Vertrag,[3]) nachdem er den Irrtum erkannt hat,[4]) oder er nimmt die Leistung seines Mitkontrahenten entgegen. Während nun aber die Anfechtungserklärung stets an den Gegner gerichtet sein und ihm sogar zukommen muss, lässt sich dies Erfordernis für die Genehmigung nicht aufstellen; eine Willensäusserung, die nicht an den Gegner

---

[1]) Zu demselben Resultat kommt nach B. G. B. Planck, Kommentar zu § 121 Nr. 4.

[2]) B. G. B. § 144 bezeichnet diesen Fall der ratihabitio mit dem Worte Bestätigung (im Gegensatz zu der Genehmigung bei vollmachtloser Vertretung, § 177, bei beschränkter Geschäftsfähigkeit, § 107, und in den Fällen des § 184). Vgl. Regelsberger, Pandekten Bd I § 164.

[3]) Vgl. Entscheidungen des Bundesgerichts, Bd 22 Nr. 27: Der Schuldner hat unter einer Drohung einen Wechsel unterzeichnet und löst ihn ein, obwohl er das Recht der Prolongation hatte. Darin sieht das Gericht mit Recht eine Bestätigung des erzwungenen Vertrages. Anders wäre natürlich zu entscheiden gewesen, wenn die Zahlung nicht an den Mitkontrahenten, von dem der Zwang ausgegangen war, erfolgt wäre, sondern an einen Indossatar, dem gegenüber der Acceptant die Zahlung nicht mit Berufung auf Zwang verweigern darf.

[4]) Die Zahlung in Kenntnis des Irrtums oder Betruges resp. nach Aufhören des Zwanges ist keine Bestätigung des Vertrages, wenn sie unter Vorbehalt des Willensmangels erfolgt. Natürlich braucht der Gläubiger ein Angebot der Zahlung mit Vorbehalt nicht zu acceptieren und kann auf vorbehaltlose Zahlung klagen.

gerichtet ist und auch nicht zu seiner Kenntnis kommt, kann als Genehmigung wirken,[1]) z. B. der Käufer erkennt nach Empfang der Ware, dass er das Opfer eines Irrtums oder Betruges geworden ist, und veräussert[2]) oder verbraucht die Ware: er hat damit den Kauf genehmigt, und zwar, wie ich glaube, ausdrücklich genehmigt.[3]) Stillschweigende Genehmigung wird man dann annehmen können, wenn das Verhalten des Anfechtungsberechtigten unter Berücksichtigung aller konkreten Umstände keine andere Deutung zulässt. Das blosse Schweigen nach erlangter Kenntnis des Mangels und Möglichkeit der Anfechtung ist nicht konkludent, denn es liegt darin nur eine Ausnützung der dem Irrenden vom Gesetz gewährten Ueberlegungsfrist. Dagegen kann die unterlassene Anrufung des Irrtums im Prozess sich oft als stillschweigende Genehmigung des Vertrages auffassen lassen, kommt aber als solche nicht in Betracht, weil, wie wir oben S. 49 angenommen haben, die Willensmängel überhaupt nicht berücksichtigt werden, wenn ein Antrag aus irgend welchem Grunde nicht gestellt ist.

Erst durch die Genehmigung wird im O. R. der vorher unverbindliche Vertrag wirksam. Die Genehmigung ist die positive und suspensive condicio iuris des mit Willensmängeln behafteten Vertrages, wie die Anfechtung die negative condicio iuris ist. Soll man mit dieser Konstruktion folgern, dass die Genehmigung keine rückwirkende Kraft hat? Art. 171 bestimmt für den bedingten Vertrag: „Für den Beginn der Wirkungen ist derjenige Zeitpunkt massgebend, in welchem die Bedingung in Erfüllung geht, sofern nicht auf eine andere Absicht der Parteien geschlossen werden muss.“ Nun liegt

---

[1]) Vgl. Planck, Kommentar zu § 144. Das gilt auch für die übrigen Fälle der Genehmigung. So kann die Genehmigung bei vollmachtloser Vertretung nicht bloss an den Dritten, sondern auch an den Vertreter selbst erklärt werden, vgl. Regelsberger a. a. O. Note 3.

[2]) Mommsen, Erörterungen, Heft 2 S. 161.

[3]) Vgl. oben Bd XV, S. 286. Ist die Genehmigung selbst wieder mit Irrtum, Betrug oder Zwang behaftet, so kann sie angefochten und damit die Möglichkeit wiedergewonnen werden, das erste Geschäft anzufechten, wenn es nicht durch Ablauf der Jahresfrist definitiv gültig geworden ist.

aber m. Er. hier, wie auch in den übrigen Fällen der Genehmigung, diese andere Absicht der Parteien offen zu Tage: Der Mitkontrahent des Irrenden etc. wollte die Wirkungen des Vertrages (z. B. den Lauf der Zinsen[1]) mit dem Tage des Abschlusses beginnen lassen. Wenn nun das Gesetz dem Irrenden die Anfechtungsbefugnis gewährt, so will es ihm dabei die Wahl geben, ob er den Vertrag, so wie er geschlossen ist, halten will oder nicht, und nicht die Möglichkeit eröffnen, dem Mitkontrahenten einen Vertrag mit anderm Inhalte aufzudrängen. Und darauf würde es herauskommen, wenn man der Genehmigung die rückwirkende Kraft versagen wollte.[2])

5. Die Anfechtungserklärung, welche vor dem Prozess oder in demselben abgegeben wird, entzieht dem Vertrag seine Wirksamkeit. Welche weitern Rechtsmittel nötig sind, um den Anfechtungsberechtigten vor den Wirkungen des nunmehr ungültigen Vertrages zu schützen, ergiebt sich aus der im Moment der Anfechtung vorhandenen Rechtslage:

a) Ist durch das angefochtene Geschäft noch keine Veränderung der äussern Verhältnisse herbeigeführt worden, ist daher der Mitkontrahent darauf angewiesen, den Vertrag auf dem Wege der Klage durchzusetzen, so wird dem Anfech-

---

[1]) Ein anderes Beispiel, in welchem die Rückwirkung der Bestätigung besonders deutlich hervortritt, kann man beim Uebergang der Gefahr (Art. 204) finden. Und in der That muss man, wenn der anfechtbare Vertrag am 2. Januar geschlossen, am 8. Januar vom Verkäufer genehmigt wird, und die Ware am 6. Januar untergegangen ist, den Uebergang der Gefahr auf den 2. zurückdatieren. Der Käufer kann sich nicht darüber beklagen, dass der Vertrag infolge der Genehmigung so zu Stande gekommen ist, wie er ihn zur Zeit des Abschlusses beabsichtigte. Dasselbe gilt prinzipiell auch für den Fall, dass Willensmangel und Genehmigung auf Seiten des Käufers vorliegen. Allerdings wird aber der Käufer, welcher in Unkenntnis des Unterganges der Ware den Vertrag genehmigt, in der Lage sein, die Genehmigung selbst wegen wesentlichen Irrtums anzufechten, wodurch die Wirkung der Rückziehung wieder aufgehoben wird.

[2]) Bei der Konstruktion des B. G. B. ergiebt sich die rückwirkende Kraft der Bestätigung ohne Weiteres: denn die Bestätigung ist im B. G. B. nichts anderes, als Verzicht auf die Anfechtung des schon früher zu Stande gekommenen Vertrages.

tungsberechtigten in der Regel das Verteidigungsmittel der Einrede genügen.[1]) Diese Einrede[2]) hat, wie schon oben S. 47 bemerkt wurde, eine verschiedene Bedeutung, je nachdem schon früher eine Anfechtungserklärung erfolgt ist, oder nicht. Im ersten Falle ist die Einrede: Behauptung einer rechtshindernden (nach B. G. B.: rechtsvernichtenden) Thatsache, im zweiten Falle ist die Einrede eine Willenserklärung (Disposition) der Partei, durch welche dem Recht des Klägers der Boden entzogen wird.[3])

b) Der Anfechtungsberechtigte kann ein Interesse daran haben, dem Angriff seines Gegners zuvorzukommen, resp. seinen eigenen Anspruch auf Rückgabe des Geleisteten vorzubereiten. Zu diesem Zwecke steht ihm die Feststellungsklage zu Gebote. Durch das Urteil wird rechtskräftig konstatiert, dass der Vertrag anfechtbar war und aussergerichtlich oder in der Klageerhebung wirksam angefochten worden ist. Das Urteil wirkt deklaratorisch, nicht rescissorisch, wie das bei einigen Anfechtungsfällen des Gemeinen Rechtes der Fall ist.[4])

c) Hat der Anfechtungsberechtigte bereits geleistet, so kann er das Geleistete mit Klage zurückfordern, vorausgesetzt, dass in der Leistung nicht eine Genehmigung des Vertrages enthalten ist.[5]) Die Rückforderung charakterisiert sich im Allgemeinen als condictio im Sinne von Art. 71, denn die Leistung ist zur Erfüllung eines ungültigen Vertrages, d. h. „ohne jeden Grund“ erfolgt; bei Irrtum und Betrug wird speziell die condictio indebiti Art. 72 in Betracht kommen,

---

[1]) Auch gegenüber dem Cessionar seines Mitkontrahenten kann sich der Irrende nach Art. 189 durch Einrede schützen. Nur beim Wechsel versagt nach Art. 811 die Einrede aus Irrtum etc. gegenüber dem Indossatar.

[2]) Die Anfechtung kann u. U. auch als Replik geltend gemacht werden, z. B. X klagt eine Schuld von 100 gegen A ein, A bringt eine Quittung des X vor, X behauptet replicando, dass er die Quittung irrtümlich ausgestellt habe (error in negotio).

[3]) Vgl. Thon in Jahrb. für Dogm. Bd 28 S. 41.

[4]) z. B. bei der querela inofficiosi testamenti, vgl. Regelsberger, Pandekten S. 634.

[5]) Vgl. oben S. 55

denn die Leistung ist nur dann nicht als Genehmigung aufzufassen, wenn sie bei fortdauerndem Irrtum vorgenommen wurde.

Eine wichtige Abweichung des O. R. vom Gemeinen Recht liegt darin, dass die Ungültigkeit der Art. 18 ff. in derselben Weise beim dinglichen Vertrag Platz greift, wie bei den obligatorischen Verträgen. Zwar stehen diese Vorschriften im ersten Titel, der von der „Entstehung der Obligationen" handelt, und der gesetzliche Ausdruck „unverbindlich" deutet entschieden darauf hin, dass dem Gesetzgeber nur die obligatorischen Verträge vorschwebten, aber es unterliegt keinem Zweifel, dass auch der sechste Titel unter den Vorschriften des Allgemeinen Teiles steht, soweit diese auf Tradition und Pfandbestellung sachgemässe Anwendung finden können.[1]) Daraus muss man schliessen, dass die mit Irrtum, Zwang oder Betrug behaftete Tradition ebenso unverbindlich, oder richtiger gesprochen „unwirksam" ist, wie der unter den gleichen Umständen abgeschlossene Schuldvertrag; daraus folgt, dass die in wesentlichem Irrtum etc. veräusserte Sache vindiziert werden kann, wenn sie nicht nach Art. 205 in das Eigentum eines gutgläubigen Erwerbers gelangt ist.[2])

---

[1]) Vgl. oben S. 12 Note 4.

[2]) Die im wesentlichen Irrtum tradirte Sache kann nicht als „verlorene" im Sinne des Art. 206 betrachtet werden. Ebensowenig ist die abbetrogene Sache „gestohlen", vgl. die bei Hafner Note 1 zu Art. 206 citierte Entscheidung des Bundesgerichtes, Bd XIX Nr. 51 und neuerdings Revue Bd XV Nr. 105. In der That hat der Betrogene den Gewahrsam der Sache nicht unfreiwillig verloren, wie das bei gestohlenen und verlorenen Sachen der Fall ist, sondern er hat dem Betrüger Vertrauen geschenkt, wie in den Fällen der Unterschlagung, welche zweifellos nicht unter Art. 206 fallen. Dagegen scheint es mir richtig, die durch Furchterregung erlangten Sachen den gestohlenen gleichzustellen (a. M. Staub, Kommentar zum H. G. B. Art. 306 § 20 und Motive zum B. G. B. Bd. III S. 348). Allerdings ist der Besitzverlust bei der erzwungenen Tradition, wie beim Irrtum und Betrug, ein „gewollter"; aber man darf m. Er. aus der psychologischen Wahrheit des Satzes „coactus volui" keine Konsequenzen ziehen, die mit dem Zweck und der ratio des Gesetzes im Widerspruch stehen würden; und wenn man sich nun fragt: warum der Eigentümer, welcher den Besitz durch Irrtum, Betrug oder Anvertrauung aufgegeben hat, hinter dem redlichen Erwerber

Der Mitkontrahent des Irrenden kann sich selbst nie auf Art. 205 berufen, da ja der Mangel seines Erwerbes nicht darin besteht, dass sein Vorgänger nicht Eigentümer war, und da die bona fides des Erwerbers nach Wortlaut und Sinn des Art. 205 nur diesen einen Mangel zu heilen vermag.[1]) Durch diese Bestimmungen wird m. Er. den zu regelnden Verhältnissen besser Rechnung getragen, als im Gemeinen Rechte, welches die Wirkungen der Willensmängel in einer de lege ferenda kaum zu rechtfertigenden Weise differenziert: Bei wesentlichem Irrtum soll (relative) Nichtigkeit der Tradition eintreten, bei Betrug und Zwang dagegen, wo man einen stärkern Schutz des Geschädigten erwarten sollte, werden nur obligatorische Ansprüche auf Rückgabe gewährt. Wenn letzteres im römischen Rechte mit Rücksicht auf die allgemeinen Verkehrsinteressen geboten schien, so wird dieser Zweck heutzutage in richtigerer Begrenzung durch den Schutz des gutgläubigen Erwerbs erreicht. Es liegt daher kein Grund vor, dem Tradenten, der ein Opfer von

---

zurückstehen muss, während der Eigentümer gestohlener oder verlorener Sachen gegen den redlichen Erwerber durchdringt, so liegt doch wohl der einzige Grund, welcher diese Bestimmung rechtfertigt, darin, dass in den Fällen der ersten Kategorie der Eigentümer den Verlust des Gewahrsams sich selbst zuzuschreiben hat. Das kann nun von der erzwungenen Tradition nicht gesagt werden. Denn der Wille, den der Gezwungene schliesslich gefasst und ausgesprochen hat, ist ihm von aussen aufgedrängt worden. Man bedenke ferner, wie nah sich die Fälle des Raubes (deutsches Straf-G.-B. § 249) und der räuberischen Erpressung (§ 255) stehen (vgl. Olshausen, Kommentar zu § 253 Nr. 13), und man wird sich schwer entschliessen, eine durch Erpressung erlangte Sache civilrechtlich ganz anders zu behandeln, als eine geraubte Sache, die ja im Sinne des Art. 206 zu den gestohlenen gehört. Endlich möchte ich noch bemerken, dass das römische Recht den Unterschied, welchen ich in Bezug auf unseren Art. 206 zwischen Betrug und Zwang statuiere, in analoger Weise durchgeführt hat: in beiden Fällen verliert nach römischem Recht der Eigentümer sein dingliches Recht, aber zur Wiedererlangung desselben kann er die a. doli nur gegen den Betrüger, die a. quod metus causa auch gegen den Singularsuccessor des Erpressers erheben, Dernburg, Pandekten Bd I § 103 Note 21. Vgl. zur ganzen Frage auch Waldkirch, Erwerb des Eigentums an Mobilien, S. 68 fg.

[1]) Hafner, Note 4 zu Art. 205, Waldkirch a. a. O. S. 55. Ebenso B. G. B. § 932, Motive Bd. III S. 344.

Irrtum, Zwang oder Betrug geworden ist, die dingliche Klage gegen den bösgläubigen Rechtsnachfolger oder gegen die Konkursmasse des Erwerbers zu versagen.

Dem Irrenden etc. steht also zur Rückforderung der geleisteten Sache in erster Linie die Vindikation zu Gebote und nur dann, wenn die Vindikation unthunlich ist, weil die Identität der geleisteten Sache nicht mehr nachweisbar ist, oder weil der Verbleib der Sache unbekannt ist, tritt an Stelle der Vindication die Condictio der Art. 71 ff. Dabei ist aber natürlich vorausgesetzt, dass die Tradition selbst mit einem Willensmangel behaftet ist, und nicht nur der obligatorische Veräusserungsvertrag, zu dessen Erfüllung die Tradition vorgenommen wird. Denn die Tradition des O. R. ist in demselben Masse als abstrakter Vertrag aufzufassen, wie im gemeinen Rechte und im B. G. B.[1]) Wenn daher auf Grund eines, wegen Irrtum ungültigen Kaufes, eine Tradition vorgenommen wird, bei welcher der Willensmangel sich nicht wiederholt, so ist die Tradition als solche gültig, und der Verkäufer auf die Condictio angewiesen. Allerdings wird dieses bei Betrug und Zwang selten vorkommen: Denn der Betrogene wird, wenn er den Vertrag erfüllt, ohne dass darin eine Bestätigung zu finden ist, unter dem Einfluss desselben Betruges geleistet haben, der ihn zum Abschluss des Kaufvertrages verleitete; der dolose Käufer wird zur Erlangung der Leistung die Täuschung seines Mitkontrahenten fortgesetzt haben. Dasselbe gilt vom Zwange. Wenn sich dagegen der Verkäufer beim Abschluss des Kaufvertrages in der Qualität der Sache oder im Preise geirrt hat, und nunmehr, in Erfüllung seiner vermeintlichen Verpflichtung, die Kaufsache abliefert, so ist er allerdings auch jetzt noch in einem Irrtum befangen, aber es ist dies ein nach Art. 21 unwesentlicher Irrtum im Beweggrunde.

Mit der Condictio verlangt der Anfechtungsberechtigte die geleistete Sache resp. deren Ertrag, um welchen der Mit-

---

[1]) Dieser Grundsatz ist im Gesetz zwar nicht ausgesprochen, bildet aber die notwendige Grundlage der aus dem Gemeinen Rechte herübergenommenen Kondiktionenlehre. Vgl. Hafner Note 4e zu Art. 199, der unserer Frage, wohl mit Unrecht, die praktische Bedeutung abspricht.

kontrahent aus der Leistung bereichert ist (Art. 73). Ob er darüber hinaus auf Schadenersatz haftet, richtet sich nach Art. 50 ff.

Der Rückforderungsanspruch des Art. 28 verjährt nach der allgemeinen Regel des Art. 146 in zehn Jahren. Die Verjährung beginnt, ebenfalls nach allgemeinen Grundsätzen, Art. 149, mit der Fälligkeit des Anspruchs, d. h. mit dem Moment, in welchem die Leistung erfolgt ist,[1]) und nicht etwa erst mit der „Anfechtung." Denn der mit Irrtum etc. behaftete Vertrag ist ja nach der Konstruktion des O. R. von Anfang an ungültig, der Leistende daher sofort zur Zurückforderung berechtigt gewesen.[2]) Ob er seine Berechtigung kannte oder im stande war, von ihr Gebrauch zu machen, ist für die Frage quando actio nata sit im Allgemeinen irrelevant.[3]) So kann es kommen, dass die Rückforderung verjährt, ehe die Präklusivfrist der Anfechtung auch nur zu laufen begonnen hat. Darin liegt aber bei der reichlichen Zeit von zehn Jahren kein Uebelstand, vielmehr wäre es ohne die Verjährung ein bedenklicher Mangel, dass das Gesetz es unterlassen hat, für die Anfechtung eine objektive Zeitgrenze zu setzen.[4])

Wie steht es mit der Verjährung, wenn die Rückforderung sich als Vindikation darstellt? Nach der Ansicht von Hafner[5]) ist die Verjährung dinglicher Ansprüche im O. R.

---

[1]) So auch Schneider in seinem Kommentar zu Art. 28. A. M. (mit Berufung auf Schneider) Rossel, Manuel p. 68. Für den Moment der Entdeckung des Irrtums als Beginn der Verjährung Rölli, Entwurf eines Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag S. 81.

[2]) Aus der vom B. G. B. adoptierten Konstruktion könnte man folgern, dass die Verjährung der Rückforderung erst mit der Anfechtung beginnt. Jedoch bestimmt das Gesetz in § 200: „Hängt die Entstehung eines Anspruchs davon ab, dass der Berechtigte von einem ihm zustehenden Anfechtungsrechte Gebrauch macht, so beginnt die Verjährung mit dem Zeitpunkte, von welchem an die Anfechtung zulässig ist."

[3]) Für die Schadenersatzklagen aus Betrug und Zwang gelten die abweichenden Verjährungsgrundsätze des Art. 69.

[4]) Vgl. oben S. 53 Note 2

[5]) Note * zu Art. 146 S. 59.

nicht geregelt, es wäre also das kantonale Recht anzuwenden. Nun kann es aber leicht vorkommen, dass die Rückforderung im Moment der Leistung als Vindikation ins Leben tritt (weil der Empfänger nicht Eigentümer geworden ist) und erst später sich in eine Condictio verwandelt (durch Verzehren oder Veräussern der Sache). Soll dann die Condictio erst von letzterem Zeitpunkt an verjähren? Ich glaube nein! Ich nehme an, dass die Condictio vom Moment der Leistung an schon neben der Vindikation existierte und zu verjähren begonnen hat. Der Irrende braucht ja, um die Rückforderung zu begründen, nicht sein Eigentum, sondern nur die Leistung zu behaupten.

6. Bei einem zweiseitigen Vertrage ist für den Mitkontrahenten des Irrenden etc. eine gültige Verpflichtung zu stande gekommen, der Vertrag ist als negotium claudicans ins Leben getreten. Sobald nun aber der Irrende erklärt, den Vertrag nicht halten zu wollen, fällt auch die Verpflichtung seines Mitkontrahenten dahin; er kann seinerseits Leistung verweigern, resp. die schon vorgenommene Leistung zurückfordern (condictio ob causam finitam, Art. 71).[1]) Das Mass der Rückerstattungspflicht des Empfängers richtet sich nach Art. 73: „Die Rückerstattung kann nur insoweit gefordert werden, als der Empfänger zur Zeit der Rückforderung noch bereichert ist oder sich böswillig[2]) der Bereicherung entäussert hat.“ Nur ist zu bemerken, dass der Irrende durch die Anfechtungserklärung seine Rückerstattungspflicht selbst begründet, daher auch von diesem Moment an, als Schuldner seines Mitkontrahenten, die gewöhnliche Diligenz der Art. 110 ff. zu prästieren und eventuellen Schaden zu ersetzen hat. Ist die Sache vor der Anfechtung bei dem Irrenden etc. untergegangen, so kann die Anfechtung trotzdem erfolgen.[3]) Das ist bei kasuellem Untergang der Sache selbstverständlich und stimmt auch mit dem

---

[1]) Von einer Vindikation kann auf Seiten des Mitkontrahenten keine Rede sein: denn die Tradition an den Irrenden etc. ist gültig auf Grund einer zur Zeit der Tradition bestehenden Verpflichtung erfolgt.

[2]) z. B. der betrogene Käufer wirft die Sache aus Aerger zum Fenster heraus.

[3]) Vgl. zu dieser Frage Mommsen, Erörterungen, Heft 2 S. 160.

Rechte der Wandelung (Art. 254 Abs. 1) überein.[1]) Aber wie ist zu entscheiden, wenn die Sache durch Nachlässigkeit[2]) des Anfechtungsberechtigten oder seiner Leute untergegangen oder verschlechtert worden ist? Die Wandelung ist in diesem Falle durch Art. 254 Abs. 2 untersagt, aber diese Spezialvorschrift ist m. Er. nicht massgebend für die allgemeine Lehre von den Willensmängeln. Ich glaube vielmehr, dass die Anfechtung[3]) zulässig ist, und dass es sich nur darum handeln kann, ob der anfechtende Kontrahent, der die empfangene Sache bona fide, als eigene, beschädigt hat, für diesen Schaden aufzukommen hat. Ich wäre geneigt, hier einen Unterschied zwischen Irrtum und Betrug zu machen. Der Irrende muss den Schaden, den er, wenn auch ohne Verletzung einer Pflicht, angerichtet hat, selbst dann tragen, wenn er ohne eigene Schuld geirrt hat. Denn wenn er Aufhebung des Vertrages verlangt, und die Herstellung des früheren Zustandes durch seine eigene Handlungsweise unmöglich geworden ist, so scheint es richtig, den nicht aus der Welt zu schaffenden Schaden eher ihm aufzuerlegen, als dem an der ganzen Situation ebenso unschuldigen Mitkontrahenten.[4]) Ist dagegen der Mitkontrahent in dolo, so liegt kein Grund vor, von dem allgemeinen Prinzip der Kulpahaftung abzuweichen und dem anfechtungsberechtigten Käufer einen Schaden aufzubürden, den er ohne den Betrug nie angerichtet hätte.

Die Rückerstattung der erhaltenen Leistung muss „Zug um Zug" mit dem Rückempfang dessen, was der Anfechtende geleistet hat, erfolgen.[5]) Der Gegner des Anfechtenden kann

[1]) Nur muss der irrende Kontrahent, wenn er am Irrtum schuld ist, den Schaden nach Art. 23 ersetzen, und zu diesem Schaden gehört auch der kasuelle Untergang der Sache, vgl. oben Bd XVI S. 20.

[2]) Von „Verschulden" im gewöhnlichen Sinne des Wortes darf man hier genau genommen nicht sprechen: denn dem Irrenden kann, solange er noch im Irrtum befangen ist, kein rechtlicher Vorwurf daraus gemacht werden, dass er die Sache, die ihm gehört und die er für immer zu behalten gedenkt, so behandelt, wie es ihm beliebt.

[3]) Wie im Gemeinen Recht die Redhibition, vgl. Dernburg Pandekten, Bd 2 § 101 Note 10.

[4]) Vgl. Rümelin, Gründe der Schadenszurechnung, S. 61.

[5]) Dernburg, Pandekten, Bd. I § 104 Note 12.

sich gegenüber der Vindikation auf Art. 224, gegenüber der Kondiktion auf die Analogie des Art. 95 berufen.[1]) Auch wenn die Anfechtung auf dem Wege der Einrede durchgesetzt wird, z. B. gegen die Preisforderung des dolosen Verkäufers, muss m. Er. der Beklagte die Rückgabe der erhaltenen Leistung anbieten.[2])

7. Die Anfechtung des Vertrages ist beim Irrtum das einzige Rechtsmittel, das dem Irrenden zu Gebote steht. Der Mitkontrahent des Irrenden kann höchstens dazu angehalten werden, das, was er erhalten hat, zurückzugeben.[3]) Dagegen sind Betrug und Zwang Delikte und haben ausser der Anfechtbarkeit des Vertrages die normale Folge des Schadenersatzes nach Art. 50 ff. Wie verhält sich nun die Schadenersatzpflicht zu der Anfechtung des Vertrages?

a) Wenn der Betrogene resp. Gezwungene durch den Abschluss des Vertrages geschädigt ist, so kann er diesen Schaden durch die Anfechtungserklärung abwenden. Aber oft ist durch die nun konstatierte Ungültigkeit des Vertrages der Schaden nicht ganz aufgehoben; der Betrogene hat z. B., ehe er den Betrug entdeckte, Vorbereitungen zur Erfüllung des Vertrages gemacht, oder andere Gelegenheiten des Kontrahierens ausgeschlagen. Ein solches „negatives Vertragsinteresse" kann neben der Anfechtung des Vertrages eingeklagt werden.

---

[1]) Vgl. oben Bd XVI, S. 27 Note 2. Im B. G. B. kommt § 273 in Betracht.

[2]) A. M. Entsch. des Reichsgerichts, Bd 26 S. 185, wo in wenig überzeugender Weise ausgeführt wird, dass der Verkäufer in unserem Fall mit seiner Klage abzuweisen sei und seine Rückforderung durch Klage geltend zu machen habe. Vgl. dagegen Dernburg a. a. O.

[3]) Der Irrende kann nicht etwa verlangen, dass an Stelle des Vertrages, den er irrtümlich geschlossen hat, ein Vertrag mit solchem Inhalt gesetzt werde, wie er ihn eigentlich wollte. Denn zu diesem nicht geschlossenen Vertrage fehlt die Zustimmung des Mitkontrahenten, vgl. oben S. 20 Note 2 a. E. Dagegen wird man wohl dem Mitkontrahenten gestatten, statt der Auflösung des Vertrages Ersetzung der vom Irrenden nicht gewollten Leistung durch die wirklich gewollte anzubieten. Der Irrende ist ex bona fide verpflichtet, sich mit dieser Korrektur des Vertrages, durch die seine wirkliche Vertragsabsicht verwirklicht wird, zu begnügen, vgl. oben Bd XV S. 312 Note 1.

b) Schadenersatz an Stelle der Anfechtung muss da verlangt werden, wo der Betrug oder Zwang nicht als Ursache des ganzen Vertragsabschlusses, sondern nur einzelner Modalitäten erscheint (dolus vel metus incidens, vgl. oben S. 19 und 41).

c) Wird der Vertrag genehmigt, trotzdem er für den Anfechtungsberechtigten schädlich ist, so kann kein Ersatz für den Schaden verlangt werden, der sich aus der Durchführung des Vertrages ergiebt; denn diesen Schaden hat sich der Genehmigende selbst zugezogen. Das gilt selbst dann, wenn der schädliche Erfolg sich erst nach der Genehmigung herausstellt.[1]) Denn wenn Jemand durch Drohung zum Abschluss eines Geschäftes veranlasst wurde, oder erfährt, dass er getäuscht worden ist, so muss er mit der hohen Wahrscheinlichkeit rechnen, dass das Geschäft zu seinen Ungunsten geschlossen ist. Hat er dennoch genehmigt, so erklärt sich dieser Entschluss daraus, dass er eine ihm günstige Veränderung der Umstände im Auge hatte; täuscht er sich in diesen Berechnungen, so liegt ein Irrtum im Motiv vor, gegen den es keine Rechtshilfe giebt. Auf diesen Fall also kann sich Abs. 2 des Art. 28 nicht beziehen: „Die Genehmigung eines wegen Betruges oder Furcht unverbindlichen Vertrages schliesst den Anspruch auf allfälligen Schadenersatz nicht aus.“

Auch durch einen einseitigen Vorbehalt kann sich m. Er. der Genehmigende den Schadenersatz nicht sichern.[2]) Die Zulassung eines solchen Vorbehaltes würde darauf herauskommen, dass der Betrogene dem Betrüger eine Garantie für den Erfolg des Geschäftes aufbürden könnte, während doch eine genügende Hilfe darin liegt, dass der Betrogene nach Kenntnis der Täuschung nochmals vor die Wahl gestellt wird, ob er das Geschäft, so wie es geschlossen ist, auch jetzt noch halten oder in den Zustand zurückversetzt werden will, in dem er sich vor Abschluss des Vertrages befand.

---

[1]) A. M. Schneider, Kommentar zu Art. 28 Nr. 4.

[2]) Wird der Vorbehalt mit Zustimmung des Mitkontrahenten gemacht, so haftet dieser allerdings für den aus dem Geschäfte sich ergebenden Schaden, aber nicht ex delicto (Art. 50 ff.), sondern aus seinem Garantieversprechen, was bekanntlich einen grossen Unterschied macht.

d) Dagegen findet Art. 28 Abs. 2 Anwendung bei der fingierten Genehmigung durch Ablauf der Präklusivfrist. Sofern nicht in dem absichtlichen Ablaufenlassen der Frist der stillschweigende Ausdruck eines Bestätigungswillens zu finden ist, fallen hier die Gründe fort, welche unter c) gegen das Bestehenbleiben des Schadenersatzanspruches angeführt sind; der Betrogene war durch den Abschluss des Vertrages geschädigt, das radikale Mittel zur Abwendung dieses Schadens, die Anfechtung, hat er durch Zeitablauf verwirkt. Der Schaden ist nun definitiv eingetreten. Den Ersatz dieses Schadens kann der Betrogene verlangen, soweit er nach allgemeinen Grundsätzen noch dazu befugt ist. Allerdings wird das nicht häufig der Fall sein, denn der Anspruch auf Schadenersatz verjährt nach Art. 69 in einem Jahre „von dem Tage hinweg, an welchem der Geschädigte Kenntnis von der Schädigung und der Person des Thäters erlangt hat.“ Dieser Tag wird nun in der Regel mit dem Momente der Entdeckung des Betruges zusammenfallen, resp. der Beseitigung der Furcht vorangehen, so dass die Schadenersatzklage in demselben Augenblicke verjährt, in welchem die Anfechtung verwirkt ist. Doch kann es ausnahmsweise vorkommen, dass der Schadenersatzanspruch die Anfechtungsfrist überdauert: so z. B. im Falle des Art. 69 Abs. 2.[1])

[1]) Ein weiteres Beispiel ergiebt sich daraus, dass im Art. 69 „Kenntnis von der Person des Thäters“ vorausgesetzt wird, was vom Bundesgericht (Revue Bd XIV Nr. 97) folgendermassen interpretiert wird: „Der Beschädigte muss die Person des Thäters derart kennen, dass er gegen sie gerichtlich vorgehen kann, bezw. muss der Beschädigte im Besitze derjenigen Beweismittel sein, welche ein solches Vorgehen als möglich, d. h. als Erfolg versprechend erscheinen lassen.“ Das kann natürlich nur für den Beginn der Verjährung gelten, zu deren Unterbrechung gerichtliche Klage nötig ist, nicht für den Beginn der Präklusivfrist: denn die Anfechtung kann durch aussergerichtliche Erklärung erfolgen, der Anfechtungsberechtigte braucht und darf auch daher nicht so lange mit seiner Erklärung zuwarten, bis er seine Beweismittel gesammelt hat.

Druckfehler.

Bd XVI, S. 24, Z. 2 v u. im Text statt: „unerlaubten“ lies „erlaubten.“