Mohr Siebeck

Bitte beachten Sie, dass Ihnen dieses Dokument ausschließlich zu Bewerbungszwecken oder im Rahmen eines Fördermittelantrags zur Verfügung gestellt wird. Es ist nicht erlaubt, dieses im Druck zu vervielfältigen, an Dritte weiterzugeben oder für einen anderen als den genannten Zweck zu nutzen. Bitte stellen Sie sicher, dass das Dokument anschließend gelöscht wird.

Please note that you receive this document solely for the aim of an application. You are not permitted to copy and distribute it or to share it with any third party. Please make sure that the document is deleted subsequently.

SANDRA HOTZ

Japanische, deutsche und schweizerische Irrtumsregelungen

Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht

Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht 176

Mohr Siebeck

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht

176

Herausgegeben vom

Max-Planck-Institut für ausländisches
und internationales Privatrecht

Direktoren:

Jürgen Basedow, Klaus J. Hopt und Reinhard Zimmermann



© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Sandra Hotz

Japanische, deutsche und schweizerische Irrtumsregelungen

Ein rechtsvergleichender Beitrag zum Verhältnis von verbraucherschützenden Vertragslösungsrechten und allgemeinem Vertragsrecht

Mohr Siebeck

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Sandra Hotz, geboren 1967; Studium der Rechtswissenschaften in Zürich; 1998 Zulassung als Rechtsanwältin; 1999–2001 Research Student an der University of Kyoto. 2006 Promotion; Assistentin und Lehrbeauftragte an der Universität Zürich; Mitarbeit im Rahmen des Forschungsschwerpunktes „Asien-Europa".

ISBN 3-16-149204-9
ISBN-13 978-3-16-149204-4
ISSN 0720-1141 (Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über *http://dnb.d-nb.de* abrufbar.

© 2006 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Held in Rottenburg gebunden.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Vorwort

Diese rechtsvergleichende Arbeit ist aus einer Dissertation der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich des Juli 2006 hervorgegangen. Literatur und Rechtsprechung wurden bis März 2006 berücksichtigt.

Herrn Prof. Dr. iur. Manfred Rehbinder möchte ich an dieser Stelle meinen herzlichen Dank aussprechen für das spontane Interesse, das er meinem Vorhaben entgegenbrachte, die Freiheit, die er mir bei der Ausgestaltung der Arbeit gewährte und seine vorbildlich rasche Begutachtung. Herrn Prof. Dr. iur. Keizô Yamamoto, Universität Kyoto, danke ich sehr für die lehrreiche Zeit, die ich in Kyoto verbringen durfte, und seine fachliche sowie persönliche Unterstützung.

Besonderer Dank gebührt meiner lieben Familie, die mich stets unterstützte und ermunterte, insbesondere meinem Mann und meinem Vater, Dr. iur. Kaspar Hotz, der die kritische Durchsicht des Manuskripts übernommen hat. Ferner habe ich Herrn Prof. Dr. iur. Walter Ott, Universität Zürich, für seine Förderung zu danken. Den Frauen lic. phil. Anke Hees, lic. iur. Susanne Keim und Dr. phil. Ute Kroeger danke ich für ihre Hilfe in sprachlicher und formaler Hinsicht.

Nicht zuletzt möchte ich mich bei den Herren Prof. Dr. Dr. h.c. J. Basedow und PD Dr. iur. Baum vom Max-Planck-Institut für die Aufnahme der Dissertation in die vorliegende Reihe bedanken.

Zürich, im Oktober 2006 *Sandra Hotz*

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Inhaltsübersicht

Erstes Kapitel:
Historischer Abriss der japanischen, deutschen und schweizerischen Zivilrechtsentwicklung mit dem Schwerpunkt Irrtumsrecht 5
§ 1 Geschichtliche Entwicklung des japanischen Zivilrechts und der Irrtumsregelung im Besonderen 6
§ 2 Geschichtliche Entwicklung des deutschen und schweizerischen Zivilrechts und der Irrtumsregelung im Besonderen 21
§ 3 Zusammenfassende rechtsvergleichende Ergebnisse (Kapitel 1) 36

Zweites Kapitel:
„Yôso no sakugo", „ausnahmsweise beachtlicher Motivirrtum" und „Grundlagenirrtum" 39
§ 4 Japanisches Recht: „Yôso no sakugo" nach Art. 95 Minpô 40
§ 5 Deutsches Recht: „Ausnahmsweise beachtlicher Motivirrtum" nach § 119 Abs. 2 BGB 78
§ 6 Schweizerisches Recht: „Grundlagenirrtum" nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR 115
§ 7 Zusammenfassende rechtsvergleichende Ergebnisse (Kapitel 2) 140

Drittes Kapitel:
Die klassischen Irrtumsregelungen im Verhältnis zu den modernen Vertragslösungsrechten des Verbraucherschutzes 147
§ 8 „Yôso no sakugo" nach Art. 95 Minpô im Verhältnis zu den modernen verbraucherschützenden Vertragslösungsrechten 148
§ 9 „Ausnahmsweise beachtlicher Motivirrtum" im Verhältnis zu den modernen verbraucherschützenden Widerrufsrechten nach BGB 206
§ 10 „Grundlagenirrtum" im Vergleich zu den Widerrufsrechten im Verbrauchervertrag de lege ferenda 247
§ 11 Zusammenfassende rechtsvergleichende Ergebnisse (Kapitel 3) 282

Viertes Kapitel:
Rechtsvergleichende Ergebnisse, Analyse und Schlussfolgerungen 291
§ 12 Rechtsvergleichende Ergebnisse und Analyse 292
§ 13 Resultierender Vorschlag 327

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Inhaltsverzeichnis

Vorwort V
Abkürzungsverzeichnis XV
Einleitung 1

Erstes Kapitel:
Historischer Abriss der japanischen, deutschen und schweizerischen Zivilrechtsentwicklung mit dem Schwerpunkt Irrtumsrecht 5
§ 1 Geschichtliche Entwicklung des japanischen Zivilrechts und der Irrtumsregelung im Besonderen 6
A. Abriss der modernen japanischen Zivilrechtsgeschichte 6
1. Eingrenzung auf die Zeit des „modernen Zivilrechts" 6
2. Die Zeit seit der Meiji-Regierung 7
B. Entwicklung der japanischen Irrtumsregelung 12
1. Kyû Minpô 12
2. Entwicklung hin zu Art. 95 Minpô 15
3. Zusammenfassende Würdigung 19
§ 2 Geschichtliche Entwicklung des deutschen und schweizerischen Zivilrechts und der Irrtumsregelung im Besonderen 21
A. Abriss der Zivilrechtsgeschichte 21
1. Eingrenzung des historischen Rechtsvergleichs 21
2. Gemeinsamkeiten 21
3. Unterschiede 25
B. Entwicklung der deutschen und schweizerischen Irrtumsregelungen 29
1. Entwicklung der Irrtumsregelungen, gemeinsam behandelt 29
2. Savignys Lehre 29
3. Zitelmanns Lehre 30
4. Windscheids Lehre 31
5. Erste Irrtumsregelungen im Zeichen des Willensprinzips 32
6. Entwicklung hin zu den geltenden Irrtumsregelungen 32
7. Zusammenfassende Würdigung 34
§ 3 Zusammenfassende rechtsvergleichende Ergebnisse (Kapitel 1) 36

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Zweites Kapitel:
„Yôso no sakugo", „ausnahmsweise beachtlicher Motivirrtum" und „Grundlagenirrtum" ... 39
§ 4 Japanisches Recht: „Yôso no sakugo" nach Art. 95 Minpô ... 40
A. Entwicklung des geltenden japanischen Irrtumsrechts ... 40
1. Ausgangslage ... 40
2. Lehre, unmittelbar nach dem Inkrafttreten des Minpô ... 40
3. Einfluss von Tomiis Lehre ... 41
4. Objektivierungstendenzen in der Irrtumstheorie ... 45
5. Einfluss der einheitlichen Behandlung ... 47
6. Die Phase der so genannten Konkretisierungen ... 51
7. Geltende Irrtumslehre ... 52
B. Verhältnis zu anderen zivilrechtlichen Rechtsbehelfen ... 65
1. Abgrenzungs- und Konkurrenzfragen beim Irrtum ... 65
2. Dissens ... 66
3. „Falsa demonstratio" ... 67
4. Zur Bedingung und Voraussetzung ... 68
5. Zu den anderen „Willenserklärungen" ... 69
6. Zum Schadenersatzanspruch wegen unerlaubter Handlung ... 71
7. Zum Sachgewährleistungsanspruch ... 73
8. Zur Sittenwidrigkeit ... 74
C. Fazit: „Yôso no sakugo" nach Art. 95 Minpô ... 78
§ 5 Deutsches Recht: „Ausnahmsweise beachtlicher Motivirrtum" nach § 119 Abs. 2 BGB ... 78
A. Deutsche Irrtumsregelung ... 96
1. Eingrenzung des Themas ... 78
2. Gesetzliche Grundlagen ... 78
3. Irrtumsarten ... 79
4. Erläuterungen zu den einzelnen Irrtumstatbeständen ... 79
5. Ausübung des Irrtumsrechts und Rechtsfolgen ... 94
B. Verhältnis zu anderen zivilrechtlichen Rechtsbehelfen ... 96
1. Schutz vor dem „unerwünschten Vertrag" ... 96
2. Zum Verstoss gegen die guten Sitten (§ 138 BGB) ... 96
3. Zur arglistigen und fahrlässigen Irreführung ... 99
4. Zur Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) ... 104
5. Zur Sachmängelhaftung (§§ 434 BGB) ... 109
C. Fazit: „Ausnahmsweise beachtlicher Motivirrtum" nach § 119 Abs. 2 BGB ... 110
§ 6 Schweizerisches Recht: Grundlagenirrtum nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR ... 115
A. Schweizerische Irrtumsregelung ... 115

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

1. Gesetzliche Grundlagen ... 115
2. Irrtumsarten ... 116
3. Erläuterungen zu den einzelnen Irrtumstatbeständen ... 117
4. Ausübung des Irrtumsrechts und Rechtsfolgen ... 126
B. Verhältnis zu anderen zivilrechtlichen Rechtsbehelfen ... 127
1. Abgrenzungs- und Konkurrenzfragen aus der Verbraucherperspektive ... 127
2. Zur Sittenwidrigkeit (Art. 19 f. OR) ... 128
3. Zur Übervorteilung (Art. 21 OR) ... 129
4. Zur „clausula rebus sic stantibus" ... 130
5. Zur Täuschung (Art. 28 OR) und zur „culpa in contrahendo" und den vorvertraglichen Informations- und Aufklärungspflichten ... 131
6. Zur Sachmängelhaftung (Art. 197 ff. OR) ... 134
7. Potenzial für verbraucherschützende Einzelfallgerechtigkeit 136
C. Fazit: Grundlagenirrtum nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR ... 137
§ 7 Zusammenfassende rechtsvergleichende Ergebnisse (Kapitel 2) ... 140

Drittes Kapitel:
Die klassischen Irrtumsregelungen im Verhältnis zu den modernen Vertragslösungsrechten des Verbraucherschutzes ... 147
§ 8 „Yôso no sakugo" nach Art. 95 Minpô im Verhältnis zu den modernen verbraucherschützenden Vertragslösungsrechten ... 148
A. Ausgangslage und Fragestellung ... 148
1. Ausgangslage ... 148
2. Entwicklung des Verbraucherschutzes im Vertragsrecht ... 148
3. Fragestellung ... 153
B. Das Anfechtungsrecht im Verbrauchervertrag ... 154
1. Regelungszweck und -rahmen des Shôhisha keiyaku-hô ... 154
2. Anfechtungsrecht nach Art. 4 Shôhisha keiyaku-hô ... 156
3. Würdigung ... 165
C. Cooling-off-Regelungen ... 167
1. Begriff und rechtliche Gestalt der Cooling-off-Regelungen 167
2. Zahlreiche Cooling-off-Regelungen in der japanischen Privatrechtsordnung ... 169
3. Cooling-off-Regelungen des Tokutei shô torihiki-hô ... 171
4. Würdigung ... 182
D. Anfechtungsrechte nach Tokutei shô torihiki-hô ... 184
1. Anfechtungsrechte nach Tokutei shô torihiki-hô ... 184
2. Besonderes Anfechtungsrecht beim Haustürgeschäft ... 185
E. Verhältnis der drei modernen Vertragslösungsrechte zueinander ... 186

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

1. Beispiel: Haustürgeschäft ... 186
2. Grundsatz der Alternativität ... 187
3. Unterschiede ... 188
F. Irrtumsregelung im Verhältnis zu diesen modernen Vertragslösungsrechten ... 190
1. Verhältnis der beiden Sondergesetze zum Minpô ... 190
2. Motivirrtum im Verbrauchervertrag ... 192
3. „Wichtige Vertragsumstände" nach Art. 4 Shôhisha keiyaku-hô vs. „Yôso" nach Art. 95 Minpô ... 193
4. Informationspflichten im Verbrauchervertrag ... 195
5. Verschulden ... 198
6. Verjährungsfrist ... 199
G. Würdigung aus Verbrauchersicht ... 199
1. Alternativität ... 199
2. Praktisch geringe Bedeutung des Anfechtungsrechts ... 199
3. Praktische Bedeutung der Cooling-off-Regelungen nach Tokutei shô torihiki-hô ... 201
4. Mögliche Informationspflicht für Verbraucher aufgrund der Irrtumslehre ... 201
5. Materialisierung von Art. 95 Minpô ... 203
§ 9 „Ausnahmsweise beachtlicher Motivirrtum" im Verhältnis zu den modernen verbraucherschützenden Widerrufsrechten nach BGB ... 206
A. Widerrufsrechte für Verbraucher im allgemeinen Schuldvertragsrecht des BGB ... 206
1. Umsetzung von EU-Richtlinien zum Verbrauchervertragsschutz ... 206
2. Kodifizierung der verbraucherschützenden Widerrufsrechte ... 208
3. Widerrufsrecht bei Haustürgeschäften ... 212
4. Widerrufsrechte bei Fernabsatzverträgen ... 215
5. Gemeinsame Bestimmungen zu den verbraucherschützenden Widerrufsrechten ... 229
6. Zusammenfassende Würdigung ... 234
B. Vergleich zur Irrtumsregelung nach § 119 Abs. 2 BGB ... 236
1. Einschränkung des Vergleichs ... 236
2. Im Allgemeinen ... 236
3. Mit dem Widerrufsrecht bei Haustürgeschäften im Speziellen ... 239
4. Mit dem Widerrufsrecht bei Fernabsatzgeschäften im Speziellen ... 240
5. Bedeutung der verbraucherschützenden Informationspflichten für die Irrtumsregelung ... 241
C. Würdigung aus Verbrauchersicht ... 242

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

§ 10 „Grundlagenirrtum" im Vergleich zu den Widerrufsrechten im Verbrauchervertrag de lege ferenda 247
A. Verbraucherschutz und Widerrufsrechte im Privatrecht de lege lata 247
1. Verbraucherverhältnis 247
2. Widerrufsrechte de lege lata 249
3. Würdigung der geltenden Rechtslage 254
B. Widerrufsrechte des Obligationenrechts de lege ferenda? 257
1. „Autonomer" Nachvollzug von EU-Recht 257
2. Stand der Gesetzgebung zur Teilrevision des OR und des UWG (Verbesserung des Konsumentenschutzes) per Ende 2005 258
3. Verbraucherschutz und Widerrufsrechte de lege ferenda 262
4. Zusammenfassende Würdigung 270
C. Vergleich zum Grundlagenirrtum nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR 273
1. Im Allgemeinen 273
2. Schutz der ungestörten Willensbildung 274
3. Motivationen für den verbraucherschützenden Widerruf 275
4. Unterlassen von Informationspflichten und „Erkennbarkeit" des Grundlagenirrtums 278
5. Frist zur Geltendmachung 278
D. Würdigung aus Verbrauchersicht 279
§ 11 Zusammenfassende rechtsvergleichende Ergebnisse (Kapitel 3) 282

Viertes Kapitel:
Rechtsvergleichende Ergebnisse, Analyse und Schlussfolgerungen 291
§ 12 Rechtsvergleichende Ergebnisse und Analyse 292
A. Historische Entwicklung 292
1. Gemeinsames der historischen Rechtsgrundlagen 292
2. Der kosmopolitische japanische Gesetzgeber 293
3. Zeitfaktor im Gesetzgebungsverfahren 294
B. Wesentlicher Motivirrtum als klassischer Rechtsbehelf der Vertragslösung 296
1. Gesetzliche Regelungen 296
2. Materielle Voraussetzungen 298
3. Ausweichstrategien 304
4. Gegenseitiger oder gemeinsamer Motivirrtum 306
5. Rechtsfolgen 307
C. Verbraucherschützende Vertragslösungsrechte als moderne Rechtsbehelfe der Verbraucher 307
1. Ausgangslage 307

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

2. Andere Zeichen der Zeit? ... 308
3. Unterschiedlicher Regelungsansatz ... 309
4. Verbraucherverhältnis ... 312
5. Moderne Vertragslösungsrechte ... 313
6. Informationspflichten im Verbrauchervertrag ... 316
D. Verhältnis zwischen beachtlichem Motivirrtum und den verbraucherschützenden Vertragslösungsrechten ... 318
1. Ausgangslage ... 318
2. Aus Verbrauchersicht ... 319
3. Irrtumsrecht und Informationsmodell des Verbraucherschutzes ... 322
§ 13 Resultierender Vorschlag ... 327
A. Schlussfolgerung ... 327
B. Allgemeines verbraucherschützendes Vertragslösungsrecht ... 328
C. Begründung ... 331

Anhänge ... 333
Literaturverzeichnis ... 349
Sachregister ... 365

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
aArt./AArt.	alter Artikel (schweiz. Schreibweise für a.F.)
Abk.	Abkürzung
Abs.	Absatz
Abt.	Abteilung
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Tübingen)
a.F.	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGB-Gesetz	(Deutsches) Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen vom 9. Dezember 1976
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (Lachen)
allg.	allgemein
a.M.	andere(r) Meinung
Amtl. Bull.	Amtliches Bulletin der Bundesversammlung
Anm.	Anmerkung
aOR	Bundesgesetz vom 14. Juni 1881 über das Obligationenrecht (nicht mehr in Kraft)
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
ASR	Abhandlungen zum schweizerischen Recht (Bern)
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
Az.	Aktenzeichen
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Betriebs-Berater
BBl	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
Bd.	Band
BG	Bundesgesetz
BGB	(Deutsches) Bürgerliches Gesetzesbuch vom 18. August 1896
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (ohne weitere Angaben: Amtliche Sammlung)
Bger.	Bundesgericht
BGH	(Deutscher) Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des deutschen Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (Köln/Berlin)
BK	Berner Kommentar (Bern)
BSK	Basler Kommentar (Basel)
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

BVerfG	(Deutsches) Bundesverfassungsgericht
bzw.	bzw.
CCF	Code Civil Français
c.i.c.	culpa in contrahendo
CR	Computer und Recht: Zeitschrift für die Praxis des Rechts der Informationstechnologien (Köln)
d.	des
ders.	derselbe
dies.	dieselbe
Diss.	Dissertation
DSG	BG über den Datenschutz vom 19. Juni 1992 (SR 235.1)
dt.	deutsch
ed.	Edition
Einf.	Einführung
Erw.	Erwägung(en)
EG	Europäische Gemeinschaft (seit 1. November 1993; bis 1. November 1993: EWG)
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft in der Fassung vom 2. Oktober 1997
et al.	et alii
EU	Europäische Union
EuZ	Zeitschrift für Europarecht (Zürich)
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (München)
f./ff.	und folgende
FG	Festgabe
FS	Festschrift
GestG	BG über den Gerichtsstand in Zivilsachen (Gerichtsstandsgesetz) vom 24. März 2000, SR 272
GG	Grundgesetz
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil
HK-BGB	Handkommentar zum BGB (Baden-Baden)
HKK	Historisch kritischer Kommentar (Tübingen)
Hk-VertriebsR	Handkommentar zum Vertriebsrecht (Baden-Baden)
h.L.	herrschende Lehre
Hrsg.	Herausgeber
HWiG	Deutsches Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften vom 16. Januar 1986
i.d.F.	in der Fassung
insb.	insbesondere
i.S.v.	im Sinne von
i.e.S.	im engeren Sinne
int.	international/integriert
IPRG	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987 (SR 291)
i.V.m.	in Verbindung mit
jap.	japanisch
Jg.	Jahrgang
JKR	Jahrbuch für Konsumentenrecht (Bern)
JuS	Juristische Schulung: Zeitschrift für Studium und Ausbildung (München/Frankfurt am Main)

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

JZ	Juristenzeitung (Tübingen)
KIG	Bundesgesetz vom 5. Oktober 1999 über die Information der Konsumentinnen und Konsumenten (Konsumenteninformationsgesetz; (SR 944.0)
KKG	Bundesgesetz vom 8. Oktober 1993 über den Konsumkredit (SR 221.214.1)
Kurzkom.	Kurzkommentar
KschG	Österreichisches Konsumentenschutzgesetz vom 8. März 1979
lit.	litera
LugÜ	Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, abgeschlossen in Lugano am 16. September 1988 (SR 0.275.11)
m.E.	meines Erachtens
Mü-Ko	Münchener Kommentar zum BGB(München)
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
N	Note
n.b.	nota bene
NBL	New Business Law (Tokio)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (München/Frankfurt am Main)
NJW-CoR	Computerreport der Neuen Juristischen Wochenschrift (München, Frankfurt am Main)
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report Zivilrecht (München, Frankfurt am Main)
NR	Nationalrat
Nr.	Nummer
OGH	Oberster Gerichtshof
OLG	Oberlandesgericht
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht; SR 220), französisch: CO
PECL	Principles of European Contract Law
Pra	Die Praxis des schweizerischen Bundesgerichts (Basel)
PRG	Bundesgesetz über Pauschalreisen vom 18. Juni 1993 (SR 944.3)
PrHG	Bundesgesetz über die Produktehaftpflicht vom 18.6.1993 (SR 221.112.944)
recht	recht, Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis (Bern)
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des (deutschen) Reichsgerichts in Zivilsachen
S.	Seite
s.	siehe
SAG	Schweizerische Aktiengesellschaft (Zürich; bis 1989; seit 1990: Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht)
Semjud	La Semaine judiciaire (Genève)
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
u.a.	unter anderem
u.Ä.	und Ähnliche(s)
UFITA	Archiv für Urheber- und Medienrecht
UP	UNIDROIT Principles

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

UWG	BG gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986 (SR 241)
v.a.	vor allem
vgl.	vergleiche
Vol.	Volume
Vorb.	Vorbemerkung
vs.	Versus
VuR	Verbraucher und Recht
VVG	BG vom 2. April 1908 über den Versicherungsvertrag (SR 221.229.1)
w:	wörtlich
z.B.	zum Beispiel
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Köln)
zit.	zitiert
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern)
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Recht (München)
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung internationales Privatrecht und Europarecht (Wien)
ZGB	Schweizerische Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
Ziff.	Ziffer
ZJapanR	Zeitschrift für japanisches Recht (Hamburg)
ZK	Zürcher Kommentar (Zürich)
ZPO	Zivilprozessordnung
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung (Zürich)
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Basel)
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess (Köln)

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Einleitung

Die Zivilrechtskodifikationen Japans, Deutschlands und der Schweiz sind heute jeweils über hundert Jahre alt. Wie diese Kodifikationen entstanden, wie sich mit ihnen das klassische Vertragslösungsrecht „Irrtum" entwickelte und wie es insbesondere dazu kam, dass in Japan das deutsche Bürgerliche Recht und die deutsche Irrtumsregelung rezipiert wurden, ist Gegenstand des *Ersten Kapitels* der Arbeit.

Seit der Entstehung der Kodifikationen sind die Frauen, die Migranten, die Mittellosen, die Ungebildeten, die Menschen ohne Berufsausbildung, die jungen Erwachsenen (immer früher) und in beschränktem Masse die Kinder auch am Vertragsschluss beteiligt, und das Konsumieren ist zur beliebtesten Freizeitbeschäftigung, laut Tagespresse sogar zum massgebenden Selbstfindungsakt („Menschen erkennen sich in ihren Waren"), geworden. Es fragt sich also, ob diese klassische Irrtumsregelung zeitgemässe Anwendung findet.

Dem Irrtum wird im *Zweiten Kapitel* der Arbeit nachgegangen. Es zeigt sich, dass trotz unterschiedlicher Irrtumsregelungen der drei Kodifikationen im Laufe der Jahre ähnliche Fallgruppen für den „ausnahmsweise beachtlichen Motivirrtum" nach deutschem, den „Grundlagenirrtum" nach schweizerischem Recht und den „Yôso no sakugo" nach japanischem Recht entstanden sind.

In Deutschland und der Schweiz ist die Irrtumslehre heute weitgehend erstarrt, in Japan ist sie vergleichsweise bewegt. Zum Zwecke des modernen Verbraucherschutzes im E-Commerce wurde in der japanischen Rechtsordnung gar per Sondergesetz die klassische Irrtumsregelung erweitert. In der deutschen Lehre wurden andere zivilrechtliche Vertragslösungsrechte der Irrtumsregelung vorgezogen, um eine Partei vor Irrtum und dem unfreiwillig geschlossenen Vertrag zu schützen. Der schweizerische Grundlagenirrtum nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR bietet im Vergleich mehr Möglichkeiten zum Schutz vor Irrtum, so dass Ausweichstrategien zur Anerkennung eines Motivirrtums weniger nahe liegend sind.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Daneben sah man sich zum besseren Schutz der Verbraucher im Vertrag in allen drei Ländern veranlasst, neue Vertragslösungsrechte zum Schutze der jeweils schwächeren Vertragspartei im Verbrauchervertrag zu initiieren und ein Informationsmodell als Prinzip des Verbraucherschutzes zu akzeptieren.
Rechtsvergleichende „Gegenwartsprobleme des Verbraucherschutzes" werden deshalb seit langem diskutiert.[1] Das *Dritte Kapitel* der Arbeit handelt von ausgewählten modernen Vertragslösungsrechten und Informationspflichten, die Ende des 20. und im 21. Jahrhundert zum Schutz der Verbraucherseite erlassen bzw. im schweizerischen Recht noch immer nicht erlassen wurden: das allgemeine Anfechtungsrecht nach Art. 4 des modernen japanischen Verbrauchervertragsgesetzes, die Cooling-off-Regelungen und besonderen Anfechtungsrechte des japanischen Gesetzes über besondere Formen des Geschäftsverkehrs, die zentralen, im deutschen BGB integrierten Widerrufsrechte nach §§ 312a-d, f BGB für Haustür- und Fernabsatzgeschäfte und ein gemeinsames Widerrufsrecht für Haustür- und Fernabsatzgeschäfte, das de lege ferenda im schweizerischen Obligationenrecht eingeführt werden sollte (bzw. soll).

Im Vergleich zu den klassischen Irrtumsregelungen interessierte die Frage, mit welchem Rechtsbehelf der Verbraucher, der beim Vertragsschluss zwar durchaus „vernünftig und insofern frei"[2] gewesen ist, aber von falschen Vorstellungen ausgegangen ist, den Verbrauchervertrag besser auflösen kann: Mit der allgemeinen, klassischen Motivirrtumsregelung oder den besonderen, modernen Anfechtungs- bzw. Widerrufsrechten? Allen Rechtsbehelfen liegt die gleiche Frage zu Grunde, wo die materiale Selbstbestimmung einer Person im Zuge des Vertragsschlusses aufhört und wo die Willensstörung durch die Vertragssituation, die Gegenpartei oder die allenfalls eigenen Vorstellungen beginnt.

Im Ergebnis zeigt sich, dass von der Sache her in allen drei Rechtsordnungen besondere verbraucherschützende Massnahmen und Rechte für einen fairen Geschäftsverkehr nötig sind. Es ergibt sich aber auch, dass die „klassische Irrtumslehre" vieles birgt, was für die Wahrung der materialen Selbstbestimmung der Verbraucherseite genutzt bzw. besser genutzt werden könnte und dass eine dogmatische Erstarrung des Irrtumsrechts aus Verbrauchersicht fehl am Platze ist. Die in der Irrtumslehre zum Motivirrtum entwickelten Fallgruppen, die Grundsätze zur Erkennbarkeit und zum

[1] Gegenwartsprobleme des Verbraucherschutzes, Berichte über Erfahrungen in Japan und Deutschland, *Kitagawa, Zentaro/Rehbinder, Manfred* (Hrsg.), 1978, Köln, Berlin, Bonn, München.
[2] *Graf*, Rechtsethik Bd. 1, 101.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Erkennenkönnen des Irrtums sowie Gedanken der Risikoallokation vermögen Auskunft über Informationspflichten des Unternehmers zu geben. Umgekehrt geben neue verbraucherschützende Informationspflichten auch Auskunft zu wesentlichen Eigenschaften des Vertragsgegenstands und damit zur Wesentlichkeit des Motivirrtums.
Es resultiert daraus eine Wechselwirkung zwischen Informationsmodell im Verbrauchervertragsrecht und klassischem Irrtumsrecht, die genutzt werden kann.
Im *Vierten Kapitel der Arbeit* werden die verschiedenen Ergebnisse der drei vorangegangenen Teile rechtsvergleichend zusammengefasst und analysiert. Die klassischen und die modernen verbraucherschützenden Vertragslösungsrechte stehen dabei im Vordergrund. Es zeigt sich, dass verschiedene Kulturen, die mit ähnlichen klassischen Rechtsinstituten ausgestattet und vergleichbaren praktischen Schwierigkeiten des modernen Verbrauchervertrags konfrontiert sind, diese Probleme des modernen Verbrauchervertrags mit ähnlichen und doch anderen Rechtsbehelfen zu lösen versuchen. Der Rechtsvergleich zeigt, dass trotz den einst so grossen Ähnlichkeiten des japanischen Zivilrechts mit dem deutschen heute sowohl in der aktuellen Irrtumslehre wie auch im modernen Verbrauchervertragsschutz beträchtliche Unterschiede bestehen. Insgesamt bieten die unterschiedlichen Lösungsansätze aber eine „funktionale Äquivalenz"[3], wobei im Resultat der schweizerische Verbrauchervertragsschutz am wenigsten ausgebildet ist.

In diesem Sinne tragen das japanische, das deutsche und das schweizerische Recht gemeinsam zur Beseitigung von Problemen bei der Auflösung von ungleichen oder faktisch unfreiwillig geschlossenen Verbraucherverträgen bei.

Ein Wort noch zur Gewichtung der einzelnen Kapitel:

Die Ausführungen zum japanischen Recht sind in allen Kapiteln insgesamt breiter ausgefallen. Das hat damit zu tun, dass die japanischen Kollegen sehr viel mehr über das deutsche und schweizerische Recht wissen als wir über das japanische. Die japanischen und europäischen Prozesse von Aneignung und Abgrenzung im Recht können zwar auf eine lange Tradition und Professionalität zurückblicken. Es ist aber ein Potenzial, das es aus unserer Seite noch besser zu nutzen gilt: Mit der zunehmenden „Europäisierung des Rechts" in Europa könnte beispielsweise ernsthaft an einen

[3] *Esser, Josef*, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 4. Aufl. 1990, Tübingen, 339 f., 346 ff.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Beizug von japanischen Rechtswissenschaftlern, die sich seit der Kodifikationszeit intensiv mit den nationalen europäischen Länderrechten beschäftigen, auf EU-Ebene gedacht werden.[4]

Die Arbeit wurde inhaltlich per Ende März 2006 beendet. Das im Mai 2006 publizierte Werk von Marc Dernauer, Verbraucherschutz und Vertragsfreiheit im japanischen Recht, 2006, Tübingen, konnte daher leider nicht mehr berücksichtigt werden. Es sei hiermit auf dieses verwiesen.

[4] Es geht dabei nicht um den „Rückimport" des japanischen Zivilrechts, sondern um den Blick nach vorn i.S.v. *Sanders, Anne*, Die japanische Rezeption europäischen Zivilrechts – Ein Modell für die europäische Rechtsvereinheitlichung?, ZEuP 2002, 96 ff., 120 f.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Erstes Kapitel:

Historischer Abriss der japanischen, deutschen und schweizerischen Zivilrechtsentwicklung mit dem Schwerpunkt Irrtumsrecht

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

§ 1 Geschichtliche Entwicklung des japanischen Zivilrechts und der Irrtumsregelung im Besonderen

A. Abriss der modernen japanischen Zivilrechtsgeschichte

1. Eingrenzung auf die Zeit des „modernen Zivilrechts"

Der folgende historische Abriss beschränkt sich auf die wichtigsten Eckdaten und Entwürfe des modernen japanischen Zivilrechts.

Als „modern" wird hier die Zeit seit dem Ende des Tokugawaregimes oder dem Beginn der Regierungszeit des Kaisers Meiji (1867-1912) bis in die Gegenwart bezeichnet.[1]

Während des über zweihundertjährigen Militärregimes der Tokugawa-Shogune (1603-1867), das Japan vom Ausland isolierte, galt ein strenges feudales System, dem westlich-demokratische Staats- und Rechtsgedanken fremd waren.[2] Das japanische Recht bestand damals weitgehend aus schriftlichen Regeln der hierarchisch Höhergestellten an die Untergebenen: Verordnungen für Krieger, Verhaltensregeln für den Hofadel und ab 1632 einem Grundgesetz mit den wichtigsten Regeln, die von den Vasallen gegenüber dem Shogun eingehalten werden mussten.[3] Ab dem 18. Jh. bestand neben der Strafgerichtsbarkeit in den Territorialbezirken der Daimyô (Fürstenhäuser) eine Sammlung von Regeln zum Straf- und Administrativverfahren, die gut definiert, niedergeschrieben, veröffentlicht und in Musterentscheidungen vertieft waren, in der Meinung, dass sie für alle Personen anwendbar seien.[4] Privates Recht und ein Handelsrecht existierten dagegen nur in einzelnen Dörfern und Städten und waren daher nur lokal gültig.

---

[1] Für eine umfassendere Einführung in die Geschichte des japanischen Rechts sei hier auf die Werke von *Röhl*, *Jansen*, *Noda*, 20 ff., *Maruschke*, insb. 87 ff. verwiesen, für das vertiefte Studium der Zivilrechtsgeschichte ist das Werk von *Kitagawa*, Die Rezeption und Fortbildung des europäischen Zivilrechts in Japan (1970) massgebend.

[2] *Jansen*, 169 ff., 432 ff.; zur Problematik des Begriffs der Modernisierung des japanischen Rechts: *Kitagawa*, Contract, 146.

[3] *Maruschke*, 27 ff.

[4] Bis zur Meiji-Zeit gab es allerdings noch keinerlei Gerichtsbarkeit.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

2. Die Zeit seit der Meiji-Regierung

Mit den Meiji-Restaurationsakten vom 6. April und 14. Juli 1868 wurde das Tokugawaregime zwar formell unter Kaiser Meiji abgeschafft und die Gewaltenteilung eingeführt, doch gingen dem erstens jahrelange Kriege zwischen den Daimyô um die Macht voraus, der die alten Herrscher beträchtlich geschwächt hatte, und zweitens herrschte, ein neuer militärischer und ökonomischer Druck vom Westen.[5] Auch wirkte, die alte Feudalherrschaft noch nach.[6] Es dauerte beispielsweise rund vier Jahre, um die alten Herrschaftsbereiche der Tokugawa aufzulösen und in moderne politische Präfekturen zu überführen.[7]

Um den erfolgreichen Übergang zum modernen Rechtsstaat möglichst schnell zu vollziehen, entschloss sich die Meiji-Regierung, viel und schnell von den westlichen Staaten zu lernen.[8] Es wurden etwa folgende konkrete Massnahmen getroffen: Zur innenpolitischen Stärkung wurde zuerst das japanische Strafrecht kodifiziert. Dann versuchte die Meiji-Regierung, sich von den ungleichen Staatsverträgen mit den westlichen Mächten mit ihren Bestimmungen über Zoll, Niederlassung und Konsulargerichtsbarkeit zu lösen. Diese Staatsverträge hatten die Tokugawa-Regenten unter Druck der westlichen Machthaber abgeschlossen, als diese 1853 unter Kommodore Perry die Öffnung der japanischen Insel erzwungen hatten.[9] Um sich von diesem unwürdigen westlichen Zwang zu lösen und vom Westen als ebenbürtiger Verhandlungspartner anerkannt zu werden, musste die Meiji-Regierung die zivilen Institutionen und Rechte Japans an die westlichen Verhältnisse anpassen.[10] Japan musste sich also u.a. über ein Zivilrechtssystem ausweisen können, das auch im Westen Anerkennung genoss.[11] Da die Zeit drängte, entschlossen sich die Reformer, kurzfristig fremdes, westliches Privatrecht zu rezipieren.[12] So wurden einerseits japanische Rechts-

[5] *Jansen*, 426 ff.

[6] *Rahn*, 80 f.; *Takayanagi*, 6 ff.

[7] „Modern prefectural system", *Jansen*, 462 f.

[8] Nach *Jansen* richteten sich die japanischen Interessen dem Westen gegenüber bis in die 1870er Jahre nach Art und Land zusammengefasst wie folgt: die industriellen und ökonomischen nach England, die militärischen nach Preussen, die rechtlichen nach Frankreich und die landwirtschaftlichen nach Amerika, 465.

[9] *Kitagawa*, Rezeption, 47. Diese Öffnung traf auf ein stark gewordenes japanisches Interesse an der westlichen Kultur, so dass der japanischen Hinwendung zum „Westen" nicht mehr viel im Wege stand: zum Ganzen *Jansen*, 432 ff., 448 ff.

[10] *Jansen*, 473.

[11] *Oda*, 6 ff.; *Grasmann* N 445.

[12] *Takayanagi*, 24; *Nakamura*, ZZP 84 (1971) 75. Zum besseren Verständnis ist dabei zu erwähnen, dass die Japaner bereits zwischen 600-1000 n. Chr., allerdings völlig freiwillig, in ähnlicher Weise Gelehrte und Schüler nach China entsandt hatten, um sich das Wissen und das Recht der Tangdynastie anzueignen, *von Senger, Harro*, Japans drei Rezeptionen, ZfRV 17 (1976) 206 ff., 208 f.; *Jansen*, 437.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

gelehrte nach Frankreich, England, Deutschland, Holland und Amerika entsandt und andererseits westliche Gelehrte nach Japan berufen.[13]

Da damals Napoleon in Frankreich bereits einheitlich für eine ganze Nation kodifiziert hatte, war der Zugang zu den französischen Gesetzesbüchern für die japanischen Gelehrten am einfachsten. Die Meiji-Regierung beschloss daher, die Regelungswerke Napoleons als Vorbilder beizuziehen.[14]

In der Folge kam es relativ rasch zu drei Entwürfen eines japanischen Zivilgesetzes, die alle auf westlichen Vorbildern basierten. Die drei Entwürfe fanden allerdings keine Anerkennung: Der erste scheiterte 1871, weil er eine allzu getreue Übersetzung des französischen Code civil von 1804 darstellte und sich die japanische Regierung an dessen „freier Natur" störte, insbesondere dem Begriff des „subjektiven Rechts", der mit dem japanischen Gebot der Unterordnung des Einzelnen kollidierte; der zweite wurde 1872 vorgelegt und beinhaltete die so genannten „provisorischen Vorschriften des Bürgerlichen Rechtes des japanischen Kaiserreiches"[15]. Er scheiterte, weil er liegen geblieben war infolge wichtigerer anderer Gesetzesvorhaben,[16] und der dritte Entwurf zum Bürgerlichen Gesetzbuch vom Dezember 1872[17] wurde 1873/1874 abgelehnt, weil er sich wiederum allzu sehr an den Code civil anlehnte.[18]

Einer der bedeutendsten westlichen Gelehrten, der 1879 vom japanischen Justizministerium im Zuge dieser Bestrebungen herbeigerufen wurde, war Gustave Emile Boissonade de Fontarabie (1825-1910).[19]

Boissonade, Rechtsgelehrter aus Grenoble und Professor in Paris, sollte die japanischen Behörden während der nächsten 20 Jahre beraten, an der juristischen Schule des Justizministeriums japanische Juristen ausbilden und Gesetzesentwürfe verfassen. Er entwarf das erste japanische Strafrechts- und Strafprozessrechtsgesetzbuch, die beide 1882 in Kraft traten.[20] 1890 entwarf Boissonade das so genannte „alte Zivilgesetz" (旧民法, Kyû Minpô), auch Boissonadescher Entwurf genannt. Dies war die erste relevante Kodifikation zum japanischen Zivilrecht. Sie basierte grösstenteils auf dem Code civil von 1804.[21] Boissonade hatte den Abschnitt zum japanischen Vermögensrecht entworfen. Der Familien- und Erbrechtsteil wurde

[13] Entsprechend der damaligen Machtverhältnisse stand Holland jedoch nicht mehr im Mittelpunkt des japanischen Interesses (*Jansen*, 467).
[14] *Nakamura*, ZZP 84 (1971) 76.
[15] 皇国民法仮規則 (Kôkoku Minpô karikisoku).
[16] *Rahn*, 84.
[17] 民法草案 (Minpô sôan).
[18] *Kitagawa*, Reception, 30.
[19] *Rahn*, 91 ff.
[20] *Nakamura*, ZZP 84 (1971) 77.
[21] *Kitagawa*, Reception, 30.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

hingegen bewusst – wegen der heiklen und umstrittenen Inhalte und der Terminologie des französischen Personenrechts – den Japanern überlassen. Der Kyû Minpô wurde 1890 veröffentlicht und hätte im Jahre 1893 in Kraft treten sollen.[22]

Es kam jedoch nicht soweit, denn die im englischen Recht ausgebildeten Juristen und übrigen Angehörigen der Universität Tokio begannen sich gegen den Kyû Minpô zu wehren. Ihnen war das liberal ausgestaltete Gesetzeswerk immer noch zu weit entfernt vom traditionellen japanischen Rechtsdenken, das die Gemeinschaft und nicht den Einzelnen in den Vordergrund stellt.[23] Zudem erschien ihnen die Rezeption unterschiedlicher Rechtsordnungen als unvorteilhaft: Die Regierung hatte bereits 1890 ein Gerichtsverfassungsgesetz, eine Zivilprozessordnung und ein Handelsgesetz nach deutschem Vorbild verkündet. Damit entbrannte der „Kodifikationenstreit"[24], der anfangs noch sachlich, später aber immer emotionaler geführt wurde. Er endete damit, dass die Kritiker erfolgreich den Aufschub der Inkraftsetzung des Kyû Minpô bis Ende 1896 erreichten.[25]

Im März 1893 wurde nochmals eine Kommission aus Vertretern beider Lager zur Überprüfung des alten Zivilgesetzes eingesetzt, die so genannte „Kommission zur Überprüfung der Kodifikation". Zur Kommission gehörten die berühmten Professoren Ume Kenjiro, der für das Inkrafttreten des Kyû Minpô eingetreten war, sowie Tomii Masaakira („französische Schule") und Hozumi Nobushige („englische Schule"), die den Aufschub der Inkraftsetzung des Kyû Minpô befürwortet hatten.[26] Die Kommission sollte in der Folge den Kyû Minpô mit ganz unterschiedlichen Privatrechtsbüchern und -systemen der Welt vergleichen und zugleich Rücksicht auf japanische Institutionen nehmen.[27] Die Kommission entnahm den ausländischen Rechtsordnungen das, was gerade am sinnvollsten erschien. Trotzdem lässt sich heute dem geltenden japanischen Zivilgesetz (dem Minpô) in der Systematik und im Inhalt eine klare Anlehnung an das Pandektensystem und das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) bzw. dessen damaligen Entwurf von 1887 erkennen.[28] – Wie kam es dazu?

---

[22] *Rahn*, 92.

[23] *Jansen*, 474 ff.

[24] 法典論争 (hôten ron sô).

[25] *Marutschke*, 93 ff.; *Takayanagi*, 30.

[26] 日本民法典歴史とその資料, 民法研究, 第 1 巻, Nihon Minpôten Rekishi to sono shiryô, Minpô Kenkyû [Geschichte und Materialien zum Japanischen Minpô Bd.1] 1996/6, 142.

[27] *Jansen*, 476 f.

[28] *Kono*, AcP 200 (2000) 519 f. mit einem weiteren Beispiel von Rezeptionsvorlage: dem japanischen Bereicherungsrecht lag vorab der 2. Entwurf des BGB und das aOR von 1881 zu Grunde; *Kobayashi*, Sakugo, 171; *Morita*, 100 Jahre Minpô, 143; *Kitagawa*, Rezeption, 34 f.; *Marutschke*, 95.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Das modernere BGB bzw. dessen Entwurf von 1887 mit dem abstrakten, sehr theoretischen Begriffssystem der Pandekten entsprach dem Denken der japanischen Rechtsgelehrten.[29] Ausserdem konnte es damals als das „ausgereifteste Produkt" der kontinentalen Gesetzgebungskunst gelten.[30] Es spielten aber auch andere Gegebenheiten eine wichtige Rolle für die Rezeption des BGB:

Das damalige Preussen (ab 1871 Deutsches Reich) war eine konstitutionelle Monarchie und besass wie Japan zur Meiji-Zeit erstens einen Monarchen (ab 1871 auch einen Kaiser) und zweitens eine ständische Gesellschaftsordnung. Diese Tatsache bewirkte, dass die Kommission gewisse Sympathien für das Deutsche Reich und dessen Rechtssystem hegte. Zumindest stand die preussische Gesellschaftsordnung der japanisch-nachfeudalen viel näher als die egalitäre Gesellschaftsordnung, die der französische Code civil verkündete.

Da die Deutschen ausserdem zu jener Zeit den Deutsch-Französischen Krieg siegreich beendet hatten, stand das damalige deutsche Zivilrecht für die japanischen Gelehrten grundsätzlich einmal auf der prestigeträchtigeren „Gewinnerseite" als das französische.[31]

Massgebend war ferner, dass das „Allgemeine Landrecht für die Preussischen Staaten" von 1794 (ALR) zu jenem Zeitpunkt eine der ältesten, noch geltenden Zivilrechtskodifikationen war (die bis zum Inkrafttreten des BGB 1896 galt) und auch deswegen das deutsche Vorbild erwägenswert erschien.[32] Das ALR selbst spielte inhaltlich bei der japanischen Kodifikation jedoch keine Rolle.

In der Literatur wird jedoch vereinzelt, insbesondere von den japanischen Vertretern der „französischen Schule", auch von einer rational nicht erklärbaren Modeströmung gesprochen, die zu einer zufälligen Wahl der deutschen Rechtswissenschaft und damit der Rezeption der deutschen Privatrechtskodifikation führte.[33]

Tatsache ist, dass am 16.7.1898 die *japanische Zivilrechtskodifikation, das Minpô*, in Kraft trat und die Systematik (Allgemeiner Teil Art. 1-174, Sachenrecht Art. 175-398, Schuldrecht Art. 399-724, Familienrecht Art. 725-881 und Erbrecht Art. 882-1044) sowie die knappe, abstrakte Begrifflichkeit des Pandektenrechts aufwies.

---

[29] *Rahn*, 92 ff.

[30] *Zweigert/Kötz*, 219. – In Bezug auf die nachfolgend zu behandelnde Irrtumsregelung im Speziellen, ist es jedoch fraglich, ob die an das deutsche Recht angelehnte Regelung des Minpô als „ausgereifter" gelten kann, als die sich an das französische Recht angelehnte des Kyû Minpô.

[31] *Nakamura*, ZZP 84 (1971) 77 ff.; *Rehbinder*, Rezeption fremden Rechts, 8.

[32] *Zweigert/Kötz*, 135.

[33] *Noda*, Law in Japan Vol.8:1, 26 f.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Das Minpô folgt damit in Aufbau und Begriffswahl unbestritten dem heutigen BGB. Inhaltlich gibt es zwischen dem Minpô und dem BGB neben zahlreichen Übereinstimmungen auch bedeutende Unterschiede.[34] Es ist heute in der h.L. keine Rede mehr davon, dass das japanische Zivilgesetz eine blosse oder gar vereinfachte[35] Kopie der deutschen Zivilrechtskodifikation sei.[36] Heutige Aussagen, das Minpô sei die „silberne Zwillingsschwester" des „goldenen BGB"[37], muten daher eher eigenartig an.

Breite Anerkennung in der Lehre findet die Auffassung Kitagawas, dass der grösste Einfluss des deutschen Zivilrechts erst nach der Kodifikation des Minpô, nämlich mit der so genannten *Theorienrezeption* der deutschen Rechtstheorien einsetzte.[38] Kitagawa gilt heute als Begründer der „Theorie der Theorienrezeption".[39] Zwei Beispiele zur Illustration: Die allgemein gehaltene Nichterfüllungsbestimmung nach Art. 415 Minpô[40] ist der Regelung des Code civil angelehnt und wurde mit der Theorienrezeption der 1910er Jahre nach deutschem Vorbild in Verzug, unmögliche Vertragserfüllung und Schlechterfüllung bzw. positive Vertragsverletzung weiterentwickelt.[41] Ebenfalls mit der Theorienrezeption fand das Rechtsinstitut des „Vertrauensprinzips" in den 1920er Jahren Eingang in die japanische Rechtsprechung, bis es bei der Revision des Minpô von 1947 (u.a. nach Vorbild des schweizerischen Zivilgesetzbuches) in Art. 1 Abs. 2 Minpô positiviert wurde.[42]

Abschliessend kann hier festgehalten werden, dass es aufgrund dieser langen und patchworkartigen Entwicklung der Zivilrechtsgeschichte wenig erstaunt, dass sich in der rechtsvergleichenden Literatur unterschiedliche Ansichten darüber finden lassen, zu welchem Rechtskreis das japanische

---

[34] *Kitagawa*, Rezeption, 34 ff.

[35] *Schwarz, Andreas B.*, Einflüsse Deutscher Zivilistik im Auslande, in: Gesammelte Schriften zur Rechtsgeschichte und Gegenwart, Thieme, Hans/Wieacker, Franz (Hrsg.), 1960, Karlsruhe, 26 ff., 66.

[36] Mit zahlreichen Beispielen zu Unterschieden und Übereinstimmungen zwischen den Kodifikationen *Maratschke*, 95; *Kitagawa*, 34 ff.; *Graßmann* N 446 und ausführlich für das Bereicherungsrecht, *Kono*, AcP 200 (2000) 525; *Nakamura*, 402, spricht daher richtigerweise von einer „*Rezeption* europäischer Rechtswissenschaften" und nicht etwa deutscher Rechtswissenschaften.

[37] *Kono*, AcP 200 (2000) 525.

[38] *Kitagawa*, Rezeption, 67 ff.; *Rahn*, 114 ff.; *Kono*, AcP 200 (2000) 519; *Sagishita*, Comparative Law Vol.13, 1996, 79 ff.; *Canaris*, FS *Kitagawa*, 61 ff.

[39] *Canaris*, FS *Kitagawa*, 61.

[40] „Leistet der Schuldner nicht dem wesentlichen Inhalt der Schuld entsprechend, so kann der Gläubiger Schadenersatz verlangen. Dasselbe gilt, wenn die Leistung infolge eines von dem Schuldner zu vertretenen Umstandes unmöglich geworden ist", *Ishikawa/Leetsch*, 79.

[41] *Kitagawa*, Rezeption, 68 f.

[42] *Nakata*, Jurisuto Nr. 1200 (2001) 70 ff.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Recht gehöre: zum deutschen oder zum romanisch-germanischen oder zum fernöstlichen Rechtskreis.[43] Diese Ansichten sind jedoch überholt. Das japanische Recht ist eine eigenständige Rechtsordnung, in der sich verschiedene Elemente der chinesischen, französischen, deutschen und amerikanischen Rechtskulturen mischen und sich selbständig weiterentwickelt haben.[44]

B. Entwicklung der japanischen Irrtumsregelung

I. Kyû Minpô

Der erste, heute noch relevante Entwurf zum Zivilgesetz war das Kyû Minpô oder der Boissonadesche Entwurf von 1890.[45] Alle wichtigen Darstellungen des japanischen Irrtumsrechts[46] beginnen deshalb mit dessen Irrtumsregelungen. Im Kyû Minpô waren die Irrtumsregeln, wie im Anhang I ersichtlich, unter dem Titel „Vermögensrecht" in drei Artikeln geregelt.

a) Übersicht

Die Übersicht über den Irrtumskatalog des Kyû Minpô ergibt, dass in Art. 311 Kyû Minpô der Rechtsirrtum sehr ausführlich, in Art. 309 Abs. 1 Minpô der Irrtum über den Vertragsinhalt[47], den Vertragsgrund[48] und den Vertragsgegenstand[49], in Art. 309 Abs. 2 Kyû Minpô der unbeachtliche Motivirrtum, in Art. 309 Abs. 3 und 4 Kyû Minpô der Irrtum über die Eigen-

---

[43] *Zweigert/Kötz*, 293; Oda, 3 ff.; *Schröder, Friedrich Christian*, Probleme des Vergleichs zwischen westlichen und östlichen Rechtssystemen, in: Recht in Ost und West, Festschrift zum 30-jährigen Jubiläum des Instituts für Rechtsvergleichung der Waseda Universität, 1988, Tokio, 215.

[44] The Japanese Legal System, *Sung Yoon Cho* in: Introduction to Foreign Legal Systems, *Danner Richard/Bernal, Marie-Louise* (ed.), New York, London, Rome 1994, 123; nur zwischen den Zeilen so: *Zweigert/Kötz*, 292 f., *David René/Jauffret-Spinosi, Camille*, Les grands systèmes de droit contemporains, 11. Aufl., Paris, 2002, 22 f.

[45] *Wagatsuma*, Kyûhô, 130 f.

[46] Es sind dies vorab die Werke von Nakamatsu; *Morita*, 100 Jahre Minpô und *Kobayashi*, Sakugo.

[47] Z.B. die Verwechslung von Kauf- mit Tauschvertrag, *Boissonade* N 58.

[48] Mit Irrtum über den Vertragsgrund ist etwa ein Vertragsabschluss zum Zwecke der Novation einer nicht bestehenden Schuld gemeint, *Boissonade* N 60; *Kobayashi*, Sakugo, 154.

[49] Mit Irrtum über den Vertragsgegenstand wird etwa die Lieferung eines anderen als des erwünschten Gegenstandes bezeichnet; wobei in diesem Beispiel die Parteien in einer fortdauernden Geschäftsbeziehung standen und der Verkäufer dem Käufer ständig Waren anbot und, als der Käufer einmal zusagte, beide Parteien einen anderen Gegenstand meinten gekauft bzw. verkauft zu haben, *Boissonade* N 58 f.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

schaften einer Person[50], in Art. 310 Abs. 1 und 2 Kyû Minpô der Irrtum über eine Sache bzw. deren Wert und Beschaffenheit sowie in Art. 310 Abs. 4 Kyû Minpô der Rechnungsfehler geregelt sind.

Es zeigt sich weiter eine Zweiteilung der Irrtumsfälle in solche, die zur Anfechtung berechtigen, und solche, die zur Nichtigkeit führen: Art. 309 Kyû Minpô regelt die Irrtumsfälle, die zur „Verhinderung der Annahme" des Vertrags bzw. zur Nichtentstehung des Vertrags führen, während Art. 310 Kyû Minpô die Irrtumsfälle aufzählt, die zu einer „mangelhaften Annahme" des Vertrags und damit zur Gültigkeit des Vertrags, aber dessen Anfechtbarkeit führen.

Schwierigkeiten bereitete offenbar bereits schon Boissonade die *Abgrenzung eines Irrtums im Vertragsgrund („cause") vom Motivirrtum („motif")* nach Art. 309 Abs. 2 Kyû Minpô, worauf später bei der Irrtumslehre von Morita noch einzugehen sein wird: Der Motivirrtum sei unbeachtlich, weil ein Motiv im Gegensatz zum Grund des Vertragsschlusses beliebig, mittelbar und keineswegs zwingend sei. So gibt es nach Boissonade nur einen Grund zum Vertragsschluss, aber viele Motive. Bei einem Grundstückskaufvertrag sei für beide Parteien unmittelbarer Grund zum Vertragsschluss, dass die eine das Grundstück und die andere den Kaufpreis erhalten sollen. Motive für den Abschluss des Kaufvertrags seien hingegen z.B. der Erwerb des Grundstücks zwecks Betriebes eines Geschäfts oder einer Baustelle.[51]

Beim Eigenschaftsirrtum nach Art. 310 Kyû Minpô wird unterschieden zwischen einem solchen über den Wert (Abs. 2), der grundsätzlich unbeachtlich sei, und einem solchen über die Beschaffenheit (Abs. 1), der beachtlich sei. Nach Boissonade ist für die Unterscheidung massgebend, welche Sache die Parteien als Vertragsgegenstand bestimmt hätten. Handele es sich bei der Sache um „ein Tier" oder „ein Pferd", so stelle sich die Beschaffenheitsfrage, welches Tier (Elefant oder Maus) oder welches Pferd (Araber oder Engländer oder japanisches Pferd) gemeint sei. Fehle die gewünschte Eigenschaft, so liege eine „falsche" Sache vor. Handele es sich dagegen um einen für beide Parteien bedeutenden, relevanten Preisunterschied zwischen zwei Pferden, so liege ein Eigenschaftsirrtum über den Wert vor.[52]

---

[50] Ein Irrtum über die Identität einer Person im Sinne von Art. 309 Abs. 3 Kyû Minpô liege etwa vor, wenn es bei der Schenkung, dem Auftrag, der Stellvertretung oder der Bürgschaft auf die Person des Kontrahenten ankomme und damit die Person ein unmittelbarer Grund für den Vertragsschluss gewesen sei. In einem solchen Fall entstehe der Vertrag wegen des Irrtums nicht, *Boissonade* N 63 f.; *Kobayashi*, Sakugo, 155.

[51] *Boissonade* N 61 f.; *Kobayashi*, Sakugo, 155; *Morita*, 100 Jahre Minpô, 145.

[52] *Kobayashi*, Sakugo, 158 f.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

b) Parallelen zum französischen und Römischen Recht

Es lässt sich der Irrtumsregelungen des Kyû Minpô die dem französischen Irrtumsrecht heute noch eigene Einteilung der Irrtumsarten nach ihren unterschiedlichen Rechtsfolgen „Dissens", „Anfechtbarkeit", „Unbeachtlichkeit" entnehmen:[53]

1.) So führen die Irrtumsarten nach Art. 309 Abs. 1 Kyû Minpô zur „Verhinderung der Annahme" und die „erreur obstacle" (nach Art. 1110 CCF) zum Dissens.[54]
2.) Im Kyû Minpô führen die Fälle des Eigenschaftsirrtums zur Anfechtbarkeit, da die „Annahme zum Vertragsschluss" als mangelhaft angesehen wird (Art. 310 Abs. 1 Kyû Minpô). Im französischen Recht entspricht dies der Gruppe der „erreur vice du consentement".[55]
3.) Sowohl im Kyû Minpô (Art. 309 Abs. 2) als auch im geltenden französischen Zivilrecht gibt es eine Gruppe unbeachtlicher Irrtümer, die des „unbeachtlichen Motivirrtums".[56]

Bezüglich des Inhalts ergeben sich weniger grosse Parallelen zur Irrtumsregelung des Code civil, weil die französischen Gesetzgeber zu Gunsten der Breite der Irrtumsfälle bewusst auf einen Irrtumskatalog verzichtet haben.[57] Neu war der Irrtum für die Gesetzgeber kein Vertragsentstehungsproblem mehr, sondern ein Grund zur Vertragsauflösung.[58] Zudem war es Boissonade wichtig, den kasuistischen Irrtumskatalog des Römischen

---

[53] *Boissonade* N 57 ff.

Die Irrtumsregelung des Code civil von 1804 (Le Code civil, édition à jour au 31 mai 1986, Flammarion) besteht aus der Regelung des Art. 1109 CCF, die den Irrtum zur Täuschung und Furchterregung gruppiert, und aus Art. 1110 CCF, der den Substanzirrtum und den Personenirrtum regelt. Da das französische Recht den Irrtum als ein Konsensproblem behandelt, werden von der Lehre die folgenden drei Irrtumsarten unterschieden: „L'erreur obstacle", der den Konsens verhindert; „l'erreur vice du consentement", der ebenfalls den Konsens verhindert (hierzu zählen „l'erreur sur la substance", der Substanzirrtum und „l'erreur sur la personne", der Identitätsirrtum) und „l'erreur sans effet sur la validité du contrat", der keinen Einfluss auf die Vertragsgültigkeit hat. Zur letzteren Gruppe zählt der Motivirrtum. Terminologie von *Mazeaud/Chabas*, N 161 ff.; nur teilweise so *Ghestin* N 490 ff., N 495. Eine der nachfolgend zu erörternden japanischen Irrtumslehren beruht auch auf dem französischen Recht, vgl. § 4 lit. A. 7. *c.* bb.

[54] *Kobayashi*, Sakugo, 153.

[55] *Morita*, 100 Jahre Minpô, 143.

[56] Der einfache Motivirrtum und der Irrtum über den Wert, *Ghestin* N 507 ff.; *Mazeaud/Chabas*, N 161; *Morita*, 100 Jahre Minpô, 144.

[57] *Zimmermann*, 618.

[58] Im Gegensatz zum deutschen oder schweizerischen Recht, vgl. hierzu *Kobayashi*, Sakugo, 176.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Rechts[59], der auch dem Code civil zu Grunde liegt, zu übernehmen. Er war der Ansicht, dass der Gesetzgeber die Verantwortung dafür tragen müsse, dass ein Irrender wisse, welche Irrtumsart, wann und mit welcher Wirkung geltend gemacht werden könne.[60] Der Vergleich mit den Irrtumsarten des Römischen Rechts bestätigt die inhaltlichen Parallelen zur Irrtumsregelung des Kyû Minpô.[61]

2. Entwicklung hin zu Art. 95 Minpô

a) Gesetzliche Grundlage

Die Irrtumsregelung des Kyû Minpô trat, wie bereits erwähnt, nie in Kraft. Stattdessen kam es 1896 zu der heute noch geltenden Irrtumsregelung von Art. 95 Minpô:[62]

„意思表示は、法律行為の要素に錯誤があったときは、無効とする。ただし、表意者に重大な過失があったときは、表意者は、自らその無効を主張することができない。"

„Eine Willenserklärung ist ungültig, wenn sie bezüglich eines wesentlichen Elementes des Rechtsgeschäfts einen Irrtum aufweist. Handelt der Erklärende jedoch grob fahrlässig, so kann er sich nicht auf die Ungültigkeit berufen."

---

[59] Der „error in negotio" (Irrtum betr. Vertragsnatur), der „error in corpore" (Irrtum betr. Gegenstand), der „error in pretio" (Irrtum betr. Preis) und der „error in personam" (Irrtum betr. Identität oder persönlicher Umstände, wie Kreditwürdigkeit) waren Gründe für einen Dissens des Vertrags. Dagegen waren nach Römischem Recht der „error in nomine" (Irrtum über die falsche Bezeichnung), sowie der „error in iuris" (Rechtsirrtum) unbeachtliche Irrtümer. Die Rechtsfolge des „error in substantia" (Irrtum über die wesentliche Eigenschaft des Vertrags) war nach Römischem Recht je nach Interessenlage der Parteien anders beurteilt woeden. Unter Berufung auf die bekannte Digestenstelle bei Ulpian 18.1.9.2 wird für den Substanzirrtum erklärt, dass das Fehlen der wesentlichen Eigenschaft des Kaufgegenstandes noch nicht zu Dissens des Kaufvertrags führe, wenn der Gegenstand noch der gleiche sei (Beispiel: Wein/saurer Wein; handelt es sich jedoch um Essig, so liegt ein aliud vor).

[60] *Boissonade* N 57; *Kobayashi*, Sakugo, 165 f., 157.

[61] *Zimmermann*, mit Hinweis auf Digestenstellen, 589 ff.

[62] Von 27.4.1896/Nr. 89 und 1898/Nr. 9, dt. Übersetzung auch bei *Ishikawa/Leetsch*, 18. Das Minpô wurde mit Gesetzesänderung vom 26.7.2004/Nr. 87 sprachlich überarbeitet: Die alten japanischen Schriftzeichen, die nicht mehr gebräuchlich sind, wurden durch aktuelle ersetzt und der Sprachfluss teilweise vereinfacht. Diese Reform bewirkt jedoch keine wesentlichen inhaltlichen Änderungen der kodifizierten Fassung von 1896/1898. Die hier interessierenden Bestimmungen des japanischen Zivilrechts ändern sich inhaltlich nicht, so dass im Folgenden ohne weiteres auf die deutsche Übersetzung von *Ishikawa/Leetsch* aus dem Jahre 1985 verwiesen werden kann.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

b) Hintergründe des Gesetzgebungsverfahren

Nach der erfolgreichen Verzögerung der Inkraftsetzung des Kyû Minpô bis 1896 wurden von der neu eingesetzten Gesetzgebungskommission zahlreiche andere damals existierende Irrtumsregelungen zu Rate gezogen:

Es wurden bei den Beratungen zu Art. 95 Minpô die entsprechenden Bestimmungen des ersten und zweiten Entwurfs zum Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch (von 1887 und 1895), des holländischen Zivilgesetzbuches von 1829, des italienischen Zivilgesetzbuches von 1865, des spanischen Zivilgesetzbuches von 1884, des belgischen Entwurfs zum Zivilgesetzbuch von 1884, des alten, schweizerischen Obligationenrechtes von 1881, aber auch aussereuropäische Bestimmungen, wie diejenige des indischen Vertragsrechts von 1872 und des montenegrinischen Vermögensrechts von 1888, konsultiert.[63] Damit waren die japanischen Gelehrten mit sehr vielen unterschiedlichen, modernen Kodifikationen bzw. zu ebensolchen Entwürfen in Kontakt gekommen, wobei man von einer Dominanz der konsultierten europäischen Regelungswerke ausgehen kann. Es muss deshalb berücksichtigt werden, dass die europäischen Regelungswerke seit dem 18. Jahrhundert unter dem herrschenden Einfluss des Naturrechts standen.[64]

Mit der naturrechtlichen Strömung kam im Irrtumsrecht die Idee auf, dass jedes Versprechen jeden Inhaltes mit einem beliebigen Irrtum behaftet sein könne[65], was zu einer Abkehr vom römisch-kasuistischen Irrtumskatalog und hin zu einer allgemeinen, offenen Regelung führte.[66]

Besonders wichtig für die Professoren Ume, Tomii und Hozumi sollte vor diesem Hintergrund die Auseinandersetzung mit dem 1. deutschen Entwurf zum Gesetzbuch des Deutschen Reiches von 1889 und dem Pandektensystem sein.[67] Prunkstück des Pandektensystems ist bekanntlich der „Allgemeine Teil", der aus dem naturrechtlichen Rechtsdenken hervorge-

---

[63] 法典調査会主査会議事速記録(Hôten Chôsakai Shusakai Giziroku), Kodifikationsausschuss, Stenographisches Protokoll vom 2.3.1894 zu aArt. 93 Minpô; *Nakamaru*, 389.

[64] Wobei gerade die schweizerische Regelung nach Art. 19 aOR von 1881, wie auch die heutige nach Art. 24 OR, eine Ausnahme von dieser Regel darstellen, denn sie haben einen Irrtumskatalog beibehalten.

[65] HKK-*Schermaier* §§ 119-122 N 54; *Kramer*, Irrtum int., 27 f., N 14; *Zimmermann*, 612 ff., mit vielen Hinweisen auf entsprechende Gedanken der BGB-Väter, insb. auch Fn 193, 616.

[66] *Nakamaru*, 389 ff.

[67] 民法修正案理由書 (Minpô Shûseian Riyû Shô), Motive zum Änderungsentwurf des Zivilrechts, 85; *Kitagawa*, Rezeption, 32 f. mit Hinweis auf *Hozumi*-Aufsätze; *Nakamaru*, 388.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

gangen ist,[68] so dass für die japanischen Gesetzgeber, die möglichst fortschrittlich sein wollten, klar war, dass das Minpô auch über einen solchen verfügen sollte.

Da der Irrtum von den Gesetzgebern als „Unregelmässigkeit der Willenserklärungen" angesehen wurde, sollte die neue Irrtumsregelung unter dem Titel der „Willenserklärungen" im „Allgemeinen Teil" ihren Platz finden, statt wie bisher im Kyû Minpô unter dem Titel „Vermögensrechte".[69] Damit wurde an der japanischen Irrtumsregelung der Übergang vom Institutionensystem zum Pandektensystem vollzogen.

Entsprechend § 98 des 1. Entwurfs zum Gesetzbuch des Deutschen Reiches (Anhang II) sollte nach Tomii das japanische Zivilrecht künftig zwischen Willen und Erklärung unterscheiden und einen Irrtum als Divergenz zwischen Wille und Erklärung, als so genannten „fehlenden Willen" ansehen.[70] Auch sollte entsprechend § 99 des 1. Entwurfes zum Gesetzbuch des Deutschen Reiches (Anhang II) der so genannte „Aber-Satz" (Tadashi-Gaki, ... 但し...) als zweiter Satz im neuen Art. 95 Minpô aufgenommen werden.[71] Dazu sei angefügt, dass dieser zweite Satz des geltenden Art. 95 Minpô den Kommissionsmitgliedern so viel Kopfzerbrechen bereitet hatte[72], dass in einer sehr kurzen Übergangsphase ein aArt. 93 Minpô (Anhang III) galt, der auf den zweiten Satz des Art. 95 Minpô verzichtete und eine Geltendmachung des Irrtums bei Verschulden generell ausschloss.[73]

Schliesslich wurde aufgrund von § 98 des 1. Entwurfes zum Gesetzbuch des Deutschen Reiches auch die Nichtigkeitsfolge für Art. 95 Minpô beibehalten. Zusammenfassend lässt sich daher mit Morita festhalten, dass mit der Konsultation des 1. Entwurfes zum Gesetzbuch des Deutschen Reiches neben dem römisch-rechtlichen und französisch-rechtlichen Einfluss der deutsch-rechtliche Einfluss auf die japanische Irrtumslehre seinen Anfang nahm.[74]

---

[68] Zugleich sei der „Allgemeine Teil" auch der umstrittenste Teil gewesen, und andere, ebenfalls junge Kodifikationen, wie die schweizerische von 1911, haben bewusst auf diesen verzichtet, *Schwarz*, SZ Rom 42 (1921) 587 ff. m. w. H. in Fn 1, 588.

[69] *Kobayashi*, Sakugo, 171; *Schwarz*, SZ Rom 42 (1921) 588.

[70] *Tomii*, 37; *Kobayashi*, Sakugo, 176.

[71] *Kobayashi*, Sakugo, 176.

[72] *Kobayashi*, Sakugo, 177.

[73] 法典調査会主査会議事速記録 (Hôtenchôsakai Shûsakai Gizi Sokkiroku), Ausschuss der Untersuchungskommission zur Kodifikation, Stenographisches Protokoll vom 2.3.1894 zu aArt. 93 Minpô.

[74] *Morita*, 100 Jahre Minpô, 148; *Nakamura*, 388; Stenographisches Protokoll des Ausschusses vom 2.3.1894 zu aArt. 93 Minpô.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

c) Gründe für den Verzicht auf einen Irrtumskatalog

Ziel der Gesetzgeber war es, möglichst alles, was vom tatsächlichen Willen der Parteien abwich, entweder für ungültig oder für anfechtbar erklären zu lassen. Der Verzicht auf den Irrtumskatalog des Kyû Minpô und die Einführung einer neuen Generalklausel „Yôso no sakugo" (Irrtum über ein wesentliches Element des Rechtsgeschäfts) erschien den Gesetzgebern dafür als das ideale Mittel.

Es spielte aber auch ein Praktikabilitätsgedanke[75] eine Rolle, denn die Generalklausel garantierte, dass alle Irrtumsarten sich subsumieren liessen (Tomii).[76] Namentlich würden bereits der Irrtum über den Vertragsgegenstand, über den Vertragsinhalt und über den Vertragsgrund das „Wesen" des Vertrags betreffen und damit könnten die wichtigsten Irrtumsarten des Kyû Minpô mit der Generalklausel erfasst werden (Ume).[77] Nicht unter die Generalklausel sollten dagegen die folgenden Irrtümer fallen:

- Der Identitätsirrtum nach Art. 309 Abs. 3 Kyû Minpô und der Eigenschaftsirrtum nach Art. 310 Abs. 1 und 2 Kyû Minpô wurden von den Kommissionsmitgliedern als bloss unbeachtliche Motivirrtümer angesehen.
- Die Unterscheidung zwischen einem unbeachtlichen „Irrtum über den Wert" und einem beachtlichen Eigenschaftsirrtum wurde aufgegeben, mit dem Argument, dass die Anerkennung des „Eigenschaftsirrtums" dem Vertrauensschutz und der Verkehrsfähigkeit schaden würde.[78] Dementsprechend wurde die Selbstverantwortung betont und das „Beurteilungsrisiko" über eine Eigenschaft einer Sache dem Irrenden zugeordnet.[79]
- Nur diejenigen Irrtumsfälle, bei denen der „wirkliche Wille" bezüglich des Erklärten fehlte, sollten zur Ungültigkeit führen, was den „Motivirrtum" von der Generalklausel ausschloss.
- Der Motivirrtum war für die Gesetzgeber bereits vom Täuschungstatbestand (Art. 96 Minpô) erfasst. Nur wenn ein Motiv „Voraussetzung" des Vertrags war, sollte es Anerkennung finden.[80] Es gab keinen Grund für

---

[75] Stenographisches Protokoll des Ausschusses vom 2.3.1894 zu aArt. 93 Minpô.

[76] Stenographisches Protokoll des Ausschusses vom 2.3.1894 zu aArt. 93 Minpô; *Tomii*, 435; *Morita*, 100 Jahre Minpô, 149; *Kobayashi*, sakugo, 174.

[77] 法典調査会総会議事速記録 (Hôtenchôsakai Sôkai Gizi Sokkiroku), Untersuchungskommission zur Kodifikation, Stenographisches Protokoll der Vereinigten Versammlung vom 16.3.1894 zu Art. 95 Minpô.

[78] *Nakamura*, 388.

[79] *Kobayashi*, Sakugo, 175.

[80] *Tomii*, 437: Wenn das Motiv nicht zur „Bedingung" (条件, jôken) des Vertrags gemacht worden ist, soll es nur im Rahmen einer Täuschung Anerkennung finden.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

die Gesetzgeber, den Motivirrtum im Gesetz zu erwähnen.[81] Ebenfalls unbeachtlich sollte der Irrtum über den Erfüllungsort oder -zeitpunkt bleiben, weil dieser definitionsgemäss nicht das „Wesen" eines Vertrags ausmachen könne.[82] Auch auf die Regelung des Rechtsirrtums verzichteten die Gesetzgeber, weil dieser sich nicht von einem Tatsachenirrtum unterscheide.[83]

An der Nichtigkeitsfolge, die Art. 309 Abs. 1 Kyû Minpô für die dem „erreur obstacle" entsprechenden Irrtumsarten (nach Art. 1110 CCF) aufgestellt hatte, wurde in Art. 95 Minpô festgehalten. Wichtig war den Gesetzgebern aber, dass der Vertrag im Falle eines Irrtums nicht mehr von sich aus zur „Nichtigkeit" des Vertrags bzw. zum Dissens führte, sondern nur noch aufgrund entsprechender Ungültigkeitsberufung seitens der irrenden Partei.[84]

Der Irrtum war für die Gesetzgeber damit kein Vertragsentstehungsproblem mehr, sondern ein Grund zur Vertragsauflösung.[85]

Da letztlich nicht nur Verträge, sondern auch einseitige Rechtshandlungen von der Generalklausel erfasst sein sollten, entschloss sich die Kommission, künftig den abstrakteren Begriff des „Rechtsgeschäfts"[86] statt denjenigen des „Vertrags" in Art. 95 Minpô aufzunehmen.[87]

3. Zusammenfassende Würdigung

Zusammenfassend lässt sich zur Entstehung von Art. 95 Minpô Folgendes festhalten: Die japanische Irrtumsregelung entstand aufgrund einer eingehenden Konsultation vieler anderer europäischer Irrtumsregelungen. Den grössten Einfluss hatte schliesslich § 98 des 1. Entwurfes zum Gesetzbuch des Deutschen Reiches.

Zuvor bestand jedoch ein auf französischem Recht basierender Entwurf einer Irrtumsregelung (Kyû Minpô), die alle Arten von Irrtumsfällen umfasste, die nach Art. 309 Kyû Minpô noch zu Dissens bzw. Nichtentstehung des Vertrags geführt hatten. Diese sollten neu unter der Generalklausel von Art. 95 Minpô als Irrtümer in „wesentlichen Elementen des Rechtsgeschäfts" erfasst werden. Die Irrtümer über den Vertragsgegenstand, den Vertragsinhalt und den Vertragsgrund liessen sich somit fraglos unter die

[81] *Morita*, 100 Jahre Minpô, 150; *Kobayashi, Sakago*, 175; *Kitagawa*, 3 Entwicklungsphasen, 130.
[82] *Kobayashi, Sakago*, 175.
[83] *Kobayashi, Sakago*, 175.
[84] Stenographisches Protokoll des Ausschusses vom 2.3.1894 zu aArt. 93 Minpô.
[85] Im Gegensatz zum deutschen oder schweizerischen Recht, vgl. hierzu *Kobayashi, Sakago*, 176.
[86] 法律行為, hôritsu kôi.
[87] *Kobayashi, Sakago*, 177.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

neue Generalklausel subsumieren.[88] Alle anderen im Katalog des Kyû Minpô erwähnten Irrtumsfälle sollten dagegen unbeachtlich sein und bedurften nach der Logik der Gesetzgeber keiner Regelung.

Die wenigen Irrtumsarten, die die Gesetzgeber somit überhaupt noch anerkennen wollten, liessen sich mit der originellen japanischen Generalklausel[89] „wesentliche Elemente des Rechtsgeschäfts" bestens erfassen. Die Gesetzgeber haben auch das dem Kyû Minpô noch zu Grunde liegende Konsensualprinzip aufgegeben. Insgesamt kann damit eine Betonung der Selbstverantwortung des Erklärenden und der Förderung der Verkehrsfähigkeit ausgemacht werden. Beibehalten wurde jedoch die Nichtigkeitsfolge des Irrtums, die heute dem deutschem Recht in dieser Form fremd ist (Anfechtbarkeit). Es lässt sich damit ein heute noch geltendes Beispiel des älteren französischen Einflusses in der geltenden Regelung von Art. 95 Minpô festhalten.[90]

Wie gross die praktischen Unterschiede zwischen den Irrtumsregelungen des Kyû Minpô und der geltenden Regelung von Art. 95 Minpô sind, kann hier nicht beurteilt werden, weil das Kyû Minpô nie in Kraft getreten ist. Fest steht aber, dass Boisonnades Bemühungen um eine differenzierte Regelung des Eigenschafts- und Identitätsirrtums, die eine gewisse Orientierungshilfe im Problemfeld des Substanzirrtums geliefert hätte, mit der Regelung von Art. 95 Minpô in den Wind geschlagen wurde. Fest steht weiter, dass sich ein französischer Einfluss, der über das Kyû Minpô ins japanische Zivilrecht gelangte, bis heute in der Nichtigkeitsfolge der Irrtumsberufung zeigt. Und ausserdem ist er, wie noch zu zeigen sein wird, bis in die aktuelle japanische Irrtumslehre Moritas erhalten geblieben.

[88] *Kobayashi, Sakugo*, 176.
[89] *Kobayashi, Sakugo*, 176.
[90] *Stoll*, 155 f.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

§ 2 Geschichtliche Entwicklung des deutschen und schweizerischen Zivilrechts und der Irrtumsregelung im Besonderen

A. Abriss der Zivilrechtsgeschichte

1. Eingrenzung des historischen Rechtsvergleichs

Es ist an dieser Stelle unnötig, die historische Entwicklung des deutschen und schweizerischen Zivilrechts vom Römischen Recht über das „Gemeine Recht" und die nationalen Kodifikationsbestrebungen Ende des 19. Jahrhunderts bis zu den aktuellen Irrtumsregelungen seit Inkrafttreten des BGB bzw. des OR bis hin zu den heutigen Tendenzen einzeln darzulegen und sie rechtsvergleichend zu würdigen. Es sei auf die weiterführende allgemeine Literatur von Wieacker, Gmür, Zimmermann und Schermaier verwiesen. Die ausführlichere Beschäftigung mit der japanischen Zivilrechtsgeschichte seit dem 19. Jahrhundert hat sich dagegen aufgrund ihres Unbekanntheitsgrades in Europa gerechtfertigt. Trotzdem ist vielleicht gerade für die japanischen Leser ein knapper Vergleich der wichtigsten Gemeinsamkeiten und Unterschiede der Zivilrechtsentwicklung Deutschlands und der Schweiz jener Zeit und eine Gegenüberstellung der beiden deutschsprachigen Kodifikationen nicht uninteressant.

2. Gemeinsamkeiten

1.) Auf dem heutigen deutschen und schweizerischen Gebiet galt bis etwa ins 7. Jahrhundert hinein Römisches Recht. Vom Hochmittelalter bis zum 18. Jahrhundert gab es in Deutschland und der Schweiz eine gemeinsame Rechtswissenschaft, die auf dem Römischen Recht sowie dem kanonischen Recht basierte: Es galt das „Gemeine Recht" als fortgeltendes Römisches Recht.[1]

2.) Im 19. Jahrhundert fand eine Entwicklung vom „Gemeinen Recht" hin zu länderspezifischen Kodifikationen statt:

[1] *Coing*, 7.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Es kam daher in der Folge zu verschiedenen, territorialen Zivilrechtsbüchern: Auf heutigem deutschen Gebiet in grossen Teilen von Preussen galt das Allgemeine Landrecht (ALR 1794) und im Rheinland der französische Code civil (CCF 1804). In Habsburg (ohne Ungarn) galt das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch (ABGB 1811), in einem Gebiet zwischen Rhein und Elbe, Schwarzwald und Böhmen jedoch noch das „Gemeine Recht".[2]

Auf dem Gebiet der heutigen Schweiz galt zu dieser Zeit, je nach Kanton, unterschiedliches Recht. Im Kanton Zürich bestanden beispielsweise Satzungen, Gewohnheitsrecht oder auch blosse zivilrechtliche Usancen. Etwas später als in den deutschen Gebieten kam es nach dem Ende der französischen Herrschaft (1803-1814), nach der Restaurationsphase der 1830er Jahre bis in die Zeit nach der Entstehung des Schweizerischen Bundesstaates (1848) hinein zu zahlreichen kantonalen Zivilrechtskodifikationen.[3] Die Zivilrechtsbücher der Deutschschweiz lehnten sich vor allem an das österreichische ABGB und im Rahmen dieses wiederum an das Römische Recht sowie aneinander an. Die Gesetzbücher aus der „Welschschweiz" lehnten sich dagegen an den Code civil und das ALR an. Eine eigentliche Zivilistik gab es damals in der Schweiz noch nicht. Das zürcherische Privatrechtssystem entstand erst später, in der 2. Hälfte des 19. Jahrhunderts und lehnte sich bereits, nach umfassender juristischer Schulung der schweizerischen Redaktoren in Deutschland, an das Pandektensystem an.

3.) Die deutsche Rechtswissenschaft orientierte sich aber nicht an diesen bereits existierenden Kodifikationen.

Bekanntlich weigerte sich Friedrich Carl von Savigny (1779-1861) 1810 an der neu gegründeten Universität in Berlin, das dort geltende preussische „Allgemeine Landrecht" zu lehren. Savigny erklärte das Römische Recht in seiner ursprünglichen Fassung, dem Corpus Iuris Iustinianus, zur alleinigen Grundlage seines Unterrichts. Savigny bewirkte damit die Fortgeltung des Römischen Rechtes als geschlossenes und widerspruchsfreies System. Dieses Rechtssystem, nach seinem antiken Vorbild das Pandektensystem genannt,[4] wurde seither gelehrt.[5] Zunächst hielt es im sächsischen, dann im deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch Einzug. Durch die Schüler Savignys und späteren Redaktoren eines zürcherischen Privatrechtsbuchs, Friedrich Ludwig von Keller (1799-1860) und Johann Caspar Bluntschli (1806-1881), fand es Eingang ins privatrechtliche Gesetzbuch für den Kan-

[2] *Coing*, 11.

[3] Bern 1832, Luzern 1832/1839, Freiburg 1834, Tessin 1837, Solothurn 1847, Aargau 1848, Zürich 1853, Elsener, 48 ff.

[4] Erstmals so von Heise, *Schwarz*, SZ Rom 42 (1921) 581f.

[5] *Wieacker*, 430 ff.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

ton Zürich von 1853[6] und in der Folge ins schweizerische ZGB/OR.[7] Die Pandektenwissenschaft war schliesslich massgebend für die gesamtdeutsche und schweizerische Kodifikationsbewegung der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts.

4.) Nach der Entstehung des Deutschen Reiches (1871) und der Gründung des Schweizerischen Bundesstaates (1848) kam es im Interesse einer freiheitlicheren Wirtschaftsordnung zu Bestrebungen, ein einheitliches, nationales Zivilrechtssystem zu schaffen. Im Rahmen dieser initiierten nationalen Kodifikationsprozesse zeigte sich sowohl für den 1. Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs von 1887[8] (an dem Professor Windscheid massgeblich beteiligt war) als auch für den ersten Entwurf des schweizerischen Obligationsrechtes von 1871 (Professor Munzingers Entwurf eines Handelsgesetzbuches bereits 1868)[9] für das Schuldrecht der *Dresdner Entwurf von 1866*[10] *als gleichermassen massgebend.*

Der Dresdner Entwurf war der „Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse", der 1866 von Österreich, Bayern, Sachsen, Hannover, Württemberg, Hessen, Mecklenburg-Schwerin, Nassau, Meiingen und Frankfurt zusammen herausgegeben worden war. Die umfassenden Vorarbeiten der Dresdner Kommission hatten gut drei Jahre gedauert und nicht nur die deutschen und österreichischen Gesetzbücher und Entwürfe berücksichtigt, sondern auch den Code civil und die damals schon bestehenden schweizerischen Zivilrechtskodifikationen deutscher Sprache der Kantone Bern, Luzern, Aargau, Solothurn und Zürich.[11]

Inhaltlich umfasste der Dresdner Entwurf 1045 Artikel. Geregelt war das Schuldrecht; es fehlten sämtliche handelsrechtlichen Institute und das Wechselrecht.

5.) Ähnlich schwerfällig gestaltete sich in beiden Ländern der Fortgang dieses Kodifikationsprozesses: Sowohl in Deutschland als auch in der Schweiz kam es nach den ersten Entwürfen zu weiteren Kommissionseinsetzungen und neuen Entwürfen. Es dauerte daher noch eine Weile, bis es zu einem nationalen Privatrechtsgesetzbuch kam, das tatsächlich in Kraft trat.

In Deutschland kam es 1890 zur Einberufung einer zweiten beratenden Kommission und 1895 zum zweiten Entwurf des BGB (samt Protokollen).

---

[6] *Liver Peter*, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, ZSR 102 (1961) 216 ff.

[7] *Schwarz*, SZ Rom 42 (1921) 578.

[8] *Wieacker*, 469.

[9] *Schneider/Fick*, 9.

[10] Botschaft des Bundesrates von 1879 in: Handels- und obligationenrechtliche Materialien, Fasel Urs (Hrsg.), 2000, Bern/Stuttgart/Wien, 1217 ff.; *Schneider/Fick*, 9.

[11] Botschaft des Bundesrates von 1879, 1219 (vorangehende Fn).

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Bei der zweiten Lesung des Entwurfes des Bürgerlichen Gesetzbuchs wurde das schweizerische Obligationenrecht von 1881 zu Rate gezogen.[12] Nachdem dieser 2. Entwurf im Justizausschuss beraten worden war, entstand ein 3. Entwurf mit Denkschrift, der dem Reichstag vorgelegt und dann per 1.8.1896 ausgefertigt wurde.[13] Dieser führte am *1. 1. 1900 zum Inkrafttreten des BGB*.

In der Schweiz verlangsamte sich nach dem Entwurf Munzingers (1871) die Arbeit am Obligationenrechtsbuch, teils, weil der Ruf nach einer Vereinheitlichung des gesamten Zivilrechts laut wurde[14] und teils, weil andere Gesetze, wie beispielsweise die Verfassung oder das Eisenbahngesetz, als prioritär eingestuft wurden. Zudem hatten sich auch in der Schweiz die Wissenschaftler auf „Kodifikationsstreitigkeiten"[15] eingelassen. Es kam somit 1875 zu einem zweiten Entwurf des Obligationenrechts von Professor Fick, der das Wechsel- und Aktienrecht mehr an das deutsche Modell anlehnte. Schliesslich wurde nach Beratungen in der Kommission 1876 auch in der Schweiz 1881 ein erstes schweizerisches Obligationenrecht verwirklicht.[16]

Eugen Huber (1849-1923) erhielt 1893 nach Erscheinen seines Systems des „Schweizerischen Privatrechts" (1886-1893) den Auftrag, ein nationales Zivilgesetzbuch ohne Obligationenrecht anzufertigen. Huber legte 1900 einen ersten Gesamtentwurf zum Privatrecht (Zivil- und Obligationenrecht) vor, der nach Beratungen in den Kommissionen 1903 zum neuen Gesamtentwurf des Departements wurde und sich schliesslich in den Beratungen der Bundesversammlung (1905-1907) durchsetzte. Da bereits das Obligationenrechtsbuch von 1881 existierte, musste Huber das Schuldrecht nicht neu kodifizieren. Er beschränkte sich im Wesentlichen darauf, die Entwurfsfassung von 1907 von seinem deutschen Freund Max Rümelin (1861-1931, Professor in Tübingen) auf die Übereinstimmung und Verträglichkeit mit dem BGB begutachten zu lassen. Nach Besprechungen im Jahre 1909 nahm Huber die Änderungsvorschläge Rümelins auf, und es entstand das „revidierte Obligationsrecht".[17] Es liegt auf der Hand, dass sich die Vorschläge Rümelins dabei im Wesentlichen nach den Inhalten des BGB von 1896 richteten.[18] Besonders erwähnenswert bleibt, dass die schweizerische generalklauselartige Regelung des ausnahmsweise beachtlichen Motivirrtums nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR („vom Irrenden nach

[12] *Kramer*, AcP 200 (2000) 267 mit Beispielen und Hinweisen auf Protokollstellen.
[13] BGB, Einführung von Prof. Köhler, 55. Aufl., 2005, dtv-Ausgabe.
[14] *Schneider/Fick*, 10.
[15] Dabei ging es im Wesentlichen um die gleiche Frage wie im Rechtsstreit zwischen *Savigny* und *Thibaut*.
[16] *Schneider/Fick*, 13.
[17] *Gmür*, 154.
[18] *Gmür*, 155.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als eine notwendige Grundlage des Vertrags betrachtet wurde") auf eine solche Anregung des deutschen Professors zurückging.[19] Das *ZGB und das OR traten am 1.1.1912 gemeinsam in Kraft*, wobei das Obligationenrecht von 1881 in revidierter Fassung vom 30.3.1911[20] als selbständiger, fünfter Teil dem ZGB hinzugefügt wurde.

Es ist hier festzuhalten, dass das Schweizerische Obligationenrecht von 1881 anlässlich der Kodifikation des BGB bewusst beachtet worden war und umgekehrt bei der Revision des Obligationenrechts von 1911 das BGB von 1896 (in Kraft getreten am 1.1.1900) berücksichtigt wurde. Damit erklären sich die weitgehenden inhaltlichen Übereinstimmungen dieser beiden deutschsprachigen Kodifikationen.

6.) Beide Regelungswerke sind gleichermassen „moderne Kodifikationen", die eine abstrakte, systematische und umfassende Regelung des Zivilrechts bieten. Die Stoffgliederung ist in beiden Gesetzesbüchern pandektistisch, wenn auch nicht in der exakt gleichen Reihenfolge: Das ZGB/OR ist in Personenrecht, Familienrecht, Erbrecht, Sachenrecht und Obligationenrecht (Schuldrecht) gegliedert, wobei das Obligationenrecht als letzter und fünfter Teil des ZGB angefügt ist. Das BGB ist heute noch unterteilt in den Allgemeinen Teil, Recht der Schuldverhältnisse, Sachenrecht, Familienrecht und Erbrecht.

Es gibt viele Rechtsinstitute des Schuldrechts, die weitgehend identisch sind: die Stellvertretung, die Forderungsabtretung oder die einzelnen Vertragstypen.

7.) Beide Kodifikationen gelten im Grossen und Ganzen heute noch.

3. Unterschiede

Neben diesen zahlreichen Gemeinsamkeiten, gibt es auch einige bedeutende Unterschiede zwischen den beiden Kodifikationswerken:

1.) So wird die Tatsache, dass das ZGB/OR doch gut 10 Jahre später als das BGB in Kraft trat, in der Lehre damit begründet, dass es im 16.-18. Jahrhundert im deutschen Reich schon eine einheitliche Rechtspflege durch Berufsrichter gegeben habe.[21] Noch im 19. Jahrhundert, nachdem die kantonalen Kodifikationen in der Schweiz entstanden waren, gab es dagegen in der Schweiz praktisch nur Laienrichter, was eine Rechtsvereinheitlichung grundsätzlich schwieriger machte.

[19] *Kramer*, AcP 200 (2000) 383 f.
[20] *Wieacker*, 491.
[21] *Gmür*, 32.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

2.) Das BGB ist das Werk vieler Kommissionen und deren Mitarbeiter und das ZGB/OR vielmehr das Werk „eines Mannes" [22] bzw. zweier Männer, nämlich das Hubers und Munzingers. Dieser Unterschied hat sich in Bezug auf die neueren Gesetzesartikel, hier vor allem denjenigen zum Verbraucherschutz, minimiert, weil das Gesetzgebungsverfahren in der Schweiz heute wie dasjenige der Schuldrechtsmodernisierung des BGB ein Verfahren ist, an dem viele Kommissionen, Experten und Politiker beteiligt sind. Die Tatsache allerdings, dass das BGB von vielen Experten gemeinsam und im Laufe der Zeit entstanden ist, dürfte damals zum hohen Abstraktionsgrad der Sprache des BGB beigetragen haben.

3.) Das ZGB/OR verfügt nicht über einen „Allgemeinen Teil", der die Voraussetzung der Rechtsgeschäfte des gesamten Privatrechts vorab regelt, sondern bloss über einige wenige Einleitungsartikel (Art. 1-10 ZGB) und die Regelung von Art. 7 ZGB. Diese besagt, dass die Bestimmungen des OR für alle Rechtsgeschäfte des Privatrechts gelten.[23] Umgekehrt regelt das OR ausser dem eigentlichen Schuldrecht auch Fragen, die im BGB zum Allgemeinen Teil gehören.[24]

Diese Unterscheidung ist auch in Bezug auf die neuen Verbraucherschutzregelungen festzustellen: Das BGB regelt diese vorab im Allgemeinen Teil des Schuldrechts (§§ 312a-f, 335 ff. BGB), und das ZGB/OR sollte diese im Obligationenrecht unter dem Titel Vertragsentstehung (Art. 40a ff. VE-OR) regeln.

4.) Ein wichtiger Unterschied ist, dass das schweizerische OR im Gegensatz zum BGB auch heute noch das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht umfasst.

5.) Das hier interessierende Grundprinzip der „Vertragsfreiheit" war im neu kodifizierten BGB bloss angedeutet[25] und einer allfälligen Bindung an die Vertragsfreiheit kam damals noch keine sozialrechtliche Komponente zu. Die Bestimmungen dienten lediglich der „Reinheit der moralischen Spielregel des rechtsgeschäftlichen Verkehrs".[26] Obschon im BGB wie auch dem ZGB/OR gemeinrechtliche Institute wie die „laesio enormis" und die „clausula rebus sic stantibus" fehlten, beschnitt das ZGB/OR die Vertragsfreiheit öfters und galt damals im Vergleich als die „sozialere"

[22] *Gmür*, 35.
[23] *ZK-Oser/Schönenberger*, Allgemeine Einleitung N 15.
[24] *Gmür*, 152.
[25] *Wieacker*, 482.
[26] *Wieacker*, 481.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Kodifikation.[27] Das zeigte sich beispielsweise in der Regelung des Grundlagenirrtums nach Art. 24 Abs. 2 Ziff. 4 OR, die in § 119 BGB in dieser Art fehlt. Rechtsprechung und Lehre haben allerdings früh für eine Angleichung gesorgt. Trotzdem ist es kein Zufall, dass mit der am 1.1.2001 in Kraft getretenen Revision des BGB vorab Änderungen des Allgemeinen Teils und der Rechtsinstitute vorgenommen wurden, die im Zusammenhang mit der ausgeprägten liberalen Vertragsfreiheit standen.

6.) Heute sind die seit der Schuldrechtsmodernisierung per 1.1.2002 einige der neu kodifizierten deutschen Bestimmungen aktuelle Beispiele für Rechtsinstitute, die im geltenden ZGB/OR nicht kodifiziert sind:

So wurde etwa das allgemeine deutsche Leistungsstörungsrecht geändert und es findet mit §§ 311, 241 BGB im Gegensatz zum schweizerischen Recht eine generelle Normierung der Pflichtverletzung statt.[28] Altbekannte, wichtige Rechtsinstitute wie die „positive Vertragsverletzung" (§ 280 Abs. 1 BGB)[29], die „culpa in contrahendo" (§ 311 Abs. 2 BGB) und der „Wegfall der Geschäftsgrundlage" (§ 313 BGB), sind heute im BGB – nicht aber im ZGB/OR – kodifiziert.

Zudem wurde die Rügefrist für Sachgewährleistungsrechte nach § 438 Abs. 1 Ziff. 3 BGB auf zwei Jahre nach Ablieferung der Sache bzw. Übergabe verlängert, wogegen diese nach Art. 210 Abs. 1 OR immer noch ein Jahr beträgt.

Auf die besonderen verbraucherschützenden Widerrufsrechte, die im BGB kodifiziert, in der Schweiz nur geplant sind, wird im 3. Kapitel eingegangen.

7.) Das bedeutet nicht, dass es vor der Schuldrechtsmodernisierung keine Unterschiede gab. Beispielsweise muss der Irrende sich nach schweizerischem Recht (Art. 26 Abs.1 OR) einen Schaden aus dem Dahinfallen des Vertrags (negatives Interesse) nur dann entgegenhalten lassen, wenn der Irrtum seiner eigenen Fahrlässigkeit zuzuschreiben war. Nach § 122 BGB hat der Irrende dagegen im Schadensfall, unabhängig von seinem Verschulden, dem Vertragspartner Schadenersatz wegen der Unwirksamkeit des Vertrags zu leisten.

8.) Neben bestehenden Unterschieden gibt es auch andere, die sich durch praktische Angleichung verloren haben. So etwa fehlt im BGB eine Regelung des Persönlichkeitsrechts, die in Art. 28 ff. ZGB statuiert ist. Doch

---

[27] *Gmür*, 38, 31.

[28] *Recker, Wilfried*, Leistungsstörungsrecht nach der Schuldrechtsmodernisierung, Schema, XII, NJW 1/2002.

[29] *Dörner/Staudinger*, Schuldrechtsmodernisierung, 41.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

wurde diese Lücke direkt über §§1, 2 GG geschlossen.[30] Ob die deutsche und die schweizerische Irrtumsregelung auch einen solchen Angleichungsfall darstellen, wird sich später zeigen. Zudem existiert eine theoretische Angleichung, da deutsche Rechtstheorie in hohem Masse vom schweizerischen Vertragsrecht rezipiert wird: Sei es die Rechtsfigur der „positiven Vertragsverletzung"[31], der Begriff des „normativen Vertragskonsens"[32], das „faktische Vertragsverhältnis"[33], die „Umwandlungstheorie"[34], die Rechtsfigur des „Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte"[35], die „Vertrauenshaftung" [36] und jüngst die „Materialisierung des Vertragsrechts" schlechthin.[37]

Es besteht daher auch eine gewisse realistische Hoffnung, dass die deutsche Schuldrechtsmodernisierung als theoretisches Konzept der Integration und Begründung von verbraucherschützenden Bestimmungen ihren Einfluss auf das schweizerische Obligationenrecht haben wird.

9.) Weniger häufig gibt es auch das umgekehrte Phänomen, dass im Bewusstsein um die Andersartigkeit der Regelungen des anderen Landes an der eigenen Regelung festgehalten wird: Das Bundesgericht hat sich in BGE 114 II 131 ff. („Picasso-Urteil") u.a. eingehend mit der deutschen Doktrin zur Exklusivität von Gewährleistungsansprüchen nach § 459 ff. aBGB im Vergleich zur Irrtumsanfechtung auseinander gesetzt und kommt trotzdem zu dem Schluss, dass im schweizerischen Recht die Gewährleistungsbestimmung im Verhältnis zur Irrtumsungültigkeit keine „lex specialis" sei, weil es um den Schutz von zwei verschiedenen Rechtsgütern gehe.

Dieser – nicht auf Vollständigkeit abzielende – Überblick über die Gemeinsamkeiten und Unterschiede der Entstehung der deutschen und der schweizerischen Zivilrechtskodifikation und die genannten Beispiele zu den geltenden Gemeinsamkeiten und Unterschieden im Schuldrecht verdeutlichen, wie nahe sich die beiden Zivilrechtsordnungen grundsätzlich stehen.

---

[30] *Brox*, N 721 f.

[31] *Alfred Koller*, Die positive Vertragsverletzung, AJP 1992, 1483 ff., insb. Fn 11.

[32] *Kramer*, Vertragliche Einigung, 81 ff.; *Gauch*, ZSR 119 (2000) 18 ff.

[33] BGE 110 II 249 in Zusammenhang mit einem formungültigen Leasingvertrag wurde gestützt auf „den faktischen Vertrag" bestimmt, dass Leasingraten geschuldet seien; BSK-*Bucher* OR I N 70.

[34] BGE 114 II 152 ff., 157 mit Verweis auf „neuere Lehrmeinung, die sich auch in Deutschland durchsetzt"; *Gauch*, ZSR 119 (2000) 1 ff.

[35] BGE 121 III 310 ff., 315f.

[36] *Canaris Claus-Wilhelm*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Recht, 1971 München; BGE 120 II 331, 336 f., 121 II 355 f., 124 III 363 ff.

[37] *Canaris*, AcP 200 (2000) 273 ff.; *Zimmermann*, Europa und das römische Recht, AcP 202 (2002) 243 ff., 274, schreibt als Rechtshistoriker von „(Re)Materialisierung".

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

B. Entwicklung der deutschen und schweizerischen Irrtumsregelungen

1. Entwicklung der Irrtumsregelungen, gemeinsam behandelt

Das deutsche und das schweizerische Irrtumsrecht der beiden Kodifikationen beruht demnach auf den gleichen römisch-rechtlichen[38], gemeinrechtlichen und naturrechtlichen Grundlagen, so dass die Entwicklungsgeschichte des Irrtumsrechts knapp für beide Länder gemeinsam behandelt werden kann. Da mit der Lehre Savignys von der Willenserklärung, und deren Unterteilung in Wille und Erklärung[39], nach herrschender Lehre die eigentliche Irrtumslehre beginnt[40], setzt die Darstellung der Entwicklung kurz vor der Jahrhundertwende ein. Für die Zeit davor und weiterführende Literatur zur Entwicklung der Irrtumslehre sei auf Kramer, Schermaier, Schmidlin, und Zimmermann verwiesen.[41]

2. Savignys Lehre

Savingys Irrtumslehre basierte auf der Entdeckung des Unterschieds, der zwischen Wille und Erklärung bestehen kann.[42] Er betrachtete eine Übereinstimmung von Willen mit der Erklärung als naturgemäss und eine Störung dieses Verhältnisses demnach als schwerwiegend.[43] Savingy unterschied dabei zwischen „unächtem" und „wahrem Irrtum".[44] Der Begriff des „ächten" Irrtums erscheint in seinem Werk nicht. Schwerpunkt seiner Darstellung ist entsprechend der „unächte" Irrtum: Ein solcher liegt vor, wenn der Wille „unvollkommen" ist, indem Erklärtes und Willen nicht übereinstimmten.[45] Das kann unbewusst geschehen.

---

[38] Zu den römischen Rechtsquellen des „wesentlichen Motivirtums" sei lediglich hinzugefügt, dass nach heutigem Stand der Wissenschaft davon ausgegangen wird, dass die in den relevanten Digestenstellen „Ulpian D 18,1,9" zum Ausdruck kommenden Rechtsansichten tatsächlich den klassisch-römischen Juristen zugeordnet werden können und nicht von den justinianischen Kompilatoren verändert worden sind. Damit besteht, wie bereits *Savigny* feststellte, eine Uneinigkeit bei den klassischen römischen Juristen über die Relevanz des Eigenschaftsirrtums.

[39] *Savigny*, Bd. III, 99 ff.

[40] Wobei Schermaier (insb. 483, 497) klar zu machen versucht, dass *Savigny* nicht der „Erfinder" der modernen Irrtumslehre sei, sondern lediglich zu einem neuen Verständnis des Irrtumsproblems unter dem Aspekt von Wille und Erklärung beigetragen habe.

[41] Mü-Ko/Kramer BGB § 119 N 2 ff.; BK-Schmidlin, Vorb. zu OR 23-27 N 6-59; Zimmermann, 583 ff.; Schermaier, 483 ff.; HKK-Schermaier §§ 119-122 N 51 ff.

[42] *Savigny*, Band III, 99.

[43] *Savigny*, Band III, 258.

[44] *Savigny*, Band III, 440 ff.

[45] *Savigny*, Band III, 264, 440 ff.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

„Unächt" ist der Irrtum, weil er nur auf der Divergenz von Wille und Erklärung beruht. Fehlt dagegen einer Erklärung die juristische Verbindlichkeit, so spricht Savigny von „wahrem" Irrtum. Dort, wo gar kein Wille ist, kann auch kein Irrtum sein.[46]

Unter den „unächten Irrtum" fallen alle Arten von römisch-rechtlichen Irrtumskategorien.[47]

Weiter unterschied Savigny zwischen wesentlichem und unwesentlichem „unächtem" Irrtum. Nur der Irrtum, der die Übereinstimmung zwischen Willen und Erklärung verhindert, ist wesentlich.

Diese Kategorisierung der Irrtumsarten lag bereits dem Zürcher Privatrechtlichen Gesetzbuch von 1855 (§ 928) und dem etwas später entstandenen Dresdner Entwurf zu Grunde, der bei der japanischen Gesetzgebung eine wichtige Rolle spielte.[48] Hervorzuheben ist *Art. 64 des Dresdner Entwurfes von 1866* (vgl. Anhang IV), der besagt, dass ein Eigenschaftsirrtum zur Nichtigkeit des Vertrags führt, wenn die „irrig unterstellte" Eigenschaft nach objektiven Kriterien im Vertrage wichtig ist. Das entspricht in etwa der Regelung des Savignyschen „unächten, wesentlichen Irrtums".

3. Zitelmanns Lehre

Zitelmann kam in seiner psychologischen Studie über „Irrtum und Rechtsgeschäft" trotz ähnlicher Kategorisierungen zu etwas anderen Schlüssen als Savigny: Die Terminologie von „unächtem" und „wahrem" Irrtum wandelte Zitelmann in negative und positive Funktion des Irrtums um.[49] Er wollte damit ausdrücken, dass kraft des negativen Effektes des Nichtwissens eine bestimmte Rechtsfolge negiert werden müsse. Im Fall des Motivirrtums werde das Rechtsgeschäft daher nicht nichtig, sondern man könne positiv in einer „zweiten Stufe" höchstens die Rechtsfolgen eines Motivirrtums aufheben. Nach Zitelmann kann ein Motivirrtum ein Rechtsgeschäft schon deshalb nicht nichtig werden lassen, weil sich ein Rechtsgeschäft überhaupt nicht mittels Motiv definiere.[50] Daraus folgt nach Zitelmann, dass der Motivirrtum unbeachtlich ist.[51]

Zudem unterschied Zitelmann zwischen einem Irrtum über das eigene Tun und einem Irrtum über die Folgen des Tuns, die beachtlich sind, und grenzte diese vom unbeachtlichen Motivirrtum ab.[52]

---

[46] *Savigny*, Band III, 258.

[47] HKK-*Schermaier* §§ 119-122 N 53.

[48] BK-Schmidlin Vorbem. zu OR 23-27 N 30.

[49] *Zitelmann*, 345 ff.

[50] *Zitelmann*, 416.

[51] HKK-*Schermaier* §§ 119-122 N 58 mit weiterführenden Erörterungen, dass weder die gemeinhin angenommene Begründung des „Inhaltsirrtums" noch dass „der Eigenschaftsirrtum ein Motivirrtum sei", sich auf Zitelmann zurückführen liessen.

[52] *Zitelmann*, 357.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

4. Windscheids Lehre

Windscheid verbesserte schliesslich die Terminologie des „unächten" und „ächten" Irrtums und machte klar, dass nicht der Irrtum Grund für die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts sei, sondern die Tatsache, dass Willen und Erklärung eines Irrenden nicht übereinstimmten. Der Irrtum bewirke, dass etwas Ungewolltes als vermeintlicher Wille ausgedrückt werde.[53] Windscheid legte das Schwergewicht auf den Willen jedes Erklärenden und entsagte jedem Rechtsgeschäft seine Wirkung, wenn der Erklärende nicht seinen wirklichen Willen ausgedrückt oder sich seinem Willen entsprechend ausgedrückt habe.[54] Er mokierte sich bereits damals über die Strapazierung des „Bona fides-Prinzips"[55] und das angebliche Verkehrsschutzbedürfnis, das die Vertreter, die den Motivirrtum nicht anerkennen wollten, damals geltend machten, *weil „der Verkehr" nie Rechtsquelle sein könne.*[56]
Ein Motivirrtum war nach Windscheid ein Erklärungsirrtum und damit beachtlich.

Ein Irrtum über eine Person, Sache oder Rechtsfolge liegt ihm zufolge vor, wenn man sich über das Individualisierungsmerkmal nicht einig gewesen sei. Windscheid distanzierte sich damit neu von der Unterscheidung zwischen wesentlichen und unwesentlichen Eigenschaftsirrtümern. Welche Eigenschaften als wesentlich anzusehen seien, sei aufgrund des Römischen Rechts nicht bestimmbar, denn dieses bilde „nur" Fallgruppen.[57] Windscheid schliesst sich dann aber doch insoweit der Auffassung Savignys und der herrschenden Lehre an, als er meint, dass es immer auf die Verkehrsauffassung der Eigenschaft ankomme.[58]

Interessant und zugleich bezeichnend für die Schwierigkeit der Abgrenzungen von Motiv, Voraussetzung und Bedingung ist Windscheids etwas später entstandene „Voraussetzungslehre". Nach Windscheid ist eine „Voraussetzung" eine stillschweigende oder „unentwickelte Bedingung" der Willenserklärung. Falls die Voraussetzung nicht eintritt, wird zwar die Rechtswirkung der Willenserklärung nicht beeinträchtigt, aber dem „Enttäuschten" ein Recht auf Einrede oder Rückforderung „restitutio in integrum" ermöglicht. Zudem ist nicht „jede Absicht" der Willenserklärung relevant, sondern nur die so genannte „erste Absicht". Diese ist nach Windscheid der Zweck eines Rechtsgeschäfts, also die Absicht zu schenken oder eine Schuld zu tilgen oder bei eigener Leistung eine Gegenleistung zu erhalten. Als relevantes Motiv eines Rechtsgeschäfts könne somit

[53] *Windscheid*, Pandekten I, 223.
[54] *Windscheid*, AcP 63 (1880) 82.
[55] *Windscheid*, AcP 63 (1880) 79.
[56] *Windscheid*, AcP 63 (1880) 81.
[57] *Windscheid*, Pandekten I, 229.
[58] *Windscheid*, Pandekten I, 230 f., insb. Fn 9.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

nur diese „erste Absicht" und damit die Voraussetzung der Willenserklärung gelten. Zusätzliches Erfordernis für Windscheid ist die Erkennbarkeit der Bedeutung der fraglichen Voraussetzung für den Erklärungsgegner.[59]

5. Erste Irrtumsregelungen im Zeichen des Willensprinzips

Ganz im Zeichen des Willensprinzips der Pandektisten Savigny, Windscheid (er gehörte zu den Redaktoren des 1. Entwurfes des BGB [60]) und Zitelmann standen daher die Irrtumsregelungen des 1. Entwurfes zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich (1887), §§ 98 ff. BGB (vgl. Anhang II) und des alten Obligationenrechtes von 1881, Art. 19 ff. aOR (vgl. Anhang V). Beiden Irrtumsregelungen ist gemeinsam, dass ein Mangel an Übereinstimmung von wirklichem und erklärtem Willen zur Nichtigkeit führen sollte, sofern unter korrekten Vorstellungen die Willenserklärung nicht abgegeben worden wäre.

§ 102 des 1. Entwurfs des BGB und Art. 21 aOR erklärten zudem den Motivirrtum für unbeachtlich. Der Eigenschaftsirrtum gilt dabei in beiden Entwürfen als Motivirrtum. Präzisiert ergibt sich, dass nach den Motiven zum 1. Entwurf des BGB der Eigenschaftsirrtum als Motivirrtum niemals beachtlich sein könne[61] und dass nach Art. 19 Abs. 3 aOR ein Eigenschaftsirrtum wesentlich sei, wenn durch Fehlen einer Eigenschaft eine Sache einer anderen Gattung oder anderen Art von Gütern zugerechnet werden müsse. Das bedeutete, dass sich im schweizerischen Recht bereits Ausnahmen von der Regel der Unbeachtlichkeit des Motivirrtums abzeichneten.

6. Entwicklung hin zu den geltenden Irrtumsregelungen

Die Entwicklung der geltenden Irrtumsregelungen war geprägt von der Diskussion um die Willens- und die Erklärungstheorie, wobei letztere verschiedene Formen angenommen hatte.[62] So etablierte sich das „Erklärungsprinzip" im schweizerischen Recht als Lehre des „Vertrauensprinzips".[63]

---

[59] *Windscheid*, Pandekten I, 206, 281.

[60] *Wieacker*, 467, 473.

[61] *Mugdan* I, 462 (Motive, 199).

[62] Zum Ganzen *Schwab*, 77 ff.

[63] Grundlegend für das Vertrauensprinzip und gegen eine Irrtumsregelung, die auf der Willenstheorie beruht, trat Simonius, FG Goetzinger, 253 ff., ein; heute ist dieses Problem überholt, und man geht zweistufig vor: normativer Konsens nach Vertrauensprinzip und dann erst einseitige Irrtumsungültigkeit. Niemand fordert mehr, die Irrtumsberufung auf die erkennbaren Irrtümer einzuschränken (BK-Schmidlin Vorb. OR 23-27 N 45 ff., ders., ZSR 87 (1970) 241 ff.).

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

a) Entwicklung hin zu Art. 23f. OR

In der schweizerischen Lehre bewirkte das Erklärungsprinzip, dass man die Ausnahmeregelung von Art. 19 Abs. 3 aOR (Anhang V) noch als zu wenig weitgehend empfand, weil die Anfechtbarkeit nur Irrtumsfälle in Bezug auf gattungsmässig entscheidende Eigenschaften eines Gutes betraf.[64] AArt. 19 Abs. 3 OR wurde aber auch gestrichen, weil diese Bestimmung in der Praxis mit der Sachgewährleistungsregelung kollidierte.[65] Der schweizerische Gesetzgeber entschloss sich daher in der Folge zu einer Anlehnung an die bereits erwähnte Windscheidsche Voraussetzungslehre.[66]

Eugen Huber schuf schliesslich auf Anregung von Max Rümelin mit Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR erstmals eine Irrtumsregelung für (alle möglichen) Geschäftsgrundlagen.[67] Es sollte eine möglichst „allgemein gehaltene" Formulierung gefunden werden, die dem Richter Spielraum lassen würde. Erfasst sollte der Irrtum über die Eigenschaften einer Person oder über die wesentlichen Eigenschaften einer Sache sein. Die in aArt. 19-21 OR geregelten Irrtumsfälle wurden daher im neuen Art. 24 OR zu Gunsten eines beispielhaften Kataloges von „wesentlichen Irrtumsfällen" zusammengezogen. Besonders hervorzuheben ist, dass der Irrtum über die Zahlungsunfähigkeit der anderen Partei (aArt. 21 OR) gestrichen wurde, weil gerade diese Eigenschaft bei einer grossen Anzahl Verträge Vertragsgrundlage sei.[68] Der Gesetzgeber war sich bereits bewusst, dass die Grenzen zwischen Grundlagenirrtum und unbeachtlichem Motivirrtum nicht immer eindeutig verlaufen.[69]

Abschliessend ist festzuhalten, dass sich mit den geltenden Regelungen von Art. 23f. OR, wonach jeder „wesentliche Irrtum" zur Vertragsungültigkeit führt (sofern es der Irrende möchte) und jeder Motivirrtum grundsätzlich unbeachtlich ist, das Willensprinzip innerhalb der Irrtumsregelung bis zuletzt durchsetzen konnte.[70]

b) Entwicklung hin zu § 119 BGB

Der 1. Entwurf zum BGB von 1887 stiess bekanntlich auf heftige Kritik.[71] Daher wurde eine zweite Kommission eingesetzt, die einen 2. Entwurf zum BGB vorlegte. Die zweite Kommission wollte dabei von Savignys „unäch-

---

[64] *Kramer*, Vertragliche Einigung, 112; *Gmür*, 156.

[65] Amtliches stenographisches Bulletin der schweizerischen Bundesversammlung, Ständerat vom 13.6.1910, 21 ff., 163.

[66] *Kramer*, Vertragliche Einigung, 112.

[67] *Gmür*, 156 m.w.H. insb. in Fn 17.

[68] Amtliches Bulletin Ständerat (Fn 147),163.

[69] Amtliches Bulletin Ständerat (Fn 147),163.

[70] *Kramer*, Vertragliche Einigung, 112 ff., 203 f.

[71] *Wieacker*, 470.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

tem Irrtum" Abstand nehmen,[72] so dass § 94 des 2. Entwurfs zum Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich von 1891 (vgl. Anhang VI) ganz im Sinne der Lehre Zitelmanns nur den Inhalts- und den Erklärungsirrtum als beachtliche Irrtumsarten erfasste.[73] Der Inhaltsirrtum sollte dabei die Gerichte vom Erforschen des „wirklichen Willens" befreien, indem er als „Sachverhaltsirrtum" aufgefasst wurde, der Sachverhalte (wörtlich nach § 94: „*Sachlagen*") betrifft, die juristisch zum Inhalt des Rechtsgeschäfts geworden sind. Damit wurden die ausnahmsweise beachtlichen Irrtumsarten nach einem objektiven und subjektiven Wesentlichkeitskriterium allgemein geregelt.[74] Im Übrigen sollte der Lehre und Praxis überlassen werden zu bestimmen, welche Sachverhaltsirrtümer für beachtlich erklärt werden.[75]

Deshalb wurde auch der unbeachtliche Motivirrtum nicht mehr erwähnt. Es sollte sich aus dem „Geschäftsinhalt" bestimmen, ob ein Motivirrtum bzw. eine Eigenschaft beachtlich sein kann.[76] Diese Irrtumsregelung des zweiten Entwurfes von 1891 trat inhaltlich unverändert am 1.1.1900 als § 119 BGB in Kraft.

7. Zusammenfassende Würdigung

Die geltenden deutschen und schweizerischen Irrtumsregelungen haben durch Savigny und die Pandektisten Zitelmann und Windscheid eine gemeinsame theoretische Grundlage. Ausgehend von der Unterscheidung zwischen Wille und Erklärung, dann aufbauend auf dem natürlichen Zusammenhang zwischen Willen und Erklärung, erklärte Savigny das Nichtübereinstimmen von Willen und Erklärung (Erklärungsirrtum) zum Nichtigkeitsgrund. Fehlt dagegen ein Auseinanderklaffen von Wille und Erklärung, so ist dies psychologisch, tatsächlich und juristisch irrelevant. Das war und ist der Grund, warum ein Motivirrtum grundsätzlich als irrelevant angesehen wird. Mit anderen Worten: Damals galt der Vorrang des Willens.

Der erste Entwurf zum BGB von 1888, insb. § 98, der auch von den japanischen Gesetzgebern konsultiert wurde, stand noch klar im Zeichen des Willensprinzips. Die damalige Irrtumsregelung des schweizerischen Rechts wies mit Art. 19 Abs. 3 aOR von 1881 (vgl. Anhang V) bereits eine Bestimmung auf, die einen Einbruch in die willenstheoretische Unwesentlichkeit des Motivirrtums bedeutete.

Der 2. Entwurf zum BGB von 1899, insb. § 94, suchte dagegen erfolgreich den Ausgleich zwischen Erklärungs- und Willensprinzip: Die gelten-

[72] *Schermaier*, 681.
[73] *Schwab*, 93.
[74] *Schermaier*, 684, 689.
[75] Prot. I 246; *Schermaier*, 681 f.; *Schwab*, 98 ff.
[76] *Schermaier*, 682.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

de deutsche Lösung, die inhaltlich nicht mehr von derjenigen des 2. Entwurfes abwich, wird als „undogmatisch" und „pragmatisch" bezeichnet.[77] Man könnte aber genauso berechtigt von „unklar" sprechen, denn bei der ersten Lektüre von § 119 BGB springt die Einteilung von Inhalts- und Erklärungsirrtum ins Auge, und in § 119 Abs. 2 BGB wird der Eigenschaftsirrtum als Inhaltsirrtum bezeichnet, so dass unklar ist, ob es sich bei diesem um einen Erklärungs- oder einen Motivirrtum handelt. In der heutigen Lehre herrscht allerdings die Meinung vor, dass der deutsche Gesetzgeber in jedem Fall einen bewussten Entscheid gegen den „Motivirrtum" getroffen habe.[78]

Die geltende schweizerische Irrtumsregelung nach Art. 23f. OR ist im Gegensatz zur älteren nach aArt. 19-21 OR schlanker, offener und regelt mit Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR neu erstmals einen Irrtum in der Geschäftsgrundlage. Leider hat aber der schweizerische Gesetzgeber die Dichotomie zwischen Motiv- und Erklärungsirrtum nicht überwinden können.

Abschliessend kann festgehalten werden, dass weder die schweizerische noch die deutsche Irrtumsregelung die Savignysche Dichotomie in ihrer ursprünglichen Form aufweist und beide Irrtumsregelungen davon ausgehen, dass auf Irrenden und Erklärungsempfänger ungefähr gleichermassen Rücksicht genommen werden muss.[79]

[77] *Kramer*, Irrtum int., N 20 ff.; *Schwab*, 105.
[78] *Lorenz*, 280 f.; *Wiegand* D., 43 ff., 147.
[79] BK-*Schmidlin* Vorbem. OR 23-27, N 62.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

§ 3 Zusammenfassende rechtsvergleichende Ergebnisse (Kapitel 1)

1.) Die Zivilrechtsgeschichte des 19. Jahrhunderts ist in allen Rechtsordnungen geprägt von Kodifikationsprozessen.

2.) Während der deutsche bzw. schweizerische Kodifikationsprozess wesentlich geprägt war von der Staatenbildung Deutschlands und der Schweiz, handelt es sich in Japan um einen Prozess, der durch eine konkrete „äussere Zwangslage" (dringende Lösung von unvorteilhaften Staatsverträgen mit den westlichen Mächten) bestimmt war. Japan war damals bereits konstituiert, das Privatrecht jedoch nicht vereinheitlicht.

3.) Der japanische Kodifikationsprozess führte die japanischen Rechtswissenschaftler und Gesetzesväter nach Europa und umgekehrt europäische Gelehrte nach Japan, weil sie sich von einer westlich geprägten Kodifikation die Lösung von den erwähnten Staatsverträgen erhofften. Das führte zu einer intensiven Aneignung von europäischen Rechtsquellen.

4.) Inhaltlich „zirkulierten" in allen drei Kodifikationsprozessen die Regelungen des Dresdner Entwurfs (1866), des privatrechtlichen Gesetzbuchs für den Kanton Zürich (1853) und des 1. Entwurfs zum BGB (1888). Sie wurden wechselseitig zu Rate gezogen, so dass das Schuldrecht der geltenden Zivilrechtskodifikationen in allen drei Rechtsordnungen als pandektisch bezeichnet werden können.

5.) Die Rezeptionsgeschichte des japanischen Irrtumsrechts und die deutsch-schweizerische Irrtumsgeschichte zeigen, dass sich die Irrtumsregelungen der drei geltenden Zivilrechtskodifikationen auf diese gleichen historischen Grundlagen bis zurück zu den Regelungen des römischen Irrtumsrechts verfolgen lassen.

6.) Der wesentliche Unterschied in der japanischen und der deutsch-schweizerischen Geschichte des Irrtumsrechts liegt darin, dass die japanischen Kodifikationsväter zahlreiche unterschiedliche Irrtumsregelungen aus der ganzen Welt konsultierten, wobei sie sich insbesondere die euro-

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

päischen Irrtumsregelungen des damals bereits bestehenden Code civil und des Common Law vornahmen. Die deutschen und schweizerischen Gesetzgeber konzentrierten sich dagegen vorab auf die erwähnten drei deutschsprachigen Regelungswerke sowie den Code civil. Sie konsultierten jedenfalls keine japanischen oder andere asiatischen Regelungswerke.

So verhält es sich noch heute.

7.) Im Unterschied zur deutsch-schweizerischen Irrtumsgeschichte war der französische Einfluss im japanischen Irrtumsrecht zunächst erheblich: Die erste ernst zu nehmende japanische Irrtumsregelung gehörte dem Kyû Minpô, dem alten Minpô von 1890, an, die aus der Feder von Gustave Boissonade, einem französischen Rechtsgelehrten, stammte. Sie lehnte sich daher an die Irrtumsregelung des Code civil an. Entsprechend umfasste sie einen ausführlichen Irrtumskatalog und differenzierte Regelungen zum Eigenschafts- und Identitätsirrtum (Art. 309 ff. Kyû Minpô). Diese Regelungen sind zwar nie in Kraft getreten, doch bestimmten sie sowie die Gründe, warum sie nicht übernommen werden sollten, bei den japanischen Gesetzgebern den Diskursinhalt.

8.) Ein französischer Einfluss auf die geltende japanische Irrtumsregelung (Art. 95 Minpô) kann in der Nichtigkeitsfolge gesehen werden, allerdings sah auch der für die definitive Fassung wichtige § 98 des 1. Entwurfes zum Gesetzbuch des Deutschen Reiches diese Nichtigkeitsfolge vor.

9.) Tatsache ist, dass in der aktuellen japanischen Irrtumslehre noch französischer Einfluss zu erkennen ist, worauf im 2. Kapitel unter dem Titel der „Irrtumslehre von Morita" eingegangen wird.

10.) Tatsache ist ferner, dass heute noch in allen drei Rechtsordnungen aus dem europäischen Rechtsraum rezipiert wird.

Wenn daher beispielsweise in der Schweiz heute noch keine systematischen Regelungen zum Verbraucherschutz im Vertragsrecht legiferiert sind, so darf aufgrund der bisherigen intensiven Theorienrezeption aus dem deutschen Schuldrecht angenommen werden, dass es künftig zu einer gewissen „Modernisierung des Obligationenrechts" kommen wird.

11.) In der konkreten Ausgestaltung unterscheiden sich die geltenden drei Irrtumsregelungen erheblich voneinander: Der japanische Gesetzgeber hat sich für eine Regelung mit reiner Generalklausel entschieden. Die deutschen Gesetzgeber im Grundsatz ebenfalls, wobei sie eine Unterteilung in

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Erklärungs- und Inhaltsirrtum vorgenommen haben. Der schweizerische Gesetzgeber hat sich dagegen für einen Kompromiss – eine Generalklausel mit beispielhaftem Irrtumskatalog – entschieden.

12.) Alle drei geltenden Irrtumsregelungen basieren inhaltlich jedoch auf der pandektistischen Dichotomie vom relevanten Erklärungsirrtum und dem irrelevanten Motivirrtum.

13.) Interessant ist, dass alle drei Irrtumsrechte sich bis heute nicht von dieser Dichotomie lösen konnten, obschon ein Teil der Lehre dies in Japan, Deutschland und in der Schweiz seit langem fordert, der einheitliche „Sachverhaltsirrtum" etwa im österreichischen Recht (§ 871 ABGB) seit langem existiert und heute neuere Regelungen des Irrtumsrechts in Europa (Art. 3.5 UP, 4:103 PECL) auf die Unterscheidung von Motiv- und Erklärungsirrtum bewusst verzichtet haben.[1]

[1] *Kramer*, Irrtum int., 44 m.w.H.; Principles of European Contract Law (PECL), The Commission on European Contract Law, Parts I and II, combined and revised, *Ole Lando/Hugh Bale* (ed.), 2000, Hague; Teil 1 auf Deutsch bereits 1995, ZEuP 1995, 864 ff.; UP in deutscher Fassung in ZEuP 1997, 891 ff.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Zweites Kapitel:

„Yôso no sakugo", „ausnahmsweise beachtlicher Motivirrtum" und „Grundlagenirrtum"

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

§ 4 Japanisches Recht: „Yôso no sakugo" nach Art. 95 Minpô

A. Entwicklung des geltenden japanischen Irrtumsrechts

1. Ausgangslage

Hält man sich die bewegte Entstehungsgeschichte des japanischen Irrtumsrechts seit der Meiji-Zeit und die unterschiedlichen theoretischen Vorlagen der japanischen Gesetzgebung vom römischen bzw. französischen bis zum deutschen Irrtumsrecht nochmals vor Augen und bedenkt, dass es nun gilt, eine Generalklausel („wesentliches Element des Rechtsgeschäfts") mit Inhalten zu füllen, so erstaunt es wenig, dass das japanische Irrtumsrecht bis heute verschiedenen, teils wiederkehrenden theoretischen und praktischen Erklärungsversuchen Raum bietet. Da ausserdem die Lehre im Vergleich zur Rechtsprechung im japanischen Recht eine sehr grosse Bedeutung hat, wird im Folgenden auf den Inhalt der Irrtumstheorien, die bis heute vertreten werden, und die parallele Entwicklung in der Rechtsprechung mehr oder weniger chronologisch eingegangen. Der Motivirrtum und die diesbezüglichen Streitpunkte stehen dabei im Vordergrund.

2. Lehre, unmittelbar nach dem Inkrafttreten des Minpô

In der Zeit unmittelbar nach Inkrafttreten des Art. 95 Minpô stand grundsätzlich einmal – ganz im Sinne der Gesetzgeber[1] – fest, dass ein Irrtum nur dann vorliege, wenn der Wille und die Erklärung einer Vertragspartei nicht übereinstimmten. Aus dieser Irrtumsdefinition folgte, dass der Motivirrtum, bei dem Wille und Erklärung eben gerade nicht divergierten, im Gegensatz zum Erklärungsirrtum kein Irrtum im Sinne von Art. 95 Minpô sei.[2]

So lag denn auch nach der frühen Rechtsprechung[3] ein „wesentliches Element des Rechtsgeschäfts" nur dann vor, wenn aufgrund eines Irrtums

---

[1] *Morita*, 100 Jahre Minpô, 150.

[2] Diese Auffassung vertraten namhafte Gelehrte wie der Gesetzgeber *Ume* und *Okamatsu*, ein Schüler des Gesetzgebers *Tomii*; *Nômura*, Minpô Hyakusen I, 44 f.

[3] Im Urteil vom 19.12.1905, in Minroku 11, 1784 ff., ging es um die Klage der Bank B auf Erfüllung einer Bürgschaftsschuld des A. Die Bank B machte insofern einen Mo-

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

eine „Voraussetzung" des Vertrags (Yôken, 要件) nicht erfüllt war. Gemeint war damit nichts anderes, als dass nur der Vertragsgegenstand, der Vertragsgrund oder die Vertragspartei als „wesentliche Elemente des Rechtsgeschäfts" gelten und zur Ungültigkeit des Vertrags führen sollten.[4]

3. Einfluss von Tomiis Lehre

a) Tomiis Lehre

Kurz darauf stellte der Gesetzesverfasser Tomii in seinem Grundriss zum Zivilrecht von 1903 seine Irrtumslehre dar, in der er zwischen Irrtum bei der „Willensäusserung" (Versprecher, Verschreiber etc.) und Irrtum betreffend den „Inhalt der Willenklärung" unterschied.

Ausgehend davon, dass eine Unterscheidung zwischen Motiv- und Erklärungsirrtum schwierig war, suchte Tomii nach einem anderen Unterscheidungskriterium. Der Begriff des „Irrtums, der den Inhalt der Willenserklärung" betrifft, leitete er dabei von der deutschen Lehre ab, die sich auf das psychologische Unterscheidungskriterium Zitelmanns stützte.[5]

Damit war nicht nur der Ausdruck „Inhalt der Willenserklärung",[6] der in der Folge grosse Bedeutung haben sollte, erstmals erwähnt, sondern damit läutete Tomii nach herrschender Lehre die Rezeption der deutschen Irrtumstheorien ein.[7]

Der Irrtum im Erklärungsinhalt beruhte für Tomii auf einem vom Willen abweichenden[8] Faktum, und das „wesentliche Element des Rechtsge-

---

tivirrtum bei Abschluss des Bürgschaftsvertrags geltend, dass sie den Bürgschaftsvertrag nicht eingegangen wäre, wenn sie sich des fehlenden Sicherungsgegenstandes (Pfandes), vorliegend der 225 Einheiten Seidenkokons, bewusst gewesen wäre. Der Beklagte entgegnete, dass es beliebig viele Beweggründe (縁因, enyu) gebe, einen Bürgschaftsvertrag abzuschliessen und nicht alle Vertragsgrundlage (原因, genin) und damit Vertragsinhalt werden. Damit ein Irrtum über das Rechtsgeschäft relevant sein könne, müsse selbstverständlich ein Mangel im Willen vorliegen, daraus aber schon auf einen „Irrtum im wesentlichen Element des Rechtsgeschäfts" schliessen zu wollen, könne nicht angehen. Selbst wenn der Vereinbarung der Parteien ein Motiv zu Grunde gelegen hätte, das vorliegend als „wesentliches Element des Rechtsgeschäfts" beurteilt werden könnte, so müsse der Fall an die Vorinstanz zurückgewiesen werden. Das Gericht befand, dass falls das dem Vertragsschluss zu Grunde liegende Motiv zum Gegenstand einer „Voraussetzung" (yôken) des Bürgschaftsvertrags gemacht worden wäre, der Bürgschaftsvertrag für ungültig erklärt werden könnte. Sei jedoch keine solche „besondere Willenserklärung" abgegeben worden, so könne ein Motivirrtum nicht anerkannt werden. Mit anderen Worten: Das Gericht schloss eine Nichtigkeit wegen Motivirrtums nicht grundsätzlich aus.

Nakamatsu, 392 m.w.H. auf entsprechende Urteile des Daishin'in.

[4] Die Anlehnung an Irrtumsfälle von Art. 309 Abs. 1 Kyû Minpô ist offensichtlich.

[5] *Tomii*, 437 ff.; *Nakamatsu*, 395.

[6] 意思表示の内容 (ishi hyôji no naiyô).

[7] *Nakamatsu*, 395.

[8] 意思欠缺 (ishi kenketsu).

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

schäfts" war ein wichtiger Teil dieses Erklärungsinhalts. Damit konnte jedes erklärte, vom Willen abweichende Faktum über ein wesentliches Element des erklärten Rechtsgeschäfts zu einem Irrtum im Sinne von Art. 95 Minpô führen.

Massgebend für die „Wesentlichkeit" des fehlerhaften Erklärungsinhalts war, dass sowohl der Erklärende als auch ein beliebiger Dritter die Willenserklärung nicht abgegeben hätten, wenn sie sich des Irrtums bewusst gewesen wären. Das bedeutete für Tomii, dass der fragliche Erklärungsinhalt niemals abstrakt, sondern nur durch Auslegung der Parteierklärungen bestimmt werden konnte. Damit stand theoretisch der Weg für die Anerkennung des Motivirrtums offen, sofern dieser „Gegenstand des Willenserklärungsinhalts" war und die erwähnten subjektiven und objektiven Kausalitätsvoraussetzungen erfüllt waren.[9]

b) Lehre „der getrennten Behandlung"

Sei es, dass der Motivirrtum im Ausnahmefall anerkannt wurde oder nicht, in den ersten drei bis vier Jahrzehnten seit Inkrafttreten des Minpô wurden in der Lehre und Rechtsprechung der Motiv- und der Erklärungsirrtum aufgrund ihrer Andersartigkeit rechtlich unterschiedlich behandelt.

Diese Tatsache, dass der Erklärungsirrtum unter Art. 95 Minpô subsumiert wurde und der Motivirrtum nicht, bezeichnet die Lehre als „Lehre der getrennten Behandlung" der Irrtümer (二元的構成 nigenteki kôsei).[10] Diese Zweiteilung der Irrtumsarten beruhte auf der traditionellen Unterteilung der Willenserklärungen in solche „fehlenden Willens" und in solche „mit Mangel":

Zur ersten Gruppe gehörten, wie schon erwähnt, entsprechend dem Begriff des „fehlenden Willens" nach Art. 101 Minpô der Irrtum, die Scheinerklärung und die Mentalreservation[11] und zur Gruppe der „Willenserklärungen mit Mangel" gehörten die Täuschung und die Drohung. Da der Motivirrtum keine Divergenz zwischen Willen und Erklärung darstellte, d.h. keine Willenserklärung „fehlenden Willens" war, wurde er von den Vertretern des „Systems der getrennten Behandlung" der Irrtümer zur Gruppe der „Willenserklärungen mit Mangel" gezählt. Der Motivirrtum wurde deshalb nach dem System „der getrennten Behandlung" nicht unter die Generalklausel von Art. 95 Minpô subsumiert.

---

[9] *Wagatsuma*, Minpô, 297; im Urteil vom 17.11.1910, in Minroku 16, 779 ff., liess das Daishin'in zwar eine Geltendmachung des Motivirrtums eines Grundstückkaufvertrags nicht zu, doch wurde erwogen, dass das Wissen darum, wie der Verkäufer das Grundstück erworben hatte, den Käufer in seinem Kaufentscheid beeinflusst hätte. Damit hat das oberste Gericht diese Vorgeschichte erstens als Motiv des Vertragsschlusses und zweitens als Gegenstand eines Irrtums, nämlich eines Motivirrtums, gewürdigt.

[10] *Yamamoto*, Minpô, 162 ff.; *Ômura*, 53; *Kobayashi*, Minpô no Sôten, 50 f.

[11] *Isômura*, Minpô, 38.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

c) Rechtsprechung

Aufgrund Tomiis Lehre und trotz des Systems „der getrennten Behandlung der Irrtümer" folgte in der Rechtsprechung eine Phase, in welcher der „Motivirrtum" regelmässig anerkannt wurde, sofern das Motiv, über das sich der Erklärende geirrt hatte, Gegenstand des (Willens)erklärungsinhalts war und es damit zu einem „wesentlichen Element des Rechtsgeschäfts" werden konnte.

aa. Zum Motivirrtum

Das massgebende, viel zitierte Urteil des Daishin'in stammte vom 15.12. 1914 (Minroku 20, 1101 ff.) und handelte von der Errichtung einer so genannten Ne-Hypothek (heute Art. 395 ff. Minpô, damals gab es noch keine gesetzliche Regelung), die auf einen Höchstbetrag für verschiedene, auch in Zukunft entstehende Forderungen bestellt worden ist. Der Pfandgläubiger hatte den Wert des Grundstücks des Pfandbestellers von tatsächlich 700 Yen auf irrtümlich 1500 Yen geschätzt und daher einen auf den Höchstbetrag von 1500 Yen lautenden Pfandvertrag abgeschlossen. Hätte er gewusst, dass der Wert des Grundstücks bloss 700 Yen war, so wäre er den Pfandvertrag nicht eingegangen. Das Daishin'in liess in diesem Fall eine Nichtigkeit des Vertrags wegen Irrtums nach Art. 95 Minpô mit der Erwägung zu, dass ein Irrtum über einen wesentlichen Faktor des Rechtsgeschäfts gemäss Art. 95 Minpô normalerweise dann vorliege, wenn „zwischen dem beabsichtigten, inneren Geschäftswillen und dem zum Inhalt der Willenserklärung gewordenen, erklärten Geschäftswillen eine unbemerkte Inkongruenz liege". Der Inhalt der Willenserklärung könne allerdings nicht allgemein bestimmt werden, sondern müsse für jede Erklärung konkret ausgemacht werden. Weiter führte das Gericht aus, dass in der Regel „Tatsachen", wie der tatsächliche, statt der angenommene Wert des Grundstücks, unbeachtliche Motive seien, diese aber, wenn der Erklärende sie zum Inhalt seiner Willenserklärung gemacht und entsprechend seinen Willen geäussert habe, selbst stillschweigend zum Inhalt der Willenserklärung werden. So verstanden, könne selbst der Irrtum über den Wert einer Sache zum Inhalt der Willenserklärung und damit Gegenstand eines wesentlichen Irrtums werden. Begründet wird die Anerkennung des Irrtums in diesem Entscheid damit, dass der Erklärende die Willenserklärung nicht abgegeben hätte, wenn er sich des Umstandes (seines Irrens) bewusst gewesen wäre. Damit bestimme sich zunächst nach dem Willen des Erklärenden, ob ein wesentlicher Faktor des Rechtsgeschäfts vom Irrtum betroffen sei. Weiter wurde erwogen, das falls lediglich auf den Willen des Erklärenden abgestellt werde, ein Rechtsgeschäft aus allzu „vielen, geringen" Gründen für nichtig erklärt werden könne, so dass man abstrahieren, also überlegen müsse, ob ein beliebiger (allgemeiner) Erklärender

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

bei gleichem Irrtum das Rechtsgeschäft ebenfalls nicht eingegangen wäre.[12]

Obschon der Begriff „Motivirrtum" in diesem Urteil nicht direkt erwähnt wird, sondern vom falschen „Beweggrund" (誤由, enyu), der zu keinem wesentlichen Irrtum des Rechtsgeschäfts führe, die Rede ist, beginnt mit diesem Urteil die Anerkennung des „Motivirrtums" in der japanischen Irrtumslehre.[13]

Bemerkenswert an diesem Urteil ist, dass das Motiv sowohl ausdrücklich als auch stillschweigend zum Gegenstand der Willenserklärung gemacht werden kann, womit der Gegenstand des Motivs erheblich ausgeweitet wird. Überdies zeichnen sich in diesem Urteil schon ganz im Sinne von Tomiis Lehre subjektive und objektive Kausalitätskriterien ab[14], weil das Urteil die „Wesentlichkeit" des Irrtums einerseits nach Massgabe des Willens des Erklärenden und andererseits nach Massgabe des Willens eines beliebigen Dritten beurteilt.[15] Diese Rechtsprechung des Daishin'in zur ausnahmsweisen Anerkennung des Motivirrtums wurde in dessen anschliessenden Urteilen regelmässig, fast formelartig, bestätigt, was allerdings keineswegs bedeutete, dass der Motivirrtums auch immer anerkannt wurde.[16]

bb. Zum Eigenschaftsirrtum

Schon den japanischen Gesetzgebern war klar, dass der „Eigenschaftsirrtum" nichts anderes als ein Motivirrtum ist.[17]

Dieser Auffassung folgte das Daishin'in, wenn es in einem Urteil[18] erklärte, dass eine erwünschte Eigenschaft einer Sache nur ein Motiv des Rechtsgeschäfts sei, so dass ein Eigenschaftsirrtum keinen Grund für die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts darstelle. Anders könne es sich nur verhalten, wenn der Erklärende klar formuliert habe, dass er ohne die erwünschte Eigenschaft den Vertrag nicht einzugehen wünsche und sich diese aus seiner Willenserklärung ergebe. In einem solchen Fall soll auch die Eigenschaft als ein „wesentliches Element des Rechtsgeschäfts" anerkannt werden und ein entsprechender Irrtum zur Nichtigkeit führen.

---

[12] Statt vieler *Morita*, 100 Jahre Minpô, 167 ff.

[13] *Uchida*, 65.

[14] *Yamamoto*, Minpô, 183 ff., der in diesem Zusammenhang sogar von einer Kausalitätslehre (因果関係説, Inga kankei setsu) spricht, die er der später zu behandelnden Lehre des Vereinbarungsgrunds (合意原因説, Gôi gen'in setsu) entgegenstellt.

[15] *Yamamoto*, Minpô, 184.

[16] Urteile vom 5.7.1916 (Minroku 22, 1325 ff.) und vom 14.12.1917 (Minroku 23, 211 ff.), vom 5.4.1918 (Minroku 24, 539 ff.), vom 16.12.1919 (Minroku 25, 2316 ff.).

[17] *Tomii*, 444; *Kobayashi*, 174; *Kinagawa*, Saiken ron, 123; *Yamamoto*, Minpô, 160;

[18] Im Urteil vom 24.2.1917 (Minroku 23, 284 ff.) ging es um die Eigenschaft der „Fruchtbarkeit bzw. Trächtigkeit" einer Stute, die Gegenstand des Kaufvertrags war.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

In einem etwas späteren Urteil vom 15.12.1921, in Minroku 27, 2160 ff., in dem die gekaufte Maschine nicht wie vereinbart mit dreiphasigem Wechselstrom funktionierte und nicht 130 PS aufwies, sondern nur 30-70 PS, wie sich nach einer kurzen Ingebrauchnahme erwiesen hatte, wurde die erwähnte Rechtsprechung bestätigt und ein wesentlicher Irrtum aufgrund einer fehlenden Eigenschaft nach Art. 95 Minpô anerkannt.

d) Würdigung

Zusammenfassend lässt sich für die Irrtumslehre und Rechtsprechung der ersten Jahrzehnte nach dem Inkrafttreten des Minpô festhalten, dass aufgrund der Absichten des Gesetzesverfassers Tomii und der anschliessend aufgekommenen Lehre der „getrennten Behandlung der Irrtümer" der Motivirrtum nicht unter die Generalklausel von Art. 95 Minpô subsumiert werden sollte.

Nachdem Tomii seine Irrtumslehre vom „Inhalt der Willenserklärung" eingeführt hatte, lässt sich sagen, dass es in den ersten drei Jahrzehnten nach der Inkraftsetzung des Minpô unter bestimmten Voraussetzungen zu einer ausnahmsweisen Anerkennung des Motivirrtums kommen konnte, nämlich dann, wenn das Motiv zum Erklärungsinhalt der Willenserklärung geworden war.

4. Objektivierungstendenzen in der Irrtumstheorie

a) So genannte Objektivierungstendenzen

Nach Nakamatsu[19] wurde, gestützt auf die Lehren Hatoyamas (und an dessen Anschluss Wagatsuma[20]) und Suginoharas und im Hinblick auf die grössere Betonung des Vertrauensschutzes des Erklärungsempfängers, die Auslegung dieses „Willenserklärungsinhalts" zunehmend objektiviert. Gemeint war damit, dass die Willenserklärung nach Massgabe eines vernünftigen Durchschnittsmenschen und möglichst objektiv ausgelegt werden sollte.[21] Entsprechend musste auch einem Durchschnittsmenschen das Motiv, das Teil des Erklärungsinhalts war, erkennbar sein. Beispielsweise wäre der Einkauf auf dem Biobauernhof ein solcher Fall: Jedem durchschnittlichen Verkäufer dürfte es aufgrund der Umstände klar sein, dass der Käufer biologische und nicht billige Ware kaufen will.

Diese objektivierte Auslegungstheorie hatte Einfluss auf die Irrtumstheorie, indem im Zuge der Objektivierung jede Erklärung auch dahingehend

[19] *Nakamatsu*, 401 f.

[20] Es lässt sich sagen, dass Wagatsuma (1923) mit seiner Lehre zur Objektivierung der Auslegung der Willenserklärung, die auf der Lehre von Danz und Tietze beruhte, eine wichtige theoretische Grundlage für die Anerkennung des Motivirrtums als Erklärungsinhalt lieferte.

[21] *Nakamatsu*, 401 f.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

ausgelegt werden sollte, ob sich das Motiv des Erklärenden auch für den Erklärungsempfänger erkennen liess oder nicht.

Damit kam auch die Voraussetzung *„der Erkennbarkeit"* (認識可能性, ninshiki kanôsei) in der japanischen Irrtumslehre auf: War das Motiv des Irrenden für den Erklärungsempfänger erkennbar, so bedeutete dies, dass sich der Irrende grundsätzlich auf seinen Motivirrtum berufen konnte. War das Motiv dagegen umgekehrt für den Erklärungsempfänger nicht erkennbar, durfte die Irrtumsungültigkeit nicht geltend gemacht werden, denn das „gerechte" Vertrauen des Erklärungsempfängers würde geschädigt.[22]

Erkannte der Erklärungsempfänger das Motiv des Irrenden und liess er diesen bewusst in seinem falschen Glauben, so ist der Erklärungsempfänger „bösgläubig" und die Grenze zur absichtlichen Täuschung durch Unterlassen nach Art. 96 Minpô ist überschritten.

b) „Lehre der Motiverklärung"

Die „Lehre der Motiverklärung" (動機表示説, dôki hyôji setsu) Wagatsumas besagt, dass, falls das Motiv mit der Willenserklärung ausgedrückt worden sei, es beachtet werden könne.[23] Im Gegensatz zur bisherigen Lehre, die den Motivirrtum ausnahmsweise bei entsprechendem Willenserklärungsinhalt der gegenseitigen Willenserklärungen beachtete, sollte es für die Anerkennung des Motivirrtums ausreichen, wenn sich aufgrund einer objektiven Auslegung der Erklärung des Irrenden das Motiv erkennen liesse. Das bedeutete, dass das Motiv durchaus *auch stillschweigend ausgedrückt* werden konnte.[24] War das Motiv erst einmal ausgedrückt, liess sich auch der Motivirrtum in das Schema der Inkongruenz von Willen und Erklärung einordnen.

Aus diesem Prinzip der Motiverklärung leitet sich die später zu erörternde aktuelle Irrtumslehre der zu Grunde liegenden Vereinbarung („Gôi Shugi") ab.[25]

c) Würdigung

Die zunehmenden Objektivierungstendenzen in der Auslegung von Willenserklärungen hätten nicht unbedingt zu einer Anerkennung des Motivirrtums führen müssen. Es liesse sich nämlich durchaus argumentieren,

---

[22] *Yamamoto*, 169 f.

[23] *Wagatsuma*, 297; *Nakamatsu*, 404 f.

[24] *Yamamoto*, Minpô, 165 f. Bedenkt man, dass auch „stillschweigend Erklärtes" zum Willenserklärungsinhalt werden konnte (vgl. oben Wiedergegebenes zu Minroku 20, 1101 f.), so wird die Abgrenzung zu „stillschweigend erklären" und „objektivem Erkennenkönnen" m.E. höchst schwierig; vgl. auch Fn 113 zum höchstrichterlichen Urteil vom 14.9.1989, Minshû 4-102-488.

[25] *Yamamoto*, Minpô, 166.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

dass aufgrund einer objektiven Auslegung der Willenserklärung alle Motive gerade wegen ihrer Subjektivität a priori unbeachtlich bleiben müssten. Betrachtet man jedoch nur das tatsächlich Erklärte und unterscheidet nicht a priori zwischen Erklärtem und Motiven, so macht eine „Lehre der Motiverklärung" durchaus Sinn. Zudem wird nun ersichtlich, warum sich aus dieser Theorie die nächste bedeutende japanische Irrtumstheorie, die der „einheitlichen Behandlung der Irrtumsarten", entwickelte.

5. Einfluss der einheitlichen Behandlung

a) „Lehre der einheitlichen Behandlung"

Das „System der einheitlichen Behandlung" (一元的構成, ichigenteki kôsei) bedeutet, dass nicht zwischen den zwei Irrtumstypen unterschieden wird. Sowohl Erklärungs- als auch Motivirrtum sollen nach dieser Theorie unter die gesetzliche Generalklausel von Art. 95 Minpô subsumiert werden.[26]

Da es sich als praktisch schwierig erwies, den Motivirrtum vom Erklärungsirrtum zu unterscheiden[27], wurden Stimmen laut, die auf diese Unterscheidung verzichten wollten. Namhafte Gelehrte, wie Funahashi und Kawashima[28], nahmen an der bisherigen Lehre und Rechtsprechung Anstoss und argumentierten wie folgt: Ein Irrtum liege dann nicht vor, wenn ein „innerer Geschäftswille"[29] und die Erklärung nicht übereinstimmten, sondern nur dann, wenn der diesem vorgelagerte, „wahre, innere

---

[26] *Kobayashi*, Minpô no Sôten 1985, 50 f.; *Kitagawa*, wenn auch mit leicht anderen Begriffen, Minpô, 146 N 31; *Yamamoto*, Minpô, 167 ff., *Nakamatsu*, 412 ff. Letztere sind keine Befürworter der „Lehre der einheitlichen Behandlung"; *Uchida dagegen* ignoriert die Unterteilung in „Lehre des einheitlichen Irrtums" und „System der getrennten Behandlung der Irrtümer", 65 ff.

[27] Als Beispiel wird regelmässig die schwierige Unterscheidung zwischen Identitäts- und Eigenschaftsirrtum angeführt. Ein anschauliches Beispiel für eine solche findet sich bei *Yamamoto*, Minpô, 168: Möchte der Käufer das Bild A von Picasso kaufen, und realisiert, dass er in Tat und Wahrheit das Bild B gekauft hat, weil es neben dem Bild A an der Wand hing und verwechselt wurde, so liegt ein Identitätsirrtum vor. Möchte der Käufer aber das Bild A von Picasso kaufen und glaube, dass das Bild B, das vor seinen Augen hängt, das Bild A sei und macht er ein entsprechendes Angebot, „Ich kaufe dieses Bild", so verfügt das Bild B nicht über die erwünschte Eigenschaft A, und es liegt demgemäss ein Eigenschaftsirrtum vor.

[28] Professor *Takeyoshi Kawashima* von der Universität Tokio war einer der bedeutendsten japanischen Rechtswissenschaftler. Er war sowohl Zivilrechtler wie auch Methodenlehrer und Rechtssoziologe. Als Schüler von *Wagatsuma* gehörte er der „Deutschen Schule" an. *Rahn*, 216 ff. Der etwas ältere *Junichi Funahashi* gehörte zur Generation von *Wagatsuma* und war Schüler *Saginoharas*; *Funahashi*, 627 ff.; *Kawashima*, 218 ff.

[29] 内心的効果意思 (naishinteki kôka ishi).

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Wille"[30] einer Person mit ihrer Erklärung nicht übereinstimmten. Mit „wahrem Willen" ist der (hypothetische) Wille des Irrenden gemeint, der vorliegen würde, wenn er sich nicht irren würde.

Die herrschende Lehre und die Rechtsprechung gehen dagegen davon aus, dass die Inkongruenz zwischen Erklärung und „innerem Geschäftswillen" liegen müsse.[31]

Es sei nicht einzusehen, so die Kritik, warum die vielen, verschiedenen Anwendungsfälle des Motivirrtums die Verkehrssicherheit stärker oder anders beeinträchtigen sollten als die Anerkennung des Erklärungsirrtums. Ginge man davon aus, dass die Anerkennung aller Irrtumsarten die Verkehrssicherheit beeinträchtigte, so sei zudem nicht einzusehen, warum nur „das Motiv explizit"[32] dem Erklärungsempfänger mitgeteilt werden müsste und die Erklärungen (als Gegenstand des Erklärungsirrtums) auch stillschweigend oder konkludent erfolgen könnten.

Mit dieser Kritik wurde die „Lehre der einheitlichen Behandlung" der Irrtumsarten im japanischen Irrtumsrecht eingeleitet.[33] Geht man von dieser neuen Irrtumsdefinition aus und wendet diese auf das bekannte Schema des Verlaufes einer Willenserklärung, nämlich Motiv – Geschäftswille –

---

[30] 真意 (shinⁱ).

[31] Im Urteil vom 16.12 1919, in Minroku 25, 2316 ff., beantragte beispielsweise der Kläger die Ungültigkeit des Kaufvertrags aufgrund Irrtums sowie die Wiederherstellung des vorvertraglichen Zustandes. Der Kläger glaubte, dass der Beklagte das alleinige Recht zum Import der gesamten Asbestsorte A von Südafrika nach Japan habe und verpflichtete sich daher, dem Beklagten die gesamte Ware abzukaufen. Dem war nicht so, denn der Beklagte hatte zwar zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses auch eine andere Sorte Asbest nach Japan importiert, er hatte jedoch kein exklusives Importrecht. Die Vorinstanz ging davon aus, dass der Irrtum den *"Inhalt des Geschäftswillens"* betreffe und deshalb als Irrtum im Sinne von Art. 95 Minpō betrachtet werden könne. Das Daishin'in hielt fest, dass grundsätzlich ein „wesentlicher Irrtum" den Inhalt des Geschäftswillens und ein Motiv des Rechtsgeschäfts die Umstände der Entstehung dieses Geschäftswillen betreffe. Ein Irrtum über diese Motive sei, abgesehen von den Fällen der Täuschung, kein Grund für die Ungültigkeit des Vertrags. Wenn die Parteien das Motiv jedoch zum Inhalt ihres Geschäftswillens gemacht hätten, so könne allenfalls auch ein Irrtum im Motiv zu einem „wesentlichen Irrtum" werden. In casu hatte die Vorinstanz den Umstand, dass der Beklagte kein Alleinimporteur war, als unwichtig bewertet, und das Daishin'in sah in dieser Beurteilung keine Rechtsverletzung, zumal der Kläger nicht einmal gefragt habe, ob der Beklagte noch in andere Länder als Japan importiere, so dass es ihm nicht wichtig gewesen sein konnte, ob letzterer Alleinimporteur war oder nicht (S. 2323).

[32] *Yamamoto*, Minpō, 169.

[33] *Tomii*, 435.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Erklärung – Rechtswirkung[34] an, so wird klar, dass die Unterscheidung zwischen Motiv- und Geschäftswille dahinfällt.[35]

Ausgehend von dem „Willen, der vorhanden wäre, wenn kein Irrtum vorgefallen wäre", ergibt sich somit, dass auch der Motivirrtum als „Divergenz zwischen Willen und Erklärung" definiert werden kann. Einer Subsumtion unter Art. 95 Minpô steht somit nichts mehr im Wege.

Ausgehend von dieser Irrtumsdefinition sollten gemeinsame Voraussetzungen für die Anerkennung des Motivirrtums und des Erklärungsirrtums gefunden werden. Anknüpfend an die „Objektivierungstendenzen" sollten damit für beide Irrtumsarten „die wesentlichen Elemente des Rechtsgeschäfts" nach Massgabe der *subjektiven Kausalität, der Erkennbarkeit*[36], sowie *der Erkennbarkeit der Wichtigkeit*[37] für den Vertragsgegner bestimmt werden.[38]

b) Kritik an der „Lehre der einheitlichen Behandlung"

Die „Lehre der einheitlichen Behandlung der Irrtümer" stiess in der übrigen Lehre auf heftige Kritik. Die Kritiker befürchteten vor allem, dass der Motivirrtum eine allzu grenzenlose Beachtung finden würde.[39]

c) Rechtsprechung

Die Rechtsprechung hat die „Lehre der einheitlichen Behandlung der zwei Irrtumsarten" *nicht übernommen*. Das oberste Gericht hat stets an der herkömmlichen Unterscheidung zwischen Motiv- und Erklärungsirrtum festgehalten: Im Urteil vom 26.11.1954, in Minshû 8-11-2087, versagt es beispielsweise die Geltendmachung des Irrtums nach Art. 95 Minpô, weil das Motiv dem Beklagten K gegenüber gar nicht zum Ausdruck gebracht worden ist.40 Ebenso erklärt das oberste Gericht im Urteil vom 7.5.1953, in

[34] *Uchida*, 67.

[35] Es lässt sich auch argumentieren, dass der Motivirrtum nun schematisch betrachtet – da nicht mehr zwischen den „inneren Vorgängen" Motiv- und Geschäftswille unterschieden wird – wie der Erklärungsirrtum zwischen „Geschäftswille" und „Erklärung" stattfinden muss.

[36] Z.B.: Der Verkäufer kann erkennen, dass die fragliche Eigenschaft des Bildes A wichtig für den Käufer war, weil dieser sich entsprechend äussert oder einen nur für das Bild A angemessenen Betrag bezahlt.

[37] Z.B.: Der Verkäufer kann erkennen, dass die fragliche Eigenschaft des Bildes A wichtig ist für den Käufer, und es ist nicht ungerecht, dass sich der Käufer auf den Irrtum beruft.

[38] *Kobayashi*, Minpô no Sôten, 50; *Yamamoto*, Minpô, 169 ff.

[39] Statt vieler *Nakamura*, 440 f.

[40] In diesem Urteil ging es um die Rückforderung einer „Anzahlung" von 10'000 Yen im Zusammenhang mit dem Kaufvertrag eines Hauses, wobei geltend gemacht wurde, dass der Kaufvertrag aufgrund Motivirrtums nichtig sei. Beklagter K, Eigentümer des Hauses, wollte das Haus, in dem I eingemietet war, N verkaufen. N, der sich selber in

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Minshu 7-5-510, dass kein Irrtum „im Inhalt der Vereinbarung" und damit in einem wesentlichen Element des Rechtsgeschäfts des Auflösungsvertrags vorliege, wenn der Vermieter zunächst irrtümlicherweise Selbstgebrauch geltend mache und in der Folge der Mietvertrag gegenseitig aufgelöst werde. Allerdings ist zu erwähnen, dass in diesem Urteil die Worte „Motiv" und „Motivirrtum" nicht einmal erwähnt werden.

In einem späteren Urteil, vom 19.5.1972, in Minshu 26-4-723, hielt das oberste Gericht an der „Lehre der getrennten Behandlung" fest, in dem es ausführte, dass der Motivirrtum zwar grundsätzlich existiere, aber kein Irrtum im Sinne von Art. 95 Minpô sei.[41]

d) Würdigung

Die höchstrichterliche Rechtsprechung hielt damit bis Ende der 1970er Jahre an der „Lehre der getrennten Behandlung der Irrtumsarten" fest: Der Motivirrtum war als Irrtumsart theoretisch anerkannt, doch fiel er grundsätzlich nicht unter Art. 95 Minpô. Nur ausnahmsweise, wenn das Motiv der Gegenpartei erklärt worden ist, reichte ein Motivirrtum zur Geltendmachung der Irrtumsnichtigkeit nach Art. 95 Minpô aus.[42]

Immerhin haben sich sehr bedeutende Gelehrte für die Gleichbehandlung von Motiv- und Erklärungsirrtum, die Lehre der einheitlichen Behandlung, eingesetzt. Zumindest nach Ômura hatte diese Lehre daher auch

---

einem gekündigten Wohnverhältnis befand und dringend auf einen neuen Wohnraum angewiesen war, vereinbarte mit I, dass sie beide ab 20. April zusammen in dem Hause wohnen würden. Unter diesen Prämissen hatte N am 14. April den Kaufvertrag für 60'000 Yen abgeschlossen.

Ns Stellvertreter M hatte in der Folge am 16. April auf Geheiss Ns eine Zahlung von 10'000 Yen geleistet. Am 19. April hatte die Ehefrau von I der Ehefrau des Beklagten K mitgeteilt, dass (sie und) ihr Mann nun doch nicht mit N. zusammenwohnen möchte(n) und dass jene dies dem N mitteilen sollte. Als der Stellvertreter M. am 20. April, wie vereinbart, die 10'000 Yen dem K. übergeben wollte, wurde ihm der neue Sachverhalt mitgeteilt, trotzdem bezahlte er die 10'000 Yen. N wusste das alles nicht. Als er es erfuhr, wollte er deshalb den Kaufvertrag aufgrund Motivirrtums rückgängig machen, denn dieser machte für ihn nur Sinn, wenn er auch tatsächlich in dem Haus wohnen könnte. Zudem forderte er die von M. bezahlten 10'000 Yen aufgrund ungerechtfertigter Bereicherung zurück. Das oberste Gericht anerkannte zwar, dass N den Kaufvertrag nur eingegangen ist, weil er dachte, dass I. bereit wäre mit ihm zu wohnen und er selber dringend auf einen neuen Wohnraum angewiesen war. Es schloss jedoch, dass es sich dabei bloss um ein einfaches Motiv handle, weil N. es dem Beklagten gegenüber nicht geäussert habe. Es lag somit kein Irrtum in einem wesentlichen Element des Rechtsgeschäfts im Sinne von Art. 95 Minpô vor.

[41] Im Urteil vom 19.5.1972, in Minshû 26-4-723, ging es um einen Motivirrtum im Zusammenhang mit dem Wert bzw. der Finanzierung des Grundstückes bei einem Grundstückkaufvertrag. Das Motiv der Auszahlung sei kein wesentliches Element des Auszahlungsauftrages, gleichgültig, ob es dem anderen Teil erklärt worden sei.

[42] Chisai Tokio vom 31.10.1975, in Hanrei Taimuzu Nr. 335, 273 ff.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

mittelbaren Einfluss auf die Rechtsprechung der unteren Gerichte. Selbst bei konstanter Befolgung des „Systems der getrennten Behandlung der Irrtumsarten" lasse sich eine etwas gemässigtere Haltung gegenüber der Anerkennung eines Motivirrtums erkennen.[43] Weil Ômura keine Fallbeispiele anführt, bleibt es fraglich, ob diese Behauptung stimmt.

Der Gedanke „der einheitlichen Behandlung" der beiden Irrtumsarten und die Suche nach gemeinsamen, konkreten Voraussetzungen für die Bestimmungen der „wesentlichen Elemente des Rechtsgeschäfts" leben seither weiter.

6. Die Phase der so genannten Konkretisierungen

Mit den „Lehren der einheitlichen und der getrennten Behandlung" von Motiv- und Erklärungsirrtum sowie dem Motiverklärungsprinzip und den Voraussetzungen der Erkennbarkeit und Gutgläubigkeit auf Seiten der Vertragsgegner gab es zwar neue theoretische Abhandlungen zum Irrtumsrecht, doch immer noch keine konkreten Kriterien zur Bestimmung der Generalklausel „wesentliche Elemente des Rechtsgeschäfts"[44]. An diesem Manko knüpften in Folge die Lehren von Nomura und Kobayashi an. Sie bauten auf diesen bisherigen Irrtumstheorien auf und trugen Bedeutendes zur Konkretisierung der Irrtumsvoraussetzungen bei.[45]

a) „Subjektiver Wille"

Nomura folgt der Linie Funahashis[46] und tritt für die *einheitliche Behandlung des Motiv- und Erklärungsirrtums* und einen einheitlichen Voraussetzungskatalog ein. Ausgehend von der Betonung des Willensprinzipes möchte Nomura möglichst, dass neben der Voraussetzung der „objektiven Wesentlichkeit" auch „subjektive Elemente der Wesentlichkeit" berücksichtigt werden.

b) „Erkennbarkeit"

Kobayashi ist ebenfalls ein Vertreter der *einheitlichen Behandlung des Motiv- und des Erklärungsirrtums*.[47] Ihm zufolge lässt sich der Motivirrtum nicht den Willenserklärungen mit „Fehlen eines Willens" zuordnen, sondern führe immer zu einer mangelhaften Willenserklärung.[48] Es gibt

[43] *Ômura*, Minpō, 54.
[44] *Nômura*, Hōgaku Kyōkai Zasshi Nr. 5, Bd. 93 (1976) 691.
[45] *Nakamatsu*, 426 ff.
[46] *Nômura*, Hōgaku Kyōkai Zasshi Nr. 10, Bd. 85 (1968), 1366; ders. unter gl. Titel und. Zeitschrift Nr. 5, Bd. 93 (1976) 64; ders., Minpō Hanrei Hyakusen I, 44 f.
[47] *Kobayashi*, Minpō no Sōten 1985, 50 f.
[48] *Kobayashi*, Minpō no Sōten 1985, 50.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

damit nach Kobayashi nur „Willenserklärungen mit Mangel", die alle gleichermassen unter Art. 95 Minpô subsumiert werden müssen.

Kobayashi setzt sich dabei neu für eine Betonung der Erkennbarkeitsvoraussetzung ein, wobei ihm wichtig ist, dass die Parteien gegenseitig – z.B. aufgrund der Vertragsumstände – erkennen können, was ein relevantes Motiv des Erklärenden ist.

Sei die „gegenseitige Erkennbarkeit" des Motivs erst einmal gegeben, so könne auf alle anderen Irrtumsvoraussetzungen verzichtet werden.[49]

c) Rechtsprechung

Die Rechtsprechung hat diese Konkretisierungsvorschläge in den 1980er Jahren zum Teil aufgenommen:

Im Urteil des Kôsai Nagoya vom 26.5.1985 ging es darum, dass der Unternehmer (bzw. sein Vertreter) der seinen Kunden irreführte, auch das Motiv seines irrenden Partners erkennen konnte, weil er letzten Endes Schuld daran war, dass dieser versehentlich statt eines reinen Mitgliedschaftsvertrag einen Kauf- und einen Kreditvertrag abgeschlossen hatten.[50]

Auch das Kôsai Tokio befand in einem Urteil vom 28.9.1988, dass das Motiv vom Irrenden in dem Sinne genügend erklärt worden sei, dass die Gegenpartei es erkennen konnte.[51]

Im Urteil vom 14.9.1989 anerkannte dann auch das oberste Gericht[52] einen „stillschweigenden" Motivirrtum, weil der Ehemann bei der Grundstücküberlassung anlässlich der Scheidung von der falschen Annahme ausgegangen war, dass ihm dadurch keine Vermögensveräusserungssteuern anfallen würden, was sich in der Folge als falsch erwies. Kobayashi[53] leitet daraus ab, dass es weniger auf die Art des Erklärens des Motivs ankommen könne, sondern vielmehr darum geht, dass *der Vertragsgegner das Motiv erkannt habe oder habe erkennen können.*

7. Geltende Irrtumslehre

a) Allgemeine Entwicklungstendenzen

Die aktuellen Irrtumslehren werden in der japanischen Lehre bezeichnenderweise als „Neues System der einheitlichen Behandlung" der Irrtümer und „Neues System der getrennten Behandlung" der Irrtümer betitelt und

[49] *Nakamura*, 428.

[50] Hanrei Jihô Nr. 1180, 64 ff.

[51] Hanrei Jihô Nr. 1345, 78 ff., 80 bzgl. eines Irrtums über die Finanzierungsmethoden des Käufers für die Kaufpreisbezahlung eines Grundstückkaufvertrags, weil sich im Nachhinein einer der Kreditgeber zurückzieht.

[52] Minshû 102-4-488, Hanrei Taimuzu Nr. 1336, 93 ff. und insb. die entsprechende Urteilsbesprechung von Kobayashi, Minshôhô Zasshi Bd. 102 (1990) 488 ff.

[53] *Kobayashi*, Minshôhô Zasshi Bd. 102 (1990) 489.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

zusammengefasst.[54] Bezeichnungen, die bereits zeigen, dass *die alten Fragen der Behandlung des Motivirrtums nach wie vor noch ungelöst sind.*[55] Begrifflich rechtfertigt es sich aber, neu von System statt von Lehre auszugehen, weil das „Neue System" der getrennten Behandlung der Motivirrtumsarten den Motivirrtum nicht mehr in der Irrtumslehre ansiedelt.[56]

Generell lässt sich eine unter der bisherigen „Lehre der einheitlichen Lehre" begonnene, fortschreitende Tendenz zur „Generalisierung des Irrtumsrechts"[57] feststellen. Es sollen einheitliche Entscheidungskriterien für die Bestimmung der „wesentlichen Elemente des Rechtsgeschäfts" definiert werden. Dies ist eine Tendenz, die sich mit dem Aufkommen des erhöhten Schutzbedürfnisses von Verbrauchern und dem Mangel an entsprechenden Gesetzen in den letzten 10 bis 15 Jahren erklären lässt.[58]

b) „Neues System der getrennten Behandlung"

aa. Lösung ausserhalb des Irrtumsrechts

Das „Neue System der getrennten Behandlung der Irrtumsarten" (新二元的構成, shin nigenteki kôsei) beruht wie das gleichnamige alte auf dem Savignyschen Gedanken, dass ein Irrtum nur dann vorliege, wenn Wille und Erklärung nicht übereinstimmten, so dass ein Motivirrtum per definitionem kein Irrtum im Sinne von Art. 95 Minpô sein könne.

Es findet sich daher heute der Ansatz, dass demnach der Motivirrtum *kein Problem des Irrtumsrechts*, sondern vielmehr ausserhalb von diesem angesiedelt sei:[59] z.B. als Anwendungsfall der Täuschung (Art. 96 Minpô), der unsittlichen Vertragsvereinbarung (Art. 90 Minpô), eines Sachgewährleistungsfalles (Art. 570 Minpô) oder einer unerlaubten Handlung (Art.

---

[54] Diese Begriffe finden sich bei *Yamamoto*, Minpô, 172 ff., sinngemäss bei *Ômura*, Minpô 54 und *Uchida*, 70; nicht hingegen bei *Nakamura*.

[55] *Nakamura*, 424 ff.

[56] *Yamamoto*, Minpô, 171, ordnet beide aktuellen Strömungen sinngemäss unter den Begriff der wiederaufgenommenen Systeme, denen der Gedanke des „Gôi Shugi" (der zu Grunde liegenden Vereinbarung) zu Grunde liegt. Da „die zu Grunde liegenden Vereinbarung" innerhalb und ausserhalb des Irrtumsrechts, also als „Neues System der einheitlichen Behandlung bzw. der getrennten Behandlung", anders sind (*Yamamoto*, Minpô, 179), erscheint vorliegende Einteilung als gerechtfertigt.

[57] *Ômura*, Shôhisha, 60, 84 ff.

[58] Z.B. Urteil des Saikô Saibansho vom 1.7.2002, in Hôgaku Kyôshitsu Nr. 270, 2003, 114. So lassen sich aber heute umgekehrt aus dem Rechtsgebiet des Verbraucherschutzes neue Ansätze zur Behandlung des Motivirrtums erkennen: *Morita*, NBL 482, 1991, 22; *Ômura*, Minpô 48; *Ômura*, Shôhisha Hô, 84; *Nagao*, Hôritsu Jihô Nr. 9, Bd. 60 (1991) 54ff; *Hiromaka*, Hôgaku Kyôshitsu Nr. 127 (1991) 64 f.

[59] *Yamamoto*, Minpô, 172.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

709 ff. Minpô).[60] Damit sind bereits einige der „neuen" Methoden zur Anerkennung eines Motivirrtums erwähnt. Die Gründe, warum die Vertreter dieser neuen-alten Theorie den Motivirrtum aus dem Anwendungsbereich des Art. 95 Minpô ausklammern, sind im Wesentlichen die alten: Erstens wird das Willensprinzip nicht verletzt, und zweitens ist die Selbstverantwortung bei einem Motivirrtum höher anzusetzen, weil dieser schwieriger für den Vertragsgegner zu erkennen ist.

bb. Beachtung des Motivirrtums nach „Massgabe der zu Grunde gelegten Vereinbarung"

Auf der Betonung der „Selbstverantwortung" des Erklärenden beruht die Beachtung des Motivirrtums aufgrund des *„Prinzips der zu Grunde liegenden Vereinbarung"* (合意主義, Gôi Shugi).[61]

Die Irrtumsproblematik soll bei diesem Prinzip einzig nach Massgabe des Inhalts und der Bindungswirkung der zwischen den Parteien bestehenden Vereinbarung betrachtet werden. Die zu Grunde liegende Vereinbarung kann dabei auch Aussagen über das Motiv betreffen. Es handelt sich insofern um einen allgemeinen Lösungsansatz, der den Willen der Parteien ins Zentrum der Betrachtungen stellt und damit die Privatautonomie unterstreichen soll.[62] Dieser Ansatz geht über das Irrtumsrecht hinaus.

Weil ein Motivirrtum auf der Falschbeurteilung von Umständen (eventuell einer Verkettung von Umständen) und nicht bloss eines einfachen Versprechers beruht, habe ein solcher Irrender mehr Eigenverantwortung zu übernehmen als einer, der einem blossen Erklärungsirrtum[63] unterliege. Wünsche der Erklärende das Risiko der „Gefahrtragung" eines Motivirrtums abzuwälzen, so müsse er sich im Voraus absichern, indem er durch eine entsprechende Vereinbarung das Irrtumsrisiko auf den Vertragsgegner abwälze.[64] Dazu stehen verschiedene Rechtsinstitute ausserhalb des Irrtumsrechtes zur Verfügung: Nach einem Teil der Lehre kann eine Partei durch die Aufnahme einer *Bedingung oder einer Voraussetzung oder einer Garantie* in den Vertrag erreichen, dass ihr Motiv angemessen berücksichtigt und das Irrtumsrisiko dem Vertragsgegner zugeordnet wird.

Je nach Wahl des Rechtsinstituts ist die Rechtsfolge anders: Bei Bedingung und Voraussetzung entsteht der Vertrag gar nicht, bei Garantie wird

[60] *Isomura*, 153; *Yamamoto*, Minpô, 178; *Ômuro*, Minpô, 55 und 48; ders., Shôhisha, 84; im Resultat gleich *Uchida*, 70, 157; Urteil des Bezirkgerichtes Tokio vom 30.3.1990 in Hanrei Jihô Nr. 1700, 50 ff.

[61] *Yamamoto*, Minpô, 171 ff.

[62] *Yamamoto*, Minpô, 176.

[63] Z.B.: Statt „vier Flaschen" sagt der Erklärende versehentlich „Bierflaschen".

[64] *Isômura*, 157; *Yamamoto*, Minpô, 166 ff.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

der Erklärungsempfänger schadenersatzpflichtig. Auf die Abgrenzung zur Bedingung wird später nochmals eingegangen.

Ein Beispiel für die Vereinbarung einer Garantie wäre nach Yamamoto der Fall des Käufers, dem es wichtig ist, das Bild A von Picasso zu haben, so dass er vom Verkäufer verlangt, dass dieser die Garantie für die erwünschte Eigenschaft übernimmt.[65] Fehlt die erwünschte Eigenschaft, so würde der Verkäufer wegen Schlechterfüllung des Vertrags schadenersatzpflichtig.

cc. Beachtung des Motivirrtums in Analogie zur Täuschung (Art. 96 Abs. 2 Minpô)

Ausgangspunkt für die Beachtung des Motivirrtums in Analogie zur Täuschung nach Art. 96 Abs. 2 Minpô[66] ist die Tatsache, dass der Motivirrtum im Minpô nicht geregelt ist *und daher eine Lücke besteht*, die gefüllt werden muss.

Hironaka[67] argumentiert zunächst mit einer historischen Auslegung und einem Vergleich zum § 98 des 1. Entwurfes des Deutschen Gesetzbuches (vgl. Anhang II): Da § 98 des 1. Entwurfes wie das japanische Recht noch die Nichtigkeitsfolge für den Irrtum vorgesehen habe (die wurde erst mit dem geltenden § 119 BGB geändert), erklärt er, dass entsprechend diesem 1. Entwurf auch im japanischen Recht unter dem Begriff „Irrtum" der Motivirrtum subsumiert werden könnte. Eine Subsumtion des Motivirrtums unter Art. 95 Minpô scheitert aber dann nach Hironaka an der systematischen Auslegung und dem Verhältnis zu Art. 101 Minpô[68]: Beim Motivirrtum liege kein „fehlender Wille" im Sinne von Art. 101 Minpô vor, sondern ein mangelhafter. Der Motivirrtum ist damit nach dieser Lehre wie die Täuschung als eine „Willenserklärung mit Mangel" zu behandeln.

Da auch der Täuschung ein Motivirrtum zu Grunde liege, könne Art. 96 Abs. 2 Minpô analog auf den einfachen Motivirrtum angewendet werden. Es müssen danach zwei Voraussetzungen erfüllt sein: Der Motivirrtum muss für den Erklärungsempfänger erkennbar gewesen sein und nur dann, wenn der Erklärende gleichermassen schutzwürdig erscheint wie der Ge-

---

[65] *Yamamoto*, Minpô, 172.

[66] Art. 96 Abs.1 und 2 Minpô lauten übersetzt: (1) Eine aufgrund einer Täuschung oder einer Drohung abgegebene Willenserklärung kann angefochten werden. (2) Hat ein Dritter eine Täuschung in bezug auf eine Erklärung, die einem anderen gegenüber abzugeben war, so ist diese Erklärung nur dann anfechtbar, wenn der andere Teil die Tatsache kannte, vgl. auch *Ishikawa/Leetsch*, 18.

[67] *Hironaka*, Hôgaku Kyôshitsu Nr. 127 (1991) 64 f.

[68] Art. 101 Minpô Abs. 1: „Soweit die Wirksamkeit einer Willenserklärung durch Willensmängel, Täuschung, Drohung, Kenntnis oder fahrlässiges Nichtkennen gewisser Umstände beeinflusst wird, bestimmt sich das Vorhandensein oder Fehlen dieser Umstände nach der Person des Vertreters", *Ishikawa/Leetsch*, 20.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

täuschte nach Art. 96 Abs. 2 Minpô, ist eine Anfechtbarkeit der Erklärung nicht möglich

Dem entspricht die Ansicht, dass falls der Irrtum von jemand anderem herbeigeführt wird, ein Verbraucher sich leichter auf Täuschung berufen kann, als dass er die „wesentlichen Elemente des Rechtsgeschäfts" nach Art. 95 Minpô nachzuweisen vermag.[69] Es wäre daher nach Nagao sinnvoll, den Begriff der „fehlerhaften Willenserklärungen" nach Art. 120 Minpô[70] so weit auszudehnen, dass auch Willenserklärungen unter Art. 96 Minpô fallen, die nicht nur durch Täuschung und Drohung, sondern durch vergleichbar „unberechtigtes" Handeln hervorgerufen wurden.[71]

dd. Würdigung

Es ist nicht einfach, diese „Vereinbarungen" über die dem Vertrag zu Grunde liegenden Motive und deren Risikoallokation von den bisherigen, von der Rechtsprechung geforderten, klaren „Voraussetzungen" des Inhalts eines Vertrags[72] oder der „Motiverklärung" oder dem „erklärten Motiv, das Gegenstand der Willenserklärung geworden ist" abzugrenzen. Es lassen sich natürlich Vereinbarungen denken – und solche werden vorab im angloamerikanischen Rechtskreis schon gebraucht[73] –, die klar das Irrtumsrisiko der Partei A oder B zuordnen, doch wird man sich selten in dieser privilegierten Situation befinden. Zudem müssen „Voraussetzungen" und „Bedingungen" nicht schriftlich stipuliert sein, sondern können stillschweigend vereinbart werden, so dass es im Resultat immer um die Auslegung dessen geht, was Vertragsinhalt geworden und wie dieser zu verstehen ist.[74] Die Abgrenzung dieser neueren japanischen Lehre zu den traditionellen, auf Auslegung beruhenden Lehren erscheint daher im Resultat etwas vage.

Die Behandlung des Motivirrtums als analogen Fall der Täuschung nach Art. 96 Abs. 2 Minpô ist theoretisch nachvollziehbar und der Ansatz, dass der Täuschungstatbestand auf Fälle von vergleichbar „unberechtigtem Handeln" und zumindest für die Fälle von „misrepresentations" ausgedehnt

---

[69] *Ôsuru*, Shôhisha, 72 m.w.H.

[70] Art. 120 Minpô: „Ein anfechtbares Rechtsgeschäft kann nur von einem Geschäftsunfähigen oder einer Person, deren Willenserklärung einen Willensmangel enthielt, sowie von deren Vertretern oder Nachfolgern angefochten werden." *Ishikawa/Leetsch*, 23.

[71] *Nagao* meint die Fälle von "misrepresentation", Hôritsu Jihô Nr. 9, Bd. 60 (1991) 56.

[72] Saikôsai 19.12.1956, Minshû 11-13-2299 m.w.H.

[73] Beispiele von Risikoallokationen finden sich bei *Kramer*, Irrtum int., 74 ff.

[74] Der Vertragsinhalt wird nach japanischem Recht durch die so genannte „verbessernde" (w: „das Geregelte verständlich machende", *sic!*) und die so genannte „ergänzende" (w: „das Nichtgeregelte eruierende") Auslegung ermittelt; *Uchida*, 260 ff.; *Yamamoto*, Minpô, 124 ff.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

werde, grundsätzlich eine Möglichkeit. Letztlich dürfte aber eine analoge Anwendung an der hohen, subjektiven Voraussetzung des Täuschungstatbestands scheitern.

c) „Neues System der einheitlichen Behandlung"

aa. Allgemeines

Nach dem „Neuen System der einheitlichen Behandlung" (新一元的構成 shin ichigenteki kôsei) der Irrtümer wird, wie bisher, sowohl der Motiv- als auch der Erklärungsirrtum unter Art. 95 Minpô subsumiert. Massgebend soll für beide Irrtumsarten sein, dass der Irrtum „ein wesentliches Element des Rechtsgeschäfts" betrifft. Dieses zu bestimmen, macht sich die neuere Lehre zur Aufgabe.

Einen wichtigen Vorschlag zur Bestimmung der „Wesentlichkeit" beider Irrtumsarten macht Morita.[75] Es ist allerdings darauf hinzuweisen, dass Morita seinen Lösungsvorschlag selber als einen ausserhalb der traditionellen Dichotomie der „einheitlichen" und „getrennten Behandlung" der Irrtumsarten sieht. Stets bemängelte Morita an beiden Systemen die fehlende objektive Entscheidungshilfe zur Bestimmung des „wesentlichen Elementes des Rechtsgeschäfts".[76] Im Resultat läuft aber Moritas Lehre darauf hinaus, dass sie auf eine Unterscheidung zwischen Motiv- und Erklärungsirrtum verzichtet. Es rechtfertigt sich somit, hier seine Lehre unter dem Titel „Neues System der einheitlichen Behandlung der Irrtümer" zu behandeln.

bb. Moritas Irrtumslehre[77]

Moritas Auffassung zur Bestimmung der Wesentlichkeit des Irrtums nach Art. 95 Minpô fokussiert, ebenso wie der bereits erwähnte Lösungsansatz, auf der „dem Vertrag zu Grunde liegenden Vereinbarung" (Gôi Shugi[78]).

Ausgehend von der französisch-rechtlichen Unterscheidung eines „motif déterminant"[79], das bewirkt, dass, falls der Irrtum nicht vorgelegen hätte, der Vertrag nicht abgeschlossen worden wäre, und eines „motif simple", das gar nicht berücksichtigt wird, stellt sich Morita die Frage, welche Motive innerhalb der „motifs déterminants" wie und aufgrund welcher Kriterien berücksichtigt werden sollen.

Die Antwort liegt für Morita in der französischen Theorie der „cause" und damit im Grund für die Bindungskraft[80] eines Vertrags: Handelt es sich

[75] *Morita*, 100 Jahre Minpô, 193 ff., ders. NBL 482, 1991, 22 ff.
[76] *Morita*, NBL 482,1991, 25.
[77] *Morita*, 100 Jahre Minpô, 193 ff., ders. NBL 482, 1991, 22 ff.
[78] Der Begriff stammt von *Yamamoto*, Minpô, 171 ff., 178.
[79] 合意を決した動機 (gôi o keshita dôki), w: Motiv, das die Vereinbarung bestimmt.
[80] 拘束力 (kôsoku ryoku).

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

um ein „motif déterminant", kann der Vertragsgegner das so genannte „champ contractuel", das Vertragsfeld, erkennen. Gehört das relevante Motiv zu diesem „Vertragsfeld", handelt es sich um eine „cause" oder eben um einen so genannten Vereinbarungsgrund (合意原因, Gôi Genin) des Vertrags, der rechtlich relevant ist.

Dabei wird zwischen „Vereinbarungsgrund" des entgeltlichen und des unentgeltlichen Vertragstypus unterschieden:

Der „Vereinbarungsgrund" eines *entgeltlichen Vertragstypus* liegt darin, dass die Erklärenden je nach Vertragstypus eine andere, aber stets eine Leistungspflicht vereinbaren, damit sie die erwünschte und subjektiv äquivalente Gegenleistung erhalten. Generell-abstrahierend bestimmt damit der „Vereinbarungsgrund" das Mass der Bindungskraft des Vertrags und damit auch das „wesentliche Element des entgeltlichen Rechtsgeschäfts". Fehlt dieser Vereinbarungsgrund, fehlt es an der Bindungskraft des Vertrags und der Irrende muss sich auf Irrtum berufen können. Ist also dieses subjektive, beabsichtigte Leistungsverhältnis gestört, so liegt eine subjektive Voraussetzung für die Nichtigkeit des Vertrags wegen Irrtums vor. Ist dieses subjektiv beabsichtigte Leistungsverhältnis zudem für einen beliebigen Erklärungsempfänger erkennbar, so liegt auch die objektive Voraussetzung für die Nichtigkeit des Vertrags wegen Irrtums vor.

Beim *unentgeltlichen Vertragstypus* liegen die Dinge anders, weil die objektivierbare Gegenleistung fehlt. Vertragszweck ist in diesem Fall immer die Begünstigung des Erklärungsempfängers. Der „Vereinbarungsgrund" ist die Begünstigung des Vertragsgegners ohne eine Gegenleistung zu erwarten. Betrifft der Motivirrtum diesen Vereinbarungsgrund, so betrifft er auch immer das „wesentliche Element des unentgeltlichen Rechtsgeschäfts" und es liegt nicht nur die subjektive Voraussetzung, sondern der objektivierbare Umstand für die Nichtigkeit des Vertrags aufgrund Irrtums vor.

cc. Würdigung

Vorweg ist festzuhalten, dass diese Lehre durchaus Anklang in der Lehre findet,[81] so dass der viel diskutierte höchstrichterliche Entscheid über einen Bürgschaftsvertrag, der an einem Motivirrtum des Bürgen litt, weil der Bürge davon ausging, dass er für die Erfüllung eines Abzahlungskaufes geradestehe, statt für einen reinen Kreditvertrag[82], auch unter dem Blick-

[81] *Yamashita*, Hôgakkai Zasshi, Jg. 36 Nr. 1 (9. 2000) 78, 90.

[82] Urteil vom Saikôsai vom 11.7.2002; besprochen von *Ôshima Shigeki*, Kara krejito to shirasa ni nashita tatekaekin shiharau saimu no hoshô keiyaku to yôso no sakugo (尾島茂樹, 空クレジットと知らずになした立替金支払債務の保証契約と要素の錯誤), „Das Verhältnis von wesentlichem Irrtum und einem Bürgschaftsvertrag, der im Nicht-

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

winkel von Moritas Lehre diskutiert wurde; letztlich wurde aber das Motiv als unbeachtlich beurteilt.

Das Problem bei der Lehre von Morita liegt darin, dass nicht klar ist, ob die „cause" als Geltungsgrund des Vertrags oder als Kausalitätserfordernis verstanden wird:[83]

Bringt man den Begriff der „cause" ins Spiel, muss zwischen der gemeinrechtlichen causa-Lehre und der naturrechtlichen Kausalitätslehre unterschieden werden. Die causa-Lehre baut auf dem Unterschied zwischen causa impulsiva (Grund/Motiv: „warum einer will") und causa finalis (Zweck: „was einer will") auf. Die Kausalitätslehre dagegen besagt, dass nur dasjenige Motiv und damit nur derjenige Motivirrtum beachtlich sein soll, der für den Irrtum kausal war.[84]

Stand am Anfang die lateinische „causa" des pactums, so war damit der Geltungsgrund des Vertrags gemeint. Diese gemeinrechtliche causa - Regelung entspricht noch dem heutigen Art. 1108 CCF „Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention (...) Une cause licite dans l'obligation". Jeder gültige Vertrag bedarf also nach französischem Recht für seine Entstehung einer „cause licite", eines gültigen Vertragsgrundes. Entsprechend führt der „erreur sur la cause", der Irrtum über den Vertragsgrund, zur Nichtigkeit des Vertrags.

Die französische Lehre unterscheidet aber zwischen zwei Arten von „cause": der „cause de l'obligation", die den abstrakten Vertragsgrund (d.h. die typeneigene Gegenleistung) beschreibt, und der „cause du contrat", die die konkreten Gründe des Vertragsschlusses betrifft. Nur der „erreur sur la cause de l'obligation" führt zur Nichtentstehung des Vertrags. Damit ist nur der „erreur sur la cause de l'obligation" ein „erreur de l'obstacle".[85] Der „erreur sur la cause du contrat" ist demnach e contrario (und mangels Alternative) ein „erreur vice du consentement" nach Art. 1110 CCF.

Der „erreur vice du consentement" berechtigt den Irrenden zur Anfechtung, wenn er sich über die „Substanz der Sache" oder die „Person" des Vertragsverhältnisses geirrt hat.[86] Diese Bestimmung baut nun auf dem Konsens und nicht dem Geltungsgrund des Vertrags auf. An den Substanz-

---

wissen um das Vorliegen eines reinen Kredites für eine Vorauszahlungsschuld abgeschlossen wurde", Jurisuto Nr. 1246 (2003) 61 ff. mit weiteren Hinweisen.

[83] Bereits *Boissonade* N 61 f. macht längere Ausführungen zum Unterschied zwischen „cause" und „motif": Verkürzt ausgedrückt, war für ihn eine „cause" die „raison d'agir", während es beliebig viele Motive für ein Rechtsgeschäft geben kann.

[84] *Schermaier*, 215 ff.

[85] *Mazeaud/Chabas* N 161, 160 und N 253 ff., 260 ff.

„cause de l'obligation" entspricht der „cause abstraite, c'est a dire de la considération de la contreprestation" und die „cause du contrat" entspricht „cause concrete, les mobiles déterminantes".

[86] *Mazeaud/Chabas* N 162ff, 161 ff.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

begriff anknüpfend wird dabei subjektiv[87] bestimmt, ob der Motivirrtum kausal für den Konsens gewesen ist oder nicht. Unter diese Irrtumskategorie fallen somit die Eigenschaften (und damit auch andere Motive), die für die Parteien subjektiv massgebend für den Vertragsschluss („motifs déterminants") waren.[88]

Wenn also bei Morita mit der Unterscheidung zwischen „motif déterminant" und „motif simple" und den subjektiven Intentionen der Parteien argumentiert wird, so *entspricht dies der Ebene von Art. 1110 CCF und der Kausalitätslehre:* Es stellt sich die Frage, welches Motiv für den Vertragsschluss derart bestimmend war, dass der Vertrag ohne den Irrtum über dieses Motiv nicht eingegangen worden wäre. Mit anderen Worten: Es stellt sich die Frage, ob das Motiv „conditio sine qua non" für den Vertragsschluss gewesen ist.[89] Mit einer „cause de l'obligation" und einem „erreur sur la cause de l'obligation" hat das nichts gemeinsam.

Argumentiert Morita aber mit dem Begriff „Vereinbarungsgrund" und mit den objektivierten „typischen Vertragsleistungen", so liegt er eher auf der Ebene der alten lateinischen „causa-Lehre" (entsprechend dem geltenden Art. 1108 CCF) und fragt nach dem Geltungsgrund des Vertrags. Dafür spricht, dass in dem von ihm beschriebenen Fall des unentgeltlichen Vertrags („l'absence de cause est entendue comme une erreur sur le motif déterminant et presentant un minimum de base objective"[90]) ein Motivirrtum im Sinne eines „erreur de l'obstacle" über den Vertragsgrund vorliegt.

Der äusserst umfangreichen Rechtsprechung zum „erreur sur la substance" und den Motiven, die als subjektiv wesentlich angesehen wurden, zufolge, scheint es insgesamt nahe liegender, dass Morita die subjektiven und objektiven Wesentlichkeitsvoraussetzungen – auch Kausalitätsvoraussetzungen genannt – im Auge hatte. Es wäre damit aber weniger heikel, den Begriff „cause" nicht zu verwenden und unabhängig von diesem die dem Vertrag „zu Grunde liegende Vereinbarung" (im Sinne von Gôi Shugi) zu eruieren.[91] Dabei sind subjektiv und objektiv ausgeglichene Leistungsvereinbarungen anhand typisierter Vertragsverhältnisse sowie eine Einteilung in entgeltliche und unentgeltliche Verträge durchaus taugliche Kriterien.

---

[87] Es gibt Urteile und Lehrmeinungen, die „objektiv" anknüpfen, doch es lässt sich sagen, dass die blosse „subjektive Anknüpfung" vorherrscht.

[88] *Mazeaud/Chabas* N 160.

[89] Entspricht auch dem nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR und dem § 119 Abs. 2 BGB zu Grunde liegenden Verständnis.

[90] *Mazeaud/Chabas*, 160, in Anm. 16 als Beispiel *Ghestins* eines „erreur sur la cause de l'obligation" erwähnt.

[91] *Yamamoto*, Mingô, 184 f.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

d) Gegenseitiger Irrtum

aa. Gegenseitiger Motivirrtum

Ist beim beidseitigen Irrtum das Motiv zum „Inhalt der Willenserklärung" geworden, kann der Erklärende seinen Irrtum geltend machen, weil es dem Erklärungsempfänger, der sich ebenfalls im Irrtum befindet, grundsätzlich an der Schutzbedürftigkeit fehlt.[92] Ein Beispiel dazu von UCHIDA[93]: A glaubt, dass eine neue Haltestelle der Eisenbahnlinie gebaut werde und erklärt deswegen B, dass er dort ein Kaufhaus errichten werde und daher das nötige Grundstück X von B kaufen möchte. B glaubt durch den Bau des Kaufhauses werde der Wert des Grundstücks steigen. Beide Parteien befinden sich beim Abschluss des Grundstückkaufvertrags in einem gegenseitigen, aber nicht gemeinsamen Motivirrtum bezüglich des Wertes des Grundstücks.

Im Fall, dass sich der Erklärende in einem grob fahrlässigen Irrtum befindet und sich damit theoretisch nicht auf Art. 95 Minpô („2. Satzteil"[94]) berufen kann, verlangt diese Lehre, dass der „2. Satzteil" nicht angewendet werden soll[95], denn anderenfalls würde ein ungleiches Verhältnis zum Erklärungsempfänger bestehen, der sich seinerseits gültig auf Art. 95 Minpô berufen kann und selber kein schutzbedürftiges Interesse hat[96]. Im Resultat fordert diese Lehre somit für den Fall des gegenseitigen Motivirrtums, dass der 2. Satzteil von Art. 95 Minpô nicht angewendet wird.

In jedem Fall wird aber für eine unterschiedliche Behandlung von gegenseitigem und einseitigem Motivirrtum plädiert.[97]

---

[92] Anders etwa noch das Urteil des Saikô Saibansho vom 14.9.1989, Hanrei Taimazu Nr. 1336, 93 ff., in dem ein Ehepaar bei seiner Scheidung eine Übertragung des Grundstücks an die Ehefrau vereinbarte, unter der Annahme (w: Voraussetzung= zentral), dass beim Neueintrag im Grundbuch für den Ehemann keine Steuern anfallen würden, was sich im Nachhinein als falsch erwies.

[93] *Uchida*, 74; *Ônaka*, Hôgaku Ronsô Nr. 5, Bd. 141 (1997) 100 ff.

[94] Sog. „Tadashi Gaki" (w.: "der Abersatz"); das ist hier der 2. Satzteil von Art. 95 Minpô, der besagt, dass aber bei grobem Verschulden des Irrenden keine Berufung auf Irrtum möglich sei.

[95] Urteil Chisai Tokio vom 8.3.2002, Hanrei Jihô Nr. 1800, 64 ff., in dem ein gegenseitiger Motivirrtum beim Kauf eines vermeintlich echten Bildes von Miro bejaht und in der Folge eine Berufung auf grobes Verschulden des einen Irrenden nicht zugelassen wurde.

[96] *Uchida*, 75.

[97] *Kobayashi*, Minshôhô Zasshi Bd. 102 (1990) 492; ders. sakugo, 482 ff.; *Uchida*, 75; *Yamamoto*, Minpô, 173 ff.; nach *Kramer*, Irrtum int., N 42 entspricht es einer allgemeinen Tendenz in Europa, dass der gemeinsame Irrtum einen eigenständigen Anfechtungsgrund bietet und daher nicht mehr im Zusammenhang mit den allg. Irrtumsvoraussetzungen (z.B. des Ausschlusses der Anfechtbarkeit bei grober Fahrlässigkeit) angesehen werden sollte.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

bb. Gegenseitiger Erklärungsirrtum

Beim gegenseitigen Erklärungsirrtum muss zwischen gegenseitigem und gemeinsamem gegenseitigen Erklärungsirrtum unterschieden werden:[98]

Ein *gegenseitiger, gemeinsamer Erklärungsirrtum* liegt vor, wenn beide Parteien etwas erklären, das sie nicht wollen, aber die Erklärungen, objektiv ausgelegt, übereinstimmen, so dass ein Vertrag über einen Inhalt zu Stande gekommen ist, den beide nicht wollten.[99] Das entspricht der „falsa demonstratio" (vgl. im Folgenden lit. B.3), und es bleibt kein Raum für einen Irrtumsfall nach Art. 95 Minpô.

Ein *gegenseitiger, unterschiedlicher Erklärungsirrtum* liegt dagegen vor, wenn sich beide Parteien irren, aber nicht gleichermassen. Beispiel: A verschreibt sich und trägt 100'000 Yen statt 10'000 Yen im Kaufvertrag ein und B unterschreibt flüchtig, ohne den Fehler zu bemerken, und meint seinerseits als amerikanischer Geschäftsmann, es handle sich um 100'000 Dollar statt Yen. Nach traditioneller, objektiver Auslegung ist in Japan ein Vertrag über 100'000 Yen zu Stande gekommen und eine Anfechtung wegen Irrtums nach Art. 95 Minpô nur möglich, falls keine grobe Fahrlässigkeit von B vorgelegen hat.

Nach neuerer japanischer Lehre verletzt ein solches Resultat aber das Prinzip der Privatautonomie und der freien Willensbildung und schiesst über das Ziel der Irrtumsregelung hinaus, weil die Schutzbedürftigkeit des flüchtigen Erklärungsempfängers fehlt.[100] Wie bereits für den gegenseitigen Motivirrtum erörtert, kann es daher auch bei einem gegenseitigen Erklärungsirrtum dazu kommen, dass es unter vertrauens- und gerechtigkeitstheoretischen Aspekten [101] angebracht wäre, den Erklärungsempfänger nicht zu schützen oder dem Erklärenden trotz Verschuldens die Berufung auf die Irrtumsnichtigkeit nach Art. 95 Minpô nicht zu verweigern.[102]

---

[98] *Yamamoto*, Minpô, 173 ff.

[99] Beispiel: A verschreibt sich und trägt 100'000 Yen statt 10'000 Yen im Kaufvertrag ein, und B unterschreibt, ohne den Fehler zu bemerken, doch beide wollten den Vertrag zu 10'000 Yen abschliessen. Nach traditioneller, objektiver Auslegung war ein solcher Vertrag über 100'000 Yen gültig zu Stande gekommen, und eine Anfechtung wegen Irrtums war ausgeschlossen. Nach neuerer, nun herrschender Lehre ist ein solcher Vertrag gemäss dem wirklichen übereinstimmenden Willen der Parteien abgeschlossen worden; *Kano*, Minpô Hyakusen I, 41; siehe *Yamamoto*, Minpô, 174.

[100] *Isomura*, 41 f.; *Yamamoto*, Minpô, 173 ff., 174.

[101] *Yamamoto*, Minpô, 173 ff.; auch *Kramer*, Irrtum int., N 41 und 3, der bemerkt, dass der gegenseitige Irrtum im Vergleich zum einseitigen erst recht „unrichtig" im Sinne der „Richtigkeitsgewähr" *Schmidt-Rimplers* sei (AcP 147 (1941) 130 ff., 152).

[102] *Uchida*, 75.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

cc. Fazit

Ob, wie ursprünglich einmal der „einheitlichen Behandlung der Irrtumsarten" zugeordnet oder ob, wie heute faktisch einer „getrennten Behandlung der Irrtumsarten" zugeordnet (anderenfalls gäbe es die Unterscheidung von gegenseitigem Erklärungs- und Motivirrtum nicht): Wichtig ist die klare Erfassung des Unterschiedes zwischen einseitigem und gegenseitigem Irrtum, sei es ein Motiv- oder ein Erklärungsirrtum, den die neuere Lehre vollzieht.

e) Rechtsprechung

Die Rechtsprechung zum Motivirrtum (Art. 95 Minpô) hat sich seit den 1980er Jahren nicht wesentlich geändert. Es wird an der getrennten Behandlung der beiden Irrtumsarten festgehalten. Der Motivirrtum wird theoretisch als Irrtumsart anerkannt, jedoch nur dann unter Art. 95 Minpô subsumiert, wenn das Motiv dem Erklärungsgegner gegenüber „geäussert" wurde. Ungeklärt bleibt seit der ersten höchstrichterlichen Anerkennung des Motivirrtums von 1915[103], wie diese „Äusserung des Motivs" konkret aussehen muss, *ob sie insbesondere auch „stillschweigend" erfolgen* kann:[104] So hat das höchste Gericht mit Urteil vom 11.7.2002[105] die Berufung auf Motivirrtum nach Art. 95 Minpô eines Bürgen anerkannt, der fälschlicherweise glaubte für die Hauptschuld aus einem Abzahlungsvertrag für Maschinen einzustehen, obschon er für eine aus einem „reinen Kreditvertrag"[106] eingestanden war. Im Urteil wird zunächst am Grundsatz festgehalten, dass ein Motivirrtum nur dann wesentlich im Sinne des Gesetzes sei, wenn das Motiv, dass der Bürgschaftsvertrag nur eingegangen werde, wenn die zu sichernde Hauptschuld aus einem Abzahlungsvertrag stamme, „Inhalt der Willenserklärung" geworden sei. Dies lasse sich in casu nicht nachweisen. Da aber „die Maschinen" ein Thema zwischen den Parteien bei Abschluss des Bürgschaftsvertrags gewesen seien, betrachtete das Gericht das Motiv als erklärt.

Ungeklärt ist auch, ob die Voraussetzung der „Äusserung des Motivs" eventuell ganz durch die „Voraussetzung der Erkennbarkeit" ersetzt werden kann:

In den Entscheiden der unteren Instanzen wird ebenfalls an der „getrennten Behandlung der Irrtumsarten" festgehalten und der Motivirrtum

[103] Urteil vom 15.14.1915, in Minroku 20, 1101: die Möglichkeit der "stillschweigenden Äusserung des Motivs" wurde hier ausdrücklich offen gelassen.

[104] "Stillschweigende Äusserung des Motivs" bejaht in 14.9.1989, Hanrei Jihô Nr. 1336, 193 ff.; verneint dagegen im Urteil vom 26.11.1954 in Minshû 8-11-2087 ff., und in Urteil vom 29.5.1979 in Minji Nr. 99, 273 ff.

[105] Hanrei Taimuzu Nr. 1109, 129 ff.; Hanrei Jihô Nr. 1805, 56 ff.

[106] Kara kreijito keiyaku, w: leerer Kreditvertrag.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

mal anerkannt[107] und mal nicht.[108] Hier finden sich allerdings mehrere neuere Urteile, in denen ein Motivirrtum nach Art. 95 Minpô anerkannt worden ist, obschon *das Motiv nicht explizit vom Irrenden geäussert wurde*:

a) Mit Urteil vom Chisai Yokohama vom 19.9.2003[109] wurde ein medizinischer Behandlungsvertrag wegen Motivirrtums nach Art. 95 Minpô für nichtig erklärt, weil sich die Patientin anlässlich einer Lasertherapie von Leberflecken auf der Stirn bei Abschluss des Vertrags vorgestellt hatte, dass erstens dadurch die Pigmentzellen zerstört würden und zweitens die Nachbehandlung unkompliziert sei, was sich nachträglich beides als falsch erwies. Das Gericht entschied zu Recht, dass das Motiv für den Behand-

[107] Urteil vom 22.1.1999 des Kôsai Tokio, Hanrei Jihô Nr. 1685, 51 ff. bzgl. eines Erbteilungsvertrags über Grundstücke zwischen den Erben X und Y, wobei X den Y überredete diesen zu schliessen, weil der Vertrag für beide viel rentabler sei, obschon ein öffentlich beurkundetes Testament des Erblassers A bestand. Das Motiv war geäussert worden und nach objektiviertem Verständnis ergab sich, dass der Vertrag vom Irrenden Y nicht geschlossen worden wäre, wenn er gewusst hätte, dass der X letztlich den grösseren Erbteil erhalten würde; Urteil vom 27.4.1998 Chisai Yokohama, Hanrei Taimuzu Nr. 1023 (2000) 191 ff. bzgl. des objektiven Werts eines Grundstücks bei einem Grundstückkaufvertrag, der um 70 % differierte und vom Erblasser mit einem Dritten abgeschlossen worden war und nun vom Erben wegen Irrtums angefochten wurde; Urteil vom 26.8.1998 vom Kôsai Fukuoka, Hanrei Jihô Nr. 1698 bzgl. eines Motivirrtums bei einer Ausschlagungserklärung einer Erbschaft, die unter falschen Vorstellungen über die finanziellen Verhältnisse des Erblassers erfolgte; Urteil vom 6.9.1997 des Kôsai Tokio, Hanrei Jihô Nr. 1635, 94 ff. bzgl. eines Lebensversicherungsvertrags mit dem Zweck Erbschaftssteuern zu sparen: die Versicherungsbeiträge wurden von der Bank finanziert, so dass für die Versicherung der Eindruck entstanden war, dass der Versicherungsnehmer kapitalkräftig sei, was sich als unwahr erwies, wodurch die Versicherungsgesellschaft zu Schaden kam; Urteil vom 26.12.1996 des Chisai Tokio, Hanrei Jihô Nr. 1576, 51 ff. bzgl. eines Tauschvertrags, bei dem die irrende Partei mangels anders lautenden Äusserungen darauf vertraute, dass ausser der Tauschdifferenz keine Kosten anfallen würden, was sich als falsch erwies, denn es fielen später noch Steuern an; Urteil vom 14.6.1990 des Chisai Tokio, Hanrei Jihô Nr. 1375 (1991) 79 ff., bei dem es darum ging, dass bei einem Grundstückkaufvertrag nicht davon gesprochen wurde, dass zwischen dem Grundstück und der davor liegenden Strasse noch ein schmaler Streifen eines Nachbargrundstückes verlief.

[108] Urteil vom 20.5.2002 des Chisai Tokio, Hanrei Taimuzu Nr. 1128 (2003) 65 ff., 68 bzgl. eines Bürgschaftsvertrags zwischen einem Taubstummen und einer Bank, der nicht wegen Irrtums für nichtig erklärt wurde, weil bei Vertragsschluss kein Taubstummenübersetzer anwesend war; Urteil zum gleichen Thema vom 23.3.1998 des Kôsai Tokio, Hanrei Taimuzu Nr. 1015, 150 ff.; Urteil vom 19.7.1996 des Chisai Ôsaka bzgl. einer zweijährigen Miete eines Geschäftsraums, die angeblich wegen eines grossen "Showrooms" abgeschlossen worden war, der in der Folge wegen Strassenarbeiten unmittelbar vor der Liegenschaft nicht zur Geltung kommen konnte. Das Gericht stellte in Abrede, dass dieses Motiv von der Mieterschaft bei Vertragsschluss geäussert wurde. Zudem machte es geltend, dass die Mieterschaft in einem Geschäftsviertel mit Bauarbeiten hätte rechnen müssen.

[109] Hanrei Jihô Nr. 1858, 94 ff.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

lungsvertrag als „erklärt" angesehen werden könne, weil der Behandlungsvertrag auf den entsprechenden Informationen bzw. Erklärungen des Chefarztes beruht hatte.[110]

Hätte die Patientin gewusst, dass die Behandlung riskant war und nicht den gewünschten Erfolg bringen würde, wäre sie den Vertrag nicht eingegangen. Das Gericht sprach der Irrenden daneben einen Schadenersatzanspruch wegen Verletzung der Informationspflichten aufgrund unerlaubter Handlung zu.

b) Mit Urteil vom 26.1.2002 des Kôsai Tokio[111] wurde den Gläubigern eines Bürgschaftsvertrags entgegengehalten, dass erkennbar gewesen sei, dass die Bürgen den „wahren Willen" gehabt hätten, für 2 Mio. Yen zu bürgen, so dass die Bürgschaftssumme auf 2 Mio. Yen beschränkt wurde.

c) Mit Urteil vom 21.12.1989 des Chisai Nagoya[112] wurde ein Kaufvertrag über einen „Picasso", dem die Originalunterschrift fehlte, wegen Motivirrtums für nichtig erklärt mit dem Argument, dass der hohe Preis, der für das Bild bezahlt worden sei, „stillschweigender" Ausdruck des Motivs[113] sei, dass nur ein Bild mit „Originalunterschrift" gekauft werden wollte.

Diese Beispiele bedeuten nichts anderes, als dass die Rechtsprechung vermehrt auch das Prinzip des Gôi Shugi (das Prinzip der zu Grunde liegenden Vereinbarung der Parteien) berücksichtigt und damit vermehrt der Privatautonomie der Parteien Rechnung getragen wird.[114]

B. Verhältnis zu anderen zivilrechtlichen Rechtsbehelfen

1. Abgrenzungs- und Konkurrenzfragen beim Irrtum

Die Frage nach dem Vorliegen eines Irrtums nach Art. 95 Minpô stellt sich erst, wenn ein Vertrag zu Stande gekommen ist. Eine Willensstörung kann aber, wie bereits erwähnt, ein Konsensproblem sein. Es wird daher im Fol-

[110] „…動機は，B院長の説明を信じたことによるものであるから当然この動機は表示されていたものということができる" (dôki wa, B inchô no setsumei o shinjita koto niyoru mono de aru kara, tôzen kono dôki wa hyôji sareteita mono to iu koto ga dekiru).

[111] Hanrei Taimuzu Nr. 1115 (2003).

[112] Urteil vom 21.12.1989 des Chisai Nagoya, Hanrei Taimuzu Nr. 726 (1990) 188 ff., 190.

[113] Anders etwa das Urteil des obersten Gerichtes vom 14.9.1989, Minshû 4-102-488 mit weiteren Hinweisen, in dem die Berufung auf gegenseitigen Motivirrtum verneint wurde, weil das Motiv nur "stillschweigend" geäussert worden sei.

[114] *Yamamoto*, Minpô, 166 f.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

genden die Irrtumsregelung den entsprechenden „japanischen" Rechtsinstituten (Dissens, „falsa demonstratio", Voraussetzung und Bedingung) gegenübergestellt.

Wie bereits im Zuge der neuen Irrtumslehren erörtert, bieten die Täuschung (Art. 96 Minpô) und die unerlaubte Handlung weitere zivilrechtliche Vertragslösungsrechte für eine in ihrem Willen gestörte Partei. Diese sollen daher ebenfalls von der Irrtumsregelung abgegrenzt werden.

Zudem wird die Anspruchskonkurrenz zur Sachgewährleistung im Kaufvertrag nach Art. 570 Minpô i.V.m. Art. 566 Abs. 1 Minpô praxishalber auch noch berücksichtigt.

Auf das Verhältnis der Irrtumsregelung zu den speziellen Vertragslösungsrechten für Verbraucher wird im dritten Kapitel der Arbeit ausführlich eingegangen.

2. *Dissens*

Die Abgrenzung des Irrtums vom Dissens, insbesondere vom versteckten Dissens[115], bereitet oft Schwierigkeiten.[116]

Ein Dissens liegt nach japanischem Recht vor, wenn der Inhalt der gegenseitigen Willenserklärungen der Parteien nach ihrer Auslegung nicht übereinstimmt.[117] Ein versteckter Dissens liegt dann vor, wenn sich die Parteien nicht bewusst sind, dass ihr jeweils erklärter Wille nicht mit dem der anderen übereinstimmt.[118] In beiden Fällen ist kein Vertrag zu Stande gekommen. Ein Irrtum liegt demgegenüber dann vor, wenn die gegenseitigen Willenserklärungen der Parteien aufgrund ihrer Auslegung übereinstimmen, also ein Vertrag gültig zu Stande gekommen ist, aber mindestens eine Partei dieses Resultat nicht gewollt hat.[119]

Oft handelt es sich um einen versteckten Dissens, wenn die Parteien die gleichen Worte verwenden, diesen aber eine andere Bedeutung beimessen.

Isomura bringt das Beispiel eines Kaufvertrags über die Ladung des Schiffes „Tosamaru". Es stellt sich heraus, dass es zwei Schiffe dieses Namens gab und beide Parteien bei Vertragsschluss ein anderes Schiff meinten und somit von einer anderen Schiffsladung ausgegangen waren. Sind beide Parteien bei Vertragsschluss von einem anderen Schiff „Tosamaru" ausgegangen, ergibt sich aber aufgrund der Auslegung ihrer Willenserklärungen, z.B. weil der Vertrag in der Stadt A abgeschlossen wurde, dass beide das Schiff im Hafen A und nicht dasjenige im Hafen B, der über 1000 km entfernt liegt, gemeint haben müssen, so ist ein Vertrag über die

---

[115] Jap.: 不合意 (fugôi) bzw. 無意識の不合意 (muishiki no fugôi).
[116] *Ômura*, Minpô, 41 ff.; *Ômura*, Shôhisha, 64 ff.
[117] *Yamamoto*, Minpô, 182 f.
[118] *Isomura*, 144 ff.
[119] *Yamamoto*, Minpô, 182 f.; *Isomura*, 145 f.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Ladung des Schiffes „Tosamaru" im Hafen C und geht eine Partei bei Vertragsschluss von demjenigen Schiff im Hafen A aus und die andere Partei von demjenigen im Hafen B, ergibt aber die objektive Auslegung der gegenseitigen Willenserklärungen, dass beide das Schiff im Hafen C gemeint haben müssen, so ergibt sich nach Isomura, dass kein Vertrag zu Stande gekommen ist, weil für beide Parteien kein Grund für einen Vertrauensschutz besteht. [120] Es liegt damit genau genommen ein Fall eines versteckten Dissenses vor.samaru" im Hafen A zu Stande gekommen. Diejenige Partei, die bei Abschluss des Kaufvertrags die Ladung des Schiffes „Tosamaru" im Hafen B im Sinne gehabt hatte, befand sich im Irrtum und kann den Kaufvertrag wegen Irrtums im Sinne von Art. 95 Minpō nichtig erklären lassen. Gibt es ein drittes Schiff mit dem Namen „Tosamaru" im Hafen C und geht eine Partei bei Vertragsschluss von demjenigen Schiff im Hafen A aus und die andere Partei von demjenigen im Hafen B, ergibt aber die objektive Auslegung der gegenseitigen Willenserklärungen, dass beide das Schiff im Hafen C gemeint haben müssen, so ergibt sich nach Isomura, dass kein Vertrag zu Stande gekommen ist, weil für beide Parteien kein Grund für einen Vertrauensschutz besteht.[121] Es liegt damit genau genommen ein Fall eines versteckten Dissenses vor.

3. „Falsa demonstratio"

Ähnlich ist die folgende Fallkonstellation: Falls die objektive Auslegung der Willenserklärungen ergibt, dass beide Parteien das Schiff im Hafen C gemeint haben müssen, die Parteien jedoch trotz anders lautender Erklärung gegenseitig verstehen, dass sie beide das Schiff im Hafen A gemeint haben, so soll ihnen ihre falsche Erklärungsweise nicht schaden. Der Kaufvertrag kommt so zu Stande, wie es dem übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien entsprochen hat, nämlich über die Ladung des Schiffes A. Es handelt sich um einen Anwendungsfall einer „falsa demonstratio".[122]

Im Gegensatz zum Irrtumsfall befinden sich beide Parteien gleicherweise in einem Erklärungsirrtum, was sie aber nicht daran hindert, tatsächlich das Gleiche zu wollen. Es handelt sich etwa um gegenseitige Versprecher oder Verschreiber oder Verwechslungen wie irrtümlich einen Kaufvertrag zu unterzeichnen statt des ebenfalls auf dem Papierberg liegenden Mietver-

[120] *Isomura*, 147; ebenso *Kano*, Hyakusen I, 1996, 41, die jedoch auf das besprochene Urteil vom 28.6.1944 des Daishin'in hinweisend festhält, dass das Gericht die Parteien aufgrund objektiver Auslegung zu unrecht an einem Vertrag festhalten lässt, den beide nicht wollten; ebenso wohl *Yamamoto*, Minpō, 177.

[121] *Isomura*, 147; ebenso *Kano*, Hyakusen I, 1996, 41, die jedoch auf das besprochene Urteil vom 28.6.1944 des Daishin'in hinweisend festhält, dass das Gericht die Parteien aufgrund objektiver Auslegung zu unrecht an einem Vertrag festhalten lässt, den beide nicht wollten; ebenso wohl *Yamamoto*, Minpō, 177.

[122] 表見は言者を害す (gōhyō wa gainaru); *Isomura*, 147; *Kano*, Hyakusen I, 1996, 41.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

trags, und beide Parteien es nicht merken. Es findet sich daher auch die Bezeichnung „gegenseitiger Irrtum".[123]

Da mit dem Institut der „falsa demonstratio" auf die wirklichen Willen der Parteien abgestellt wird, gilt dieses Rechtsinstitut im japanischen Recht auch als eine Reminiszenz des Willensprinzips.[124]

4. Zur Bedingung und Voraussetzung

Bei der Abgrenzung des Irrtums von den Rechtsinstituten der Bedingung und Voraussetzung interessiert von vornherein nur diejenige zum Motivirrtum.

Art. 127 Minpô regelt die Rechtswirkungen der suspensiven und resolutiven Bedingungen.[125] Eine Bedingung liegt dann vor, wenn die Vertragswirkung vom Eintritt eines bestimmten, objektiven, ungewissen Ereignisses abhängig gemacht wird, sei es, dass die Vertragswirkung mit dessen Eintritt beginnt, oder sei es, dass diese dann aufhört.[126] Als Beispiel erwähnt Uchida das Versprechen eines Onkels an einen Jurastudenten, diesem bei erfolgreichem Abschluss seiner Universitätsprüfung eine Wohnung zu schenken. Hat der Neffe das Angebot angenommen, so kommt aufgrund der übereinstimmenden Willenserklärungen der Schenkungsvertrag mit Eintritt des positiven Prüfungsresultats zu Stande. Würde es sich nicht um eine Bedingung, sondern ein Motiv des Onkels handeln, so käme der Schenkungsvertrag gleich bei Annahme des Angebots durch den Neffen zu Stande, und der Onkel müsste später bei Nichtbestehen der Prüfung den Vertrag wegen Irrtums anfechten.

Da eine solche Konstellation die Verkehrssicherheit erheblich beeinträchtigen würde, *ist nach japanischem Recht offenbar klar, dass ein Irrtum über ein künftiges, ungewisses Ereignis nicht berücksichtigt werden kann*. Das Thema des Irrtums über einen zukünftigen Sachverhalt wird in den japanischen Irrtumsdarstellungen nicht abgehandelt.

Eine Voraussetzung (前提, zentei) einer Willenserklärung liegt vor, wenn diese an eine Tatsache geknüpft wird, die gegenwärtig, aber für den Erklärenden nicht erkennbar ist.[127]

Ein Motiv liegt dagegen vor, wenn eine Willenserklärung aufgrund der Vorstellung über eine Tatsache, die beliebig vergangen oder gegenwärtig ist, abgegeben wird. Ein Beispiel eines vorausgesetzten Umstandes ist: Der Käufer möchte im Ausland einen unfallfreien Gebrauchtwagen kaufen, weil er davon ausgeht, dass er mit einem solchen niedrigere Versiche-

[123] *Uchida*, 74 f.; *Kitagawa*, Minpô, 147.
[124] *Kano*, Hyakusen I, 1996, 41.
[125] 停止条件/解除条件 (teishi jôken/kaijô jôken).
[126] *Uchida*, 291 f.; *Yamamoto*, Minpô, 177.
[127] *Yamamoto*, Minpô, 177.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

rungsprämien bezahlen muss. Es stellt sich im Nachhinein heraus, dass der Wagen nicht unfallfrei ist und er ebenso hohe Prämien bezahlen muss, als wenn er von Anfang an ein noch viel billigeres Unfallauto gekauft hätte.

Nach der japanischen Lehre „von der zu Grunde liegenden Vereinbarung"[128] sind die Voraussetzung und die Bedingung, gerade aufgrund ihres Unterschieds zum Motiv, eine Methode, das eigene Motiv rechtlich durchzusetzen bzw. das Irrtumsrisiko abzuwälzen. Es lässt sich schliessen, dass die Vereinbarung einer Bedingung nach japanischem Recht zumindest für die Vereinbarung von künftigen, ungewissen Ereignissen als Ersatz für den Motivirrtum dienen kann.

Es zeigt sich damit einerseits, dass zwar je ein definierbarer Unterschied von Bedingung und Voraussetzung zum „Motiv" besteht und andererseits, dass die Abgrenzung zwischen Motiv, Voraussetzung und Bedingung schwierig ist.

5. Zu den anderen „Willenserklärungen"

a) Zwei Arten von Willenserklärungen des Minpô

Im Minpô werden unter dem Titel „Willenserklärungen"[129] die Mentalreservation (Art. 93 Minpô[130]), die Scheinerklärung (Art. 94 Abs. 1 Minpô), der Irrtum (Art. 95 Minpô), die Täuschung (Art. 96 Abs. 1 Minpô) und die Drohung (Art. 96 Abs. 1 Minpô) aufgezählt.

Die Lehre teilt diese traditionellerweise in „*Willenserklärungen mit Mangel*" (瑕疵ある意思表示、kashi aru ishi hyoji) und „*Willenserklärungen mit fehlendem Willen*" oder mit so genannter „Willenslücke" (意思欠缺, ishi keketsu) ein: Die „Täuschung" und die „Drohung" zählen zur ersten Art, und der Irrtum[131], die Scheinerklärung und die Mentalreservation zur zweiten.[132] Diese Zweiteilung geht darauf zurück, dass bei Täuschung und Drohung der Willen und die Erklärung zwar übereinstimmen, die Willenserklärung aber als Ganzes mangelhaft ist, weil der Willensbildungsprozess gestört und daher die Willenserklärung nur unfreiwillig zu Stande gekommen ist. Der Irrtum (als Erklärungsirrtum), die Scheinerklärung und die Mentalreservation sind dagegen Willenserklärungen mit „feh-

[128] *Yamamoto*, Minpô, 178 ff.

[129] A.A. *Marutschke*, 177, der alle Artikel (93-96 Minpô) unter den Begriff „fehlerhafte Willenserklärungen" ordnet und *Oda*, 178, der mit „Willensmängel" übersetzt.

[130] *Uchida*, 64; *Yamamoto*, Minpô, 136 ff.

[131] Da diese Definition für den Motivirrtum nicht stimmt, ist die Kritik an dieser Zweiteilung und dem Begriff des „fehlenden Willens" gross. Letztlich beruht aber diese Zweiteilung auf der ohnehin umstrittenen Meinung, dass sich der Motivirrtum nicht unter Art. 95 Minpô subsumieren lasse. *Kobayashi*, Minpô no Sôsoku, 50 f.

[132] *Nakata*, ZJapanR 11 (1991) 33, bezeichnet diese Gruppe als „fehlerhafte Willenserklärungen".

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

lendem Willen", weil die Erklärung ohne entsprechenden Willen abgegeben wurde.

Einzig auf eine Besonderheit des japanischen Rechts ist hier noch hinzuweisen: Einem gutgläubigen Dritten darf die Ungültigkeit des Scheingeschäfts von keiner der Parteien entgegengehalten werden (Art. 94 Abs. 2 Minpô).[133]

b) Zur Täuschung

Ein eigentliches Abgrenzungsproblem zum Motivirrtum nach Art. 95 Minpô stellt sich aber nur dann, wenn dieser überhaupt als Irrtum anerkannt wird.[134]

Eine Täuschung nach Art. 96 Abs. 1 Minpô[135] liegt vor, wenn der Erklärende bewusst oder unbewusst eine Willenserklärung abgibt, die nicht seinem Willen entspricht, weil der Vertragspartner oder ein Dritter mittels täuschender Handlung auf seinen Willensbildungsprozess Einfluss genommen hat. Eine „täuschende Handlung" ist eine, die Treu und Glauben im Geschäftsverkehr widerspricht, aber auch nur einen Teil des Rechtsgeschäfts betreffen kann. Eine Täuschung kann auch bei „Unterlassen" vorliegen.[136] Der Getäuschte kann jeden „einfachen Motivirrtum" geltend machen,[137] der anders als beim Irrtum (Art. 95 Minpô, 2. Satz) auch eigens mitverschuldet sein darf.[138]

Der ausnahmsweise beachtliche Motivirrtum nach Art. 95 Minpô erfolgt dagegen ohne aktives oder passives Einwirken des Vertragsgegners oder eines Dritten, sondern aufgrund eines eigenen, unbewussten Erklärungsfehlers oder Motivirrtums.[139]

Sind die Voraussetzungen beider Tatbestände erfüllt, so kann sich der Getäuschte nach eigener Wahl auf Irrtum und damit die Nichtigkeitsfolge (Art. 95 Minpô) oder auf Täuschung und damit Anfechtbarkeit (Art. 96 Minpô) des Vertrags berufen. In der Lehre wird allerdings die Meinung

---

[133] Nach *Marutschke*, 118, ist diese Regelung als Ausgleich für das Fehlen eines Gutglaubensschutzes des Grundbucheintrages anzusehen. So kann bei dem wiedergegeben Fall bei Vorliegen eines simulierten Grundstückkaufvertrags zwischen A und B, B das Grundstück an C weiterveräussern, und in der Folge darf A dem C die Ungültigkeit des Kaufvertrags mit B nicht entgegenhalten, weil A mit dazu beigetragen hat, den Schein zu erwecken, dass das Grundstück B gehört habe.

[134] *Hirano*, 228 ff., N 3-341.

[135] Art. 96 Abs. 1 Minpô lautet: Eine aufgrund Täuschung oder Drohung abgegebene Willenserklärung kann angefochten werden (*Ishikawa/Leetsch*, 18).

[136] *Wagatsuma*, 308 ff.; *Uchida*, 75.

[137] *Kawai*-Kom. 401.

[138] Was nicht bedeutet, dass in der Lehre nicht auch eine analoge Anwendung der Irrtumsbestimmung erwogen wird, *Kawai*-Kom. 401.

[139] *Uchida*, 77.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

vertreten, dass auch beim Irrtum die Wahlfreiheit zwischen der Rechtsfolge „Nichtigkeit" und „Anfechtbarkeit" bestehen soll, so dass generell für die Anfechtbarkeit eingetreten wird.[140]

Eine ähnliche Angleichungstendenz ist erkennbar beim *„Schutz des gutgläubigen Dritten"*: Bei der Täuschung nach Art. 96 Abs. 3 [141] (und beim Scheingeschäft nach Art. 94 Abs. 2 Minpô) wird ein gutgläubiger Dritter geschützt, nach Irrtumsrecht aber nicht, denn wenn ein Vertrag von allem Anfang an nichtig ist, kann es auch keinen Dritten geben, der geschützt werden soll.[142] Nach der Lehre soll sich dagegen auch ein gutgläubiger Dritter heute im Irrtumsfall analog den Art. 96 Abs. 3 und Art. 94 Abs. 2 Minpô auf seinen guten Glauben berufen können.

Dies wurde zumindest für den Fall bestätigt, dass der Irrende an dem zu Grunde liegenden Scheingeschäft beteiligt gewesen ist, so dass der Irrtum dem gutgläubigen Dritten nicht entgegengehalten werden kann.[143] Die analoge Anwendung von Art. 94 Abs. 2 Minpô ist auch dann möglich, wenn sich der Getäuschte, der sich aufgrund von Art. 93 Abs. 3 Minpô nicht gegen den gutgläubigen Dritten wehren kann, zur Umgehung dieser Bestimmung dem Dritten gegenüber auf Irrtum beruft. Eine analoge Anwendung wird nach Uchida aber dann problematisch, wenn der Irrende seinen Irrtum erst geltend macht, nachdem der Dritte den Vertragsgegenstand erhalten hat. In dem Fall hat der Irrende nachweislich nichts dazu beigetragen, dass sein Vertragspartner dem Dritten gegenüber einen Rechtsschein vermittelt habe, der diesen in seiner Annahme bestätigte, dass der Vertragspartner Berechtigter gewesen war.[144]

6. Zum Schadenersatzanspruch wegen unerlaubter Handlung

Keine eigentlichen Abgrenzungsprobleme bietet die Unterscheidung zwischen der Berufung auf Irrtum und derjenigen auf Schadenersatz wegen unerlaubter Handlung (Art. 709 ff. Minpô).[145]

---

[140] *Yamamoto*, Minpô, 198 ff.

[141] Art. 96 Abs. 2 und 3 Minpô unterscheiden zwischen Täuschung und Drohung, so dass nach Abs. 3 der Gutglaubensschutz des Dritten nur bei Täuschung gilt. Vgl. zum Ganzen *Tanaka Norio*, Zur Drittwirkung und Erheblichkeit der Drohung – Herkunft des Art. 96 Minpô, 341 ff., in: 100 Jahre Japanisches Zivilgesetzbuch, Knöttel/Nishimura (Hrsg.), 2000, Köln.

[142] *Uchida* 83 f., *Kawai*-Kom. m.w.H. 400.

[143] Urteil vom 29.6.1999 des Kôsai Fukuoka, in Hanrei Taimuzu Nr. 1026, 201 ff.

[144] *Uchida*, 84.

[145] Inkl. der Fälle von culpa in contrahendo (c.i.c.), die im japanischen Recht auch anerkannt sind, zum Ganzen zwei Urteile des Saikôsai mit zahlreichen Hinweisen in Hanrei Jihô Nr. 1139 (1985) 51 ff. Allerdings hat der Schadenersatzanspruch aufgrund von c.i.c. im Vergleich zu demjenigen aufgrund unerlaubter Handlung geringe Bedeutung. Die unerlaubte Handlung ist sehr offen formuliert und erfasst sowohl vorsätzliche

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Unproblematisch ist auch die Frage der Anspruchskonkurrenz, denn ein Vertrag kann aufgrund des Irrtums für nichtig erklärt und der irrenden Partei zudem ein Schadenersatz aus unerlaubter Handlung zugesprochen werden.[146]

Interessant an der Berufung auf Schadenersatz aufgrund unerlaubter Handlung (und auch aufgrund c.i.c.) ist hier, dass mindestens untere Gerichtsinstanzen[147] unabhängig von der Berufung auf Irrtum gestützt auf eine unerlaubte Handlung einen Schadenersatzanspruch wegen ungenügender oder unpassender[148] Information bei Vertragsschluss zulassen, der den Umfang einer „*restitutio in integrum*" [149] trägt. Ein solcher Schadenersatzanspruch kommt faktisch einer Rückabwicklung eines Vertrags gleich.[150] Die Lehre fordert daher seit langem[151], dass wenn schon ein solcher, umfassender Schadenersatzanspruch wegen „unrichtigen Vertragshandlungen"[152] zugelassen sei, die weder auf unzulässigem Druck, noch auf unzulässiger Einmischung beruhen, auch die Vertragsauflösung anerkannt werden müsste, da anderenfalls ein Wertungswiderspruch bestehe.

Diese Forderung kommt einer Forderung nach einer allgemeinen Zulässigkeit der Berufung auf Motivirrtum nach Art. 95 Minpô bei „ungenügender Information" gleich, hätte doch diese keine anderen Konsequenzen als die „Nichtigkeit des Vertrags" und einen „Rückerstattungsanspruch" im Umfang einer „restitutio in integrum".

---

wie fahrlässige Handlungen, die „rechtswidrig" sind. Es sind auch sämtliche vorvertraglichen Aufklärungspflichten erfasst: zum Ganzen *Shiomi*, 33 ff., 144.

[146] Urteile des Kôsai Yokohama vom 4.9.1996 und Chisai Tokio vom 21.2.1996 in Hanrei Jihô Nr. 1587 (1997) 52 f.; Urteil des Kôsai Tokio vom 9.6.1997, Hanrei Jihô Nr. 1635 (1998) 95 ff.; Urteil des Chisai Yokohama vom 19.9.2003, Hanrei Jihô Nr. 1858 (2004) 94 ff.; Urteil des Kôsai Tokio vom 20.12.2003, Hanrei Jihô Nr. 1863 (2004) 41 ff.

[147] Urteil des Kôsai Ôsaka vom 18.2.1994, Hanrei Taimazu Nr. 872, 245 ff.; Urteil Kôsai Ôsaka vom 23.2. 1995, Hanrei Jihô Nr. 1548 (1996) 108 ff.; betr. Aufklärungspflicht bei Kaufvertrag, Urteil des Kôsai Tokio vom 26.12.2003, Hanrei Taimazu Nr. 1115, 185; betr. Vertrag über Lebensversicherung, Urteil des Kôsai Tokio vom 10.12.2003, Hanrei Jihô Nr. 1863 (2004) 41 ff.
Es geht vor allem um ungünstige Verleitungen zu Investitionen im Geschäftsverkehr mit Warentermin-, Sicherungs- und Versicherungsgeschäften. Zum Ganzen mit weiteren Hinweisen zur Rechtsprechung, *Shiomi*, 116 ff., 120 ff.

[148] Jap.: 不十分 (fujubun) und 不適切 (futekisetsu), w: unbrauchbar, *Yamamoto Keizô*, Jurisuto Nr. 1097 (1996) 125.

[149] 原状回復的損害賠償 (genjô kaifukuteki songai baishô) w: der den früheren Stand wiederherstellende Schadenersatz.

[150] *Shiomi*, 120 ff.

[151] *Shiomi*, Jurisuto Nr. 179 (1995) 12, 94; *Yamamoto*, Jurisuto Nr. 1097 (1996) 125 ff., 126 f.

[152] 不当な勧誘行為 (futôna kanyû kôi), w: unrichtige Anpreisungen, nicht im Sinne von unlauterem Wettbewerbs.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

7. Zum Sachgewährleistungsanspruch

Im Verhältnis zum Sachgewährleistungsanspruch (nach Art. 570 Minpô i.V.m. Art. 566 Abs. 1 Minpô im Kaufvertrag) besteht ebenfalls ein Konkurrenz- und kein Abgrenzungsproblem: Ein Sachgewährleistungsanspruch[153] besteht, wenn der Vertragsgegenstand an einem Mangel bzw. einem Fehler leidet oder vom versprochenen Sollzustand abweicht.[154] Der Käufer muss aber im Gegensatz zu Art. 95 Minpô bei Vertragsabschluss keinem Irrtum über die Sache unterlegen sein. Andererseits liegt beispielsweise kein „Mangel" vor, wenn ein mit einem Mietrecht belastetes Grundstück Gegenstand des Kaufvertrags ist und dem Grundstück ein vom Mieter verursachter Mangel anhaftet. Das wäre kein Mangel des Vertragsgegenstands[155], sondern bereits ein Folgeschaden. Es kann aber ein Irrtum über das Objekt des Mietrechts vorliegen.

Rechtsfolge des Sachgewährleistungsanspruchs ist nach Art. 570 und 566 Abs. 1 Minpô ein Schadenersatzanspruch. Ist der Vertragszweck durch den Mangel unerreichbar geworden, so ist auch ein Rücktritt vom Vertrag möglich. Die Frist zur Geltendmachung des Sachgewährleistungsanspruchs beträgt nach Art. 570 i.V.m. 566 Abs. 3 Minpô ein Jahr ab Kenntnis des Mangels. Unter Umständen kann der Rücktretende nach Art. 545 Abs. 3 Minpô auch zusätzlich Schadenersatz verlangen. Die Rechtsfolgen des Rücktritts zeigen, warum es in Lehre und Rechtsprechung *umstritten* ist, ob neben dem speziellen Sachgewährleistungsanspruch noch eine Berufung auf die allgemeine Irrtumsregelung möglich sei. Es werden verschiedene Auffassungen in der Lehre vertreten:[156]

a) Der Sachgewährleistungsanspruch sei aufgrund seiner gesetzlichen Stellung, dem besseren Schutz des Dritten (Art. 545 Abs. 1 Minpô) und dem besseren Verkehrsschutz im Allgemeinen (einjährige Frist zur Geltendmachung) „lex specialis" zur allgemeinen Irrtumsregelung und gehe dieser damit vor.[157] Als Variation zu lit. a) vertritt Nomura die Auffassung, dass zwar eine Berufung auf Irrtum möglich sei, jedoch nur innert der einjährigen Frist von Art. 566 Abs. 3 Minpô.[158]

---

[153] 瑕疵担保責任 (kashi tampo sekinin).

[154] *Yamamoto*, Minpô, 201f.

[155] 2.11.1991, Minshû 45-349; a.M. *Isômura Tamotsu*, der Mangelfolgeschäden im Rahmen von Art. 416 Minpô für erfasst hält, in: Sachmängelhaftung und Nichterfüllung im japanischen Recht, FS Kitagawa, Leser/Isômura (Hrsg.), Berlin 1992, 395 ff., 402ff.

[156] *Kawai*-Kom., 394 f.

[157] *Kawai*-Kom. m. w. H., 395., *Kitagawa*, *Saiken* ron, 123 ff.

[158] *Nômura*, Hanrei Hyakusen I, 44 f.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

b) Die Irrtumsregelung von Art. 95 Minpô lasse keinen Raum für den Sachgewährleistungsanspruch, weil es nichts Wesentlicheres an einem Vertrag gebe als die „Yôso".[159]

c) Es gelte Wahlfreiheit, d.h. Alternativität zwischen den beiden Ansprüchen, sofern die jeweiligen Voraussetzungen erfüllt seien.[160]

Nach Yamamoto tritt die Rechtsprechung zwar für die Exklusivität des Sachgewährleistungsanspruchs ein[161], es lasse sich aber festhalten, dass *eine faktische Alternativität vorliege*, denn das jeweils geltend gemachte Rechtsinstitut werde von den Gerichten behandelt und geprüft.[162] Es lässt sich damit zumindest eine Tendenz für eine Wahlfreiheit des Irrenden zwischen dem Irrtums- und dem Sachgewährleistungsanspruch feststellen.

8. Zur Sittenwidrigkeit

Verstösst ein Vertrag gegen die „öffentliche Ordnung" oder die „guten Sitten", so ist er nach Art. 90 Minpô nichtig.[163] „Sittenwidrig" nach dieser Bestimmung sind alle Fälle, die gegen das allgemeine Anstandsgefühl verstossen. Gemeinhin fallen etwa Prostitutionsverträge,[164]Geliebtenschenkungen und -testamente oder Verträge über „Menschenhandel" oder Glücksspiele oder der Wucher unter diese Generalklausel.[165] Die Generalklausel wird sowohl bei extrem unbilligen Vertragsabschlüssen als auch unbilligen Vertragsinhalten angewendet:[166] Es existieren daher bekannte Urteile im Zusammenhang mit risikoreichen Anlagen- und Warenterminhandelsgeschäften von Privaten, die wegen ihrer Methoden der Kundenbeeinflussung für nichtig erklärt worden sind und bei denen zusätzlich ein Schadenersatzanspruch aufgrund unerlaubter Handlung zugesprochen wurde.[167] Sittenwidrig können ferner gewisse unlautere Ketten- bzw. Schneeballgeschäfte sein (hierzu im 3. Kapitel).[168]

---

[159] 14.6.1958, Minshû 12-9-1492.

[160] *Kitagawa*, Minpô, 166; 14.4.1966, Minshû 20-4-649.

[161] *Yamamoto*, Minpô, 201f., 202.

[162] *Yamamoto*, Minpô, 202 Fn 35.

[163] § 90 Minpô: „Ein Rechtsgeschäft, das gegen die öffentliche Ordnung oder die guten Sitten verstösst, ist nichtig" (*Ishikawa/Leetsch*, 17); wobei sich diese beiden Begriffe in ihrem Verständnis nicht trennen lassen, *Yamamoto*, Minpô, 239 f.

[164] Urteil des Saikosai vom 7.10.1955, Minshû 9 –11-1616, das einen „Arbeitsvertrag" zwischen einem unter 16 Jahre alten „Geisha-Mädchen" (das offiziell als „shafuku" = eine Art von Bardame, angestellt war) und dem Darlehensgeber ihrer Eltern für nichtig erklärte, weil eine Verknüpfung zwischen den beiden Verträgen bestand, die sittenwidrig war. Das Gericht hielt in casu aber auch den „Arbeitsvertrag" per se für nichtig.

[165] *Yamamoto*, Minpô, 231 ff. mit Fallgruppen.

[166] *Yamamoto*, Minpô, 239 ff.

[167] Urteil des Chisai Tokio 10.11.1992, Hanrei Jihô Nr. 1479 (1994) m.w.H.; Urteil des Saikosai 29.6.1986, Hanrei Jihô 1196, 102 ff.

[168] *Ômura*, Shôhisha, 111 ff., beziehungsweise auch rechtswidrig sein können, 348 ff.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

C. Fazit: „Yôso no sakugo" nach Art. 95 Minpô

Es kann zusammenfassend festgehalten werden, dass die Rechtsprechung bis heute an der „getrennten Behandlung" von Motiv- und Erklärungsirrtum nach Art. 95 Minpô festhält. Damit werden nach geltendem japanischem Recht Erklärungs- und Motivirrtum unterschieden, wobei grundsätzlich nur der Erklärungsirrtum (Verschreiber, Versprecher, Vertipper[169]) unter Art. 95 Minpô subsumiert wird.

Der Motivirrtum ist damit als Irrtumsart theoretisch anerkannt, führt nach h. L. und Rechtsprechung aber nur ganz ausnahmsweise, wenn das Motiv bei Vertragsschluss geäussert oder in vergleichbarer Weise kundgetan wurde, zu einem „Yôso no sakugo" (wesentlichen Irrtum) nach Art. 95 Minpô. In diesem Fall ist der Motivirrtum ein Inhaltsirrtum[170] nach Art. 95 Minpô und kann zur Nichtigkeit führen.

Einigkeit der Lehre besteht dagegen darin, dass der gegenseitige Motivirrtum anders als ein einfacher Motivirrtum behandelt werden und grundsätzlich zur Auflösung des Vertrags berechtigen soll.

Aus den hier vorangehend erwähnten Urteilen zum Motivirrtum lässt sich – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – zusammenfassend schliessen, dass ein Motivirrtum[171] nach Art. 95 Minpô in den folgenden Fällen anerkannt wird:

- Motivirrtum im Zusammenhang mit Sicherungsverträgen, sei es über den Umfang des zu sichernden Bürgschaftsvertrags oder den Wert des Pfandgegenstandes.
- Motivirrtum über die Natur des der Hauptschuld zu Grunde liegenden Vertrags in Bezug auf den Abschluss eines Sicherungsvertrags (Fälle von „Kara krejitto"- und „Kara leasing"-Verträgen).
- Motivirrtum über die Beschaffenheit oder den Umfang eines Grundstücks bei einem Grundstückkaufvertrag.
- Motivirrtum über die Eigenschaft eines Kaufgegenstandes.
- Motivirrtum über die beteiligte Vertragspartei.

Eine Berufung auf Motivirrtum nach Art. 95 Minpô ist grundsätzlich auch bei einem gerichtlichen Vergleich möglich.[172]

---

[169] Urteil des Kôsai Tokio 25.10.1985, Hanrei Jihô Nr. 1181, 104 ff., bei dem es sich um einen Verschreiber von 3'500 *manen* (= 3'500 x 10'000 Yen = 35 Mio. Yen) statt 3 *oku* 500 *manen* (3x 100 Mio. Yen und 500 x 10'000 Yen = 305 Mio. Yen) handelte; Urteil des Kôsai Ôsaka 24.3.1967, Hanrei Jihô Nr. 598, 67 ff., bei dem es sich um einen „error in personam" handelte.

[170] *Kawai*-Kom., 409.

[171] Vgl. auch die etwas anderen Fallgruppen in *Kawai*-Kom., 409 ff.

[172] Urteil Kôsai Tokio vom 12.11.2003, Hanrei Taimuzu Nr. 1125 (2003) 18 f.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Ausgeschlossen ist dagegen generell die Berufung auf Motivirrtum nach Art. 95 Minpô bei Irrtümern über künftige Sachverhalte.[173] Diese sind über die Bedingung zu lösen.

Die Rechtsprechung kann damit, abgesehen von den Vertragsarten, die sich mit dem Lauf der Zeit ändern, als insgesamt erstarrt und restriktiv gegenüber der Anerkennung des Motivirrtums angesehen werden.

Die zeitgenössische Irrtumslehre ist im Vergleich bewegt und lässt sich auf zwei grundsätzlich andersartige Ansätze zusammenfassen: Entweder wird auf die der Vereinbarung zu Grunde liegenden subjektiven Parteiwillen abgestellt, die nachträglich objektiviert werden, oder es wird anhand von Vertragstypen und Kategorien versucht zu ermitteln, welche Partei gerechterweise je nach Vertragstypus das Irrtumsrisiko zu tragen hat.

Mit dem Prinzip „der zu Grunde liegenden Vereinbarung", das sich von der subjektiv-individuellen Vereinbarung ausgehend um eine gewisse Objektivierung der Wesentlichkeitskriterien bemüht, kommt man weiter als mit schematischen Äquivalenzkriterien je nach Vertragstypus. Das Prinzip des „Gôi Shugi", wie es Yamamoto nennt, hat auf jeden Fall den Vorteil, dass es klar auf der Ebene der Vertrags- und damit Geltungsgrundlage liegt. Eine Vermischung mit der Ebene des Kausalitätserfordernisses ist hier ausgeschlossen.

In Bezug auf das Verhältnis zu den anderen zivilrechtlichen Rechtsbehelfen ist zusammenfassend festzuhalten, dass die Verquickung des Motivirrtums mit anderen zivilrechtlichen Rechtsbehelfen bereits mit der japanischen Zweiteilung „der Willenserklärungen" des Minpô beginnt. Diese bringt es mit sich, dass ein grosser Teil der japanischen Lehre den Motivirrtum gar nicht von der Irrtumsregelung nach Art. 95 Minpô erfasst sieht. Es zeichnet sich dafür eine japanische Tendenz ab, das Rechtsinstitut der Täuschung und der Scheinerklärung im Zusammenhang mit einer Drittperson zur Erfassung von Motivirrtumstatbeständen auszuweiten. Obschon es nicht an klaren Abgrenzungskriterien zwischen Motivirrtum nach Art. 95 Minpô und dem Täuschungstatbestand fehlt, ist es offenbar einfacher, die Motivirrtumsfälle ausserhalb des Irrtumsrechts – mithin in der analogen Anwendung des Täuschungsrechts – zu lösen. Diese Praxis hat sich dermassen ausgedehnt und etabliert, dass hier die analoge Anwendung von Art. 96 Abs. 2 Minpô als eine der neueren Lehren der „getrennten Behandlung der Irrtumsarten" gilt.

Es lässt sich auch eine Tendenz zur Wahlfreiheit des Irrenden zwischen dem Irrtums- und dem Sachgewährleistungsanspruch feststellen, so dass neben der bewegten Irrtumslehre auch von einer Ausweitungstendenz der übrigen zivilrechtlichen Rechtsbehelfe ausgegangen werden kann.

[173] Lit. B. 4. a.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Wirkungsvoll gegen Willensstörungen bei Vertragsschluss wäre das von der Lehre geforderte Vertragslösungsrecht gestützt auf die Analogie zum Anspruch auf die „restitutio in integrum" aus unerlaubter Handlung.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

§ 5 Deutsches Recht: „Ausnahmsweise beachtlicher Motivirrtum" nach § 119 Abs. 2 BGB

A. Deutsche Irrtumsregelung

1. Eingrenzung des Themas

Zur Vermeidung von Wiederholungen wird bei der Darstellung des deutschen Irrtumsrechts auf eine allgemeine Abgrenzung des Irrtumsrechts zu anderen Willensmängeln und zum Dissens sowie der „falsa demonstratio"[1] verzichtet. Diese Fragen wurden bereits für das japanische Recht behandelt und unterscheiden sich von diesem nicht. Der Wichtigkeit wegen soll hier lediglich wiederholt werden, dass die Auslegung stets den Vorrang vor der Anfechtung wegen Irrtums nach § 119 BGB und der Vertragsauflösung bei gemeinschaftlichem Motivirrtum nach § 313 Abs. 2 BGB geniesst.[2]

2. Gesetzliche Grundlagen

Zum Thema Irrtum finden sich wenige allgemeine Gesetzesbestimmungen im BGB. Die wichtigste ist § 119 BGB und lautet wie folgt:

„(1) Wer bei der Abgabe einer Willenserklärung über deren Inhalt im Irrtum war oder eine Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben wollte, kann die Erklärung anfechten, wenn anzunehmen ist, dass er sie bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben haben würde.

(2) Als Irrtum über den Inhalt der Erklärung gilt auch der Irrtum über solche Eigenschaften der Person oder Sache, die im Verkehr als wesentlich angesehen werden."

In § 120 BGB wird die Anfechtbarkeit wegen falscher Übermittlung geregelt. § 121 BGB statuiert die Anfechtungsfrist von 10 Jahren seit Abgabe der entsprechenden, fehlerhaften Willenserklärungen.

Es finden sich zudem Spezialbestimmungen zur Irrtumsanfechtung im Erbrecht, § 2078 und § 2080 BGB bei letztwilligen Verfügungen und beim Testament und § 1949 BGB für den Berufungsgrund bei der Annahme der Erbschaft. Überdies bestehen folgende Spezialbestimmungen zur Irrtumsanfechtung: § 779 BGB beim Vergleich, § 686 bei der Geschäftsführung

[1] *Larenz/Wolf* § 36 N 29.
[2] *Brox* N 407-412; *Larenz/Wolf* § 36 N 30.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

ohne Auftrag, § 318 BGB bei der Bestimmung der Leistung durch Dritte, § 231 BGB bei der Selbsthilfe.

3. Irrtumsarten

Aufgrund von § 119 BGB werden in der Literatur und Judikatur folgende Irrtumsarten unterschieden:[3]

Der Erklärungsirrtum als Irrtum in der Erklärungshandlung („Irrung"), der sich auf § 119 Abs. 1 BGB stützt.

Der Inhaltsirrtum als Irrtum über den Erklärungsinhalt, der sich ebenfalls auf § 119 Abs. 1 BGB stützt.

Erklärungs- und Inhaltsirrtum sind Fehler in der Kundgabe der Erklärung[4] und stehen im Gegensatz zum Eigenschaftsirrtum als Irrtum über die verkehrswesentlichen Eigenschaften von Personen und Sachen gemäss § 119 Abs. 2 BGB. Der Übermittlungsirrtum ist in § 120 BGB statuiert.

Der Motivirrtum ist als solcher nicht geregelt. Es findet sich einzig in § 2078 Abs. 2 BGB eine Statuierung eines Anwendungsfalles des Motivirrtums, da dieser besagt, dass die Anfechtung einer Verfügung von Todes wegen aufgrund Motivirrtums gestattet sei. Zudem wurde mit der Kodifizierung der Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) die Rechtsgrundlage des gegenseitigen Motivirrtums im BGB aufgenommen.

4. Erläuterungen zu den einzelnen Irrtumstatbeständen

a) Zum Erklärungsirrtum

Ein Erklärungsirrtum liegt vor, wenn Wille und die äussere Erklärungshandlung nicht übereinstimmen.

Klassische Beispiele sind der Verschreiber, der Versprecher und der Vergreifer:[5] Greift die Mutter versehentlich zum falschen Buch B im Regal und verschenkt dieses statt des vorgesehenen Buches A, so liegt ein Erklärungsirrtum vor. Ebenso sind die Vertipper in der maschinenschriftlichen Bestellung[6], in der Kasse der Verkäuferin oder in der E-Mail[7] Erklärungsirrtümer.

Die Anwendung des Erklärungsirrtums im E-Commerce ist grundsätzlich unproblematisch, denn wieso sollte das „Verklicken" (z.B. linkes statt rechtes Ikon oder Doppelklick statt Einfachklick), d.h. Eingabe- bzw. Be-

[3] *Larenz/Wolf* § 36; *Palandt/Heinrichs* § 119 BGB N 10 ff.; *Mü-Ko/Kramer* § 119 BGB N 45 ff.; *Wiegand* D., 14 ff.; *Köhler*, BGB AT, N 16 ff.; *Soergel/Hefermehl* § 119 BGB N 11 ff.

[4] *Larenz/Wolf* § 36 N 11.

[5] *Brox* N 413.

[6] *Soergel/Hefermehl*, § 119 N 11.

[7] *Larenz/Wolf* § 36 N 19; *Mü-Ko/Kramer* § 119 BGB N 46; OLG Hamm 8.1.1993, NJW 1993, 2321.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

dienungsfehler anders behandelt werden als das Vertippen an der Schreibmaschine oder das Verschreiben mit einem Stift.[8] Problematischer ist die Anwendung der Irrtumsregelung auf die so genannten „automatisierten Willenserklärungen".[9] Der BGH hat in einem vielbeachteten Urteil vom 26.1.2005 mittlerweile die Sachlage in soweit geklärt, als eine fehlerhafte Kaufpreisauszeichnung im Internet (Notebook wurde zu 245 Euro statt richtig zu 2650 Euro auf der Website angeboten), die durch eine beim Erklärenden liegende fehlerhafte Datenübermittlung zu Stande gekommen ist, einen Erklärungsirrtum des Verkäufers im Sinne von § 119 Abs. 1 BGB darstellt. Der Verkäufer wollte die Erklärung 245 Euro, die als Angebot auf der Website fortgewirkt hat, nicht abgeben.[10] Der BGH entschied sich zu Recht gegen einen Motivirrtum, da der Verkaufpreis vom Mitarbeiter des Verkäufers ursprünglich richtig auf 2650 Euro festgelegt worden war.
Ein Erklärungsirrtum nach § 119 Abs. 1 BGB liegt auch dann vor, wenn der Erklärende sich am Telefon verspricht, eine falsche Verbindung gewählt hat oder die schlechte Tonübertragung für eine falsche Übermittlung gesorgt hat.

Ausserdem liegt ein Erklärungsirrtum vor, wenn der Verbraucher seine Unterschrift unter einen Vertrag setzt ohne diesen gelesen zu haben, sich aber konkrete Vorstellungen über den Inhalt des Vertrags gemacht hatte.[11] Werden also beispielsweise einem Leasingnehmer die Vertragsbedingungen auf Französisch umrissen und wird ihm im Anschluss ein deutscher

---

[8] *Staudinger/Singer* § 119 N 35; *Heun*, CR 1994, 596 ff.; *Köhler*, AcP 182 (1982) 128 ff., 135 ff., 137. A.M. aber *Köhler*, AcP 182 (1982) 135 f. insofern als er unter dem Titel „Eingabefehler" differenziert: So sei etwa das falsche Wählen einer Funktionstaste ein Motivirrtum, wenn sich der Erklärende über die Bedeutung der Taste geirrt habe. Der Fehler beziehe sich dann nicht auf die Erklärung an sich, sondern eine Vorbereitungshandlung zur Erklärung. Das hiesse, dass „Vertipper" nicht gleich „Vertipper" ist. Zur Begründung würde man wohl besser hinzufügen, dass die falsche Wahl einer Funktionstaste schon einen Fehler im Willensbildungsprozess darstellt, damit auch die Unterscheidung zum Inhaltsirrtum oder auch Bedeutungsirrtum nach § 119 Abs. 1 BGB klar wird. *Köhler* lässt demnach nur den „Vertipper" als Erklärungsirrtum gelten, der unverändert in die Erklärung eingegangen ist. Kritisch und ausführlich zu dieser Argumentation *Brehm*, FS Niederländer, 235 ff., insb. 236 f.

[9] Meist wird auch in diesem Fall ein Erklärungs- und kein Motivirrtum vorliegen, weil Fehler beim Programmieren und Maschinendefekte nicht den Willensbildungsprozess betreffen. Zudem haften sie technisch zwangsläufig der Willenserklärung per Computer an, so dass sie vom Erklärungsempfängerhorizont aus betrachtet mehr als „blosse Motive" sind: *Staudinger/Singer* § 119 N 36 f.; *Rehbinder/Schmaus*, 315; a.A. *Köhler*, AcP 182 (1982) 136.

[10] Genau genommen, lag der Erklärungsirrtum in der elektronischen invitatio ad offerendum des Verkäufers, der BGH nahm aber richtig an, dass dieser in der anschliessenden Annahmeerklärung der Verkäufers (in dessen Bestätigungsmail) fortwirkte, NJW 2005, 976 ff.; CR 2005, 355 ff.

[11] *Brox*, N 423; *Mü-Kot/Kramer* § 119 N 32 ff.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Leasingvertrag mit zahlreichen unbekannten Bestimmungen unterbreitet, den er unterschreibt, so kann sich der Leasingnehmer u.a. auf Erklärungsirrtum berufen. Hatte man sich aber mündlich geeinigt und weicht der schriftliche Vertrag von dieser mündlichen Vereinbarung ab, so schadet dies dem Erklärenden von allem Anfang an nicht.[12]

Kein Fall von Irrtum liegt vor, wenn sich der Erklärende gar keinen Willen bezüglich des Vertragsinhalts gebildet hat, da diesfalls kein Abweichen der Erklärung vom Willen möglich ist.[13] Wenn aber lediglich das Erklärungsbewusstsein fehlte und nach Treu und Glauben die Erklärung vom Empfänger als rechtsgeschäftliche aufgefasst werden durfte, so liegt wiederum ein Irrtumsfall vor.[14]

Die *Grenzen zum Inhaltsirrtum sind jedoch fliessend.* Je nach konkreten Umständen kann die Tatsache, dass der Irrende versehentlich einen Schuldübernahme- statt eines Bürgschaftsvertrags unterzeichnet, als Erklärungs- oder als Inhaltsirrtum gedeutet werden.[15] Im oben erwähnten Fall des Leasingvertrags läge ein Inhaltsirrtum vor, wenn der Irrende den Vertrag unterschrieben hätte ohne diesen zu lesen, weil er glaubte, den Inhalt bereits zu kennen. Er ging beispielsweise fälschlicherweise davon aus, dass er am Ende der Leasingdauer Eigentümer des Leasinggegenstandes werden würde.

Im erwähnten Schulbeispiel vom falsch gesetzten Komma kann es sein, dass dieses aus mangelndem Preisverständnis gesetzt wurde. Dann handelt es sich um einen Inhalts- und keinen Erklärungsirrtum.
Die Unterscheidung zwischen diesen zwei Irrtumsarten ist schwierig und ausserdem rechtlich nicht sehr relevant, da beide Arten unter § 119 Abs. 1 BGB subsumiert werden.

b) Zum Inhaltsirrtum

Ein Inhaltsirrtum liegt vor, wenn die äussere Erklärungshandlung zwar dem Willen des Erklärenden entspricht, dieser sich aber über die Bedeutung seiner Erklärungshandlung im Irrtum befindet.[16] Klassisches und viel zitiertes Beispiel ist die Bestellung von 25 Gros Toilettenpapier in der Meinung, dass damit 25 grosse Rollen bestellt werden. Tatsächlich und

---

[12] So genannter „Unterschriftenirrtum", *Lorenz/Riehm* N 77 ff.

[13] *Lorenz/Wolf* § 36 N 27, 81 f.; *Mü-Ko/Kramer* § 119 N 49 ff.; BGH 15.1.2002, NJW 2002, 956 ff., 957.

[14] BGH 7.6.1984, BGZ 91, 324 ff. m.w.H.; BGH 21.3.1991, NJW 1991, 2084 ff., 2085 f.

[15] *Köhler*, BGB AT, N 16; nach *Lorenz/Wolf* § 36 N 53 ff.; *Staudinger/Singer* § 119 N 9 ff., 13 wird der Fall der fehlenden inhaltlichen Vorstellung daher zu Recht unter dem Titel „Inhaltsirrtum" behandelt.

[16] *Brox*, N 413; RG 9.11.1906, RGZ 64, 266 ff., 268 in Bezug auf einen Kalkulationsirrtum liege *kein Inhaltsirrtum* vor, denn Wortlaut und Erklärung stimmten überein.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

richtigerweise werden bei 25 Gros aber 25 x 144 Rollen Toilettenpapier geliefert.[17]

Allgemein fallen die klassisch-römischen Irrtumskategorien des error in negotio, error in persona und des error in obiecto unter den Begriff des Inhaltsirrtums nach § 119 Abs. 1 BGB:[18]
Ein error in negotio wäre z.B. der oben erwähnte Fall der irrtümlichen Unterzeichnung einer Schuldübernahme- statt einer Bürgschaftserklärung.

Ein error in persona wäre z.B. eine Mandatserteilung an Rechtsanwalt Meier in der Meinung, Frau und nicht Herr Meier der Kanzlei Meier solle den Auftrag erhalten. Auch in diesem Fall ist der Übergang zum Identitätsirrtum nach § 119 Abs. 2 BGB fliessend.[19] War der Erklärende der Meinung, dass Herr Meier die schriftliche Offerte geschrieben hatte aufgrund derer er das Mandat erteilte, während in Wirklichkeit Frau Meier die Absenderin der Offerte war, so liegt keine Divergenz zwischen Willen und Erklärung vor, sondern bereits ein Irrtum in der Willensbildung.
Ein error in obiecto liegt beispielsweise im oben erwähnten Fall der irrtümlichen Bestellung von 25 Gros Toilettenrollen vor. Der Erklärende irrt über den Gegenstand oder die Menge des Gegenstandes.

c) Zum Übermittlungsirrtum

Die unrichtige Übermittlung einer Erklärung nach § 120 BGB wird wie ein Irrtum bei der Willenserklärung nach § 119 Abs. 1 BGB behandelt. Eine solche unrichtige Übermittlung liegt vor, wenn der Erklärende sich eines Dritten (Boten oder Anstalt) bedient und dieser die Erklärung des Erklärenden unbewusst falsch an den Erklärungsempfänger weiterleitet.[20] Materiell liegt damit nichts anderes als ein Erklärungs- oder Inhaltsirrtum durch Stellvertretung vor.

Im E-Commerce wird von einem Übermittlungsirrtum nach § 120 BGB ausgegangen, wenn die unrichtige Übermittlung durch den Telekommunikationsdienstanbieter als „Boten" (durch die Telefonleitung oder Funkverbindung) entsteht. Die Fehler entstehen auf dem Übermittlungsweg der Computererklärung, wobei weder der Erklärende noch der Empfänger diesen zu verantworten haben, weil der Bote (willentlich) die Erklärung verfälscht hat.[21] Kein „Bote" ist dagegen die eigene Datenverarbeitungsanlage, für die jeder nach Massgabe seines Machtbereiches einzustehen hat.

---

[17] *Medicus*, AT BGB, N 745; *Palandt/Heinrichs* § 119 N 11-15.
[18] *Palandt/Heinrichs* § 119 N 11-15; *Soergel/Hefermehl* zu § 119 N 23.
[19] *Palandt/Heinrichs* § 119 N 13.
[20] *Brox*, N 415 f.
[21] *Heun*, CR 1994, 596.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

d) Zum Eigenschaftsirrtum

aa. Umstrittene Rechtsnatur

Der Eigenschaftsirrtum nach § 119 Abs. 2 BGB ist ein Irrtum über die Eigenschaft einer Person oder einer Sache, die als verkehrswesentlich angesehen werden kann. Gemäss Wortlaut des Gesetzestextes (§ 119 Abs. 2 BGB) „gilt" ein solcher Irrtum „als Irrtum im Inhalt der Erklärung", d.h. als ein Inhaltsirrtum. Damit legt der Wortlaut des Gesetzes nahe, dass der Eigenschaftsirrtum kein Inhaltsirrtum ist, sondern nur als solcher zu gelten habe.[22] Ob es sich tatsächlich um eine solche Fiktion handelt oder nicht, ist umstritten.

Der Gesetzgeber liess die Frage bewusst offen, ob der Eigenschaftsirrtum ein Erklärungsirrtum oder ein Motivirrtum sei.[23] Bis heute bleibt die Frage nach der Rechtsnatur ungeklärt.[24] Es lässt sich aber festhalten, dass die h.L. die Auffassung vertritt, dass es sich beim Eigenschaftsirrtum im Anschluss an Zitelmann um einen Irrtum in der Willensbildung, d.h. *einen Motivirrtum handelt, der im Rahmen von § 119 Abs. 2 BGB „ausnahmsweise beachtlich" ist.*[25]

Vorausgesetzt wird für die Anerkennung eines ausnahmsweise beachtlichen Motivirrtums nach § 119 Abs. 2 BGB, dass es sich um einen Irrtum über eine verkehrswesentliche Eigenschaft der Sache oder der Person handelte und dass diese Eigenschaft subjektiv und objektiv kausal für den Vertragsschluss des Irrenden gewesen war (§ 119 Abs. 1 Halbsatz 2 BGB).[26]

---

[22] *Larenz/Wolf* § 36 N 47; *Larenz*, AT BGB, § 20 II b.

[23] Die 2. Kommission überliess es der Wissenschaft zu entscheiden, welche „Sachverhaltsirrtümer" relevant seien, *Mugdan* I, 715 ff., 717 (Prot. I, 246). Allgemein ist die 2. Kommission bei der Diskussion um die Irrtumsregelung davon ausgegangen, dass weder das Willensdogma noch die Erklärungstheorie den Vorrang haben könne, sondern je die Einzelfälle zu betrachten seien; als „unannehmbar" sah es die Kommission an, nur den erkennbaren Irrtum für beachtlich zu erklären (Prot. I, 223 ff.).

[24] *Mü-Ko/Kramer* § 119 BGB N 101; HKK-*Schermaier* §§ 119-122 N 57 ff.; *Köhler*, BGB AT, § 7 N 18, a.A. *Staudinger/Singer* § 119 N 53.

[25] *Larenz/Karl*, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, München 1967, § 26 II, 380 ff., 381 m.w.H. zu älteren Lehre; *Palandt/Heinrichs* § 119 BGB N 23; *Brox* N 418; *Medicus*, AT BGB, N 77; *Larenz/Wolf* § 36 N 34; *Staudinger/Singer* § 119 N 80, *Singer*, 214; differenzierend *Köhler*, BGB AT, § 7 N 18, der davon ausgeht, dass falls die Eigenschaft vereinbart worden war, ein Inhaltsirrtum = Erklärungsirrtum vorliege und andernfalls ein ausnahmsweise zu beachtender Motivirrtum; *Mankowski*, 395 f. m.w.H.

[26] *Larenz/Wolf* § 36 N 47, 32.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

bb. „Verkehrswesentliche Eigenschaft"

Massgebend ist nach h.L.[27] und Rechtsprechung[28] für die Anfechtbarkeit nach § 119 Abs. 2 BGB, dass der Motivirrtum eine „verkehrswesentliche Eigenschaft" betrifft. Dieses Kriterium unterscheidet, ob der Motivirrtum nach deutschem Recht ausnahmsweise beachtlich ist oder nicht.
„Verkehrswesentlichkeit einer Eigenschaft" setzt voraus, dass die fragliche Eigenschaft nicht bloss nach Auffassung des Erklärenden, sondern auch nach der allgemeinen Verkehrsauffassung des betreffenden Rechtsgeschäfts[29], *d.h. objektiviert*, als wesentlich bzw. als sehr wichtig oder als ausschlaggebend betrachtet wird.[30] Wichtig ist damit, dass vom Erklärenden aus betrachtet, das Motiv in irgendeiner Form nach aussen getreten ist,[31] so dass von aussen ein erkennbarer Bezug der Eigenschaft zum Rechtsgeschäft entsteht. Es ist jedoch nicht nötig, dass dieser Bezug in der Erklärung selbst erkennbar sein muss,[32] die Verkehrswesentlichkeit der Eigenschaft kann sich vielmehr auch konkludent ergeben.[33]

Mit verkehrswesentlichen *Eigenschaften der Personen*[34] sind Merkmale gemeint, die den Personen über eine *gewisse Dauer* eigen sind.[35] Keine Eigenschaft des Käufers nach § 119 Abs. 2 BGB liegt beispielsweise vor, wenn es um seine bestimmte Absicht geht, wie mit der Kaufsache zu verfahren sei, da diese ihn weder charakterisiere noch von Dauer sei.[36] Diese

---

[27] *Larenz/Wolf* § 36 N 42 ff., nach *Singer* beispielsweise ist die „Verkehrswesentlichkeit" ein absolut ungeeignetes Kriterium zur Einschränkung der Anfechtbarkeit nach § 119 Abs. 2 BGB, da es unsicher sei; einzige effektive Beschränkung der Berufung auf den Motivirrtum sei der Vorrang des Gewährleistungs- und des allgemeinen Leistungsstörungsrechts, *Staudinger/Singer* § 119 N 82 ff., 92.

[28] BGH 11.10.2000, NJW 2001, 226 ff., es liege keine verkehrswesentliche Eigenschaft nach § 119 Abs. 2 BGB vor, wenn eine falsche Rechtsvorstellung über die Sache bestanden habe; AG Coburg vom 24.4.1992, NJW 1993, 938 f., eine „unmittelbare Eigenschaft" lag nicht vor, da die Musiknoten versehentlich wertvoller waren, als beim Kauf bzw. Verkauf auf dem Flohmarkt geglaubt wurde; BGH 18.11.1977, NJW 1978, 370 f.

[29] *Larenz/Wolf* § 36 N 49.

[30] *Köhler*, BGB AT, 85 N 21.

[31] *Mankowski*, 396.

[32] *Larenz/Wolf* § 36 N 42 ff., 45; *Goltz*, 190 ff.

[33] „Von selbst" ergibt sich etwa die Bedeutung des Alters oder Baujahrs eines Autos, *Staudinger/Singer* § 119 N 80.

[34] *Palandt/Heinrichs* zu § 119 N 26.

[35] BGH 6.2.1992, NJW 1992, 2173 ff., 2174, eine Schwangerschaft sei nicht von Dauer und daher keine Eigenschaft nach § 119 Abs. 2 BGB, sondern ein vorübergehender Zustand. OLG Oldenburg 28.7.2005, NJW 2005, 2556 ff., eine leicht zu behebende Reparatur bei Ölverlust ist auch nicht von Dauer, zudem geht die Sachmängelhaftung vor.

[36] BGH 26.2.1992, NJW 1992, 1222 ff.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Merkmale können auch Dritte charakterisieren, wenn das konkrete Rechtsgeschäft etwas mit diesen zu tun hat.[37]

Beispiele für verkehrswesentliche Eigenschaften von Personen sind die persönlichen Fähigkeiten, wie die berufliche Sachkundigkeit oder die Vertrauenswürdigkeit bei langfristigen persönlichen Vertragsbeziehungen[38] oder Kreditfähigkeit bei Kreditgeschäften[39], die Vertrauensfähigkeit oder die Gesundheit, das Alter und das Geschlecht oder die Zugehörigkeit zu bestimmten Glaubensgemeinschaften oder politischen Parteien[40] oder Vorstrafen, sofern diese Eigenschaften in Bezug zum Rechtsgeschäft stehen.
Ob eine solche Eigenschaft „verkehrswesentlich" ist, bestimmt sich für jedes Rechtsgeschäft konkret. Die Zugehörigkeit zu einer Glaubensgemeinschaft ist demnach für die Anstellung eines Lehrers, nicht aber für die eines Maurers „verkehrswesentlich".[41]

Verkehrswesentliche *Eigenschaften einer Sache*[42] nach § 119 Abs. 2 BGB können sich auf sämtliche Leistungsgegenstände eines Rechtsgeschäfts beziehen[43]und damit auch unkörperliche Gegenstände wie Rechte und Forderungen umfassen.[44]
Als Eigenschaften gelten nach ständiger Rechtsprechung sowohl die natürliche Beschaffenheit als auch alle „tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse und Beziehungen zur Umwelt", die aufgrund der Dauer für die Wertschätzung oder die Brauchbarkeit von Bedeutung sind.[45] Bereits im höchstrichterlichen Urteil vom 9.11.1906, RGZ 64, 266 ff., 269 findet sich die heute noch einschlägige Definition zu den verkehrswesentlichen Eigenschaften nach § 119 Abs. 2 BGB: „nicht nur die natürlichen (körperlichen)

---

[37] *Brox*, N 419, z.B. Gläubiger gegenüber Schuldner, wenn Bürge irrtümlich nicht zahlungsfähig ist, *Staudinger/Singer* § 119 N 86.

[38] Wie z.B. Miet-, Pacht- oder Werkverträge auf Dauer; nicht erfasst sind dagegen die reinen Warenaustauschverträge, *Staudinger/Singer* § 119 N 87.

[39] *Staudinger/Singer* § 119 N 89.

[40] LG Darmstadt 18.12.1996, NJW 1999, 365 f. betr. Zugehörigkeit zu der Scientology-Sekte eines Personalberaters, der dies bei Anstellung verschwiegen hat. Diese Eigenschaft war für die Anstellung massgebend, weil die Firma dem Personalberater wichtige Firmeninterna preisgeben können musste und daher auf gegenseitiges Vertrauen angewiesen war.

[41] *Brox*, N 419.

[42] *Palandt/Heinrichs* § 119 N 27.

[43] *Brox*, N 420, 781.

[44] RG 22.11.1935, RGZ 149, 235 ff. „Sache" nach § 119 Abs. 2 BGB erfasste bereits 1935 auch Rechte wie die Grundschuld; BGH 18.11.1977, NJW 1978, 370 f. betr. Erbbaurecht; *Köhler*, BGB AT, § 7 N 19.

[45] BGH 11.10.2000, NJW 2001, 226 f.; AG Coburg 24.4.1992, NJW 1993, 938 f., 939; BGH 26.2.1992, NJW 1992, 1222 f. (betr. Dauer); BGH 7.6.1990, WM 1990, 1341 ff.; BGH 18.11.1977, NJW 1978, 370 f.; BGH 14.12.1960, BGHZ 34, 32 ff.; RG 22.11.1935, RGZ 149, 235 ff., 238.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Eigenschaften, sondern auch solche tatsächliche und rechtliche Verhältnisse der Sache, die zufolge ihrer Beschaffenheit und vorausgesetzten Dauer nach den Verkehrsanschauungen einen Einfluss auf die Wertschätzung der Sache auszuüben pflegen."[....]„Für die Annahme einer Eigenschaft bei solchen tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnissen der Sache ist indes wesentliches Erfordernis, dass letztere sich unmittelbar auf die Sache beziehen und für deren Wertbildung massgebend sind."

Als verkehrswesentliche Eigenschaften kommen etwa Stoff, Grösse, Anzahl, Form, Farbe, Herkunft, Marke, Fahrleistung oder Herstellungsjahr[46] eines Kaufobjektes, die Urheberschaft eines Gemäldes[47], die Höhe des Erbanteils[48], die Lage oder die Bebaubarkeit eines Grundstücks[49] und das Vorliegen eines Lizenzvertrags bei Patenten, sowie der Kundenstamm und der Ruf[50] bei einer Betriebsübergabe[51] in Frage – sofern diese für die Wertschätzung und die Brauchbarkeit der Sache auf Dauer wichtig sind.
Es kommt mithin auf das betreffende Rechtsgeschäft und dessen typischen Zweck an, was als verkehrswesentliche Eigenschaft angesehen wird.

Auch „wertbildende Faktoren" einer Sache können verkehrswesentlich sein, wenn sie die Sache unmittelbar charakterisieren.[52] Hingegen ist der Wert oder der Marktpreis an sich keine verkehrswesentliche Eigenschaft, da diese Eigenschaft nicht in der Sache selbst begründet liegt, sondern von Angebot und Nachfrage des Marktes abhängt.[53] Beispielsweise sind die Höhe eines Forderungsbetrags als verkehrswesentliche Eigenschaft bei Abschluss eines Kaufvertrags oder die Höhe eines Erbanteils bei der Annahme der Erbschaft oder der Umsatz des erworbenen Geschäfts als verkehrswesentliche Eigenschaften anerkannt worden. Hingegen ist der Bierumsatz der Gaststätte beim Grundstückkauf keine Eigenschaft des Grundstücks.[54]

---

[46] OLG Karlsruhe 26.5.2004, NJW 2004, 2456 f.

[47] BGH 8.6.1988, NJW 1988, 2597 ff., 2599.

[48] OLG Hamm 27.11.1965, NJW 1966, 1080 f., 1081.

[49] *Staudinger/Singer* § 119 N 94.

[50] BGH 3.7.1992, NJW 1992, 2564 f.

[51] *Palandt/Heinrichs* zu § 119 N 27, wobei nur dann von einem Unternehmenskauf ausgegangen werden kann, wenn sämtliche oder nahezu alle Geschäftsanteile verkauft werden (BGH 4.4.2001, NJW 2001, 2163).

[52] BGH 14.12.1960, BGHZ 34, 32 ff.; RG 22.11.1935, RGZ 149, 135 ff., 267.

[53] *Köhler*, BGB AT, § 7 N 19; so bereits RG 9.11.1906, RGZ 64, 266 ff., 267, in dem festgehalten wird, dass Verkehrswert, Marktpreis und Einkaufspreis lediglich Ergebnisse der Schätzung aller für die Wertbildung erforderlichen Eigenschaften sind und als solche von der Konjunktur und den Umständen des einzelnen Kaufgeschäfts abhängen, aber keine tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse sind, die der Sache innewohnen und daher für deren Wertbildung relevant wären.

[54] BGH 7.6.1990, WM 1990, 1341 ff.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

In diesem Zusammenhang zusätzlich gebräuchlich ist damit auch die Unterscheidung zwischen einem Motivirrtum über eine unmittelbar oder über eine mittelbar verkehrswesentliche Eigenschaft. Unmittelbar verkehrswesentliche Eigenschaften sind nach Rechtsprechung alle tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse, die infolge ihrer „Beschaffenheit und Dauer auf die Brauchbarkeit und den Wert"[...]von Einfluss sind, sofern „diese Verhältnisse in der Sache selbst ihren Grund haben, von ihr ausgehen und den Kaufgegenstand kennzeichnen oder näher beschreiben."[55] Das Erfordernis der Unmittelbarkeit der Eigenschaft wird in der Lehre jedoch seit langem kritisiert, denn es bietet nur einen weiteren vagen Bewertungsspielraum über das Mass der Beziehung der Eigenschaft zur Sache.[56]

Zusammenfassend bedeutet dies nichts anderes, als dass die „verkehrswesentliche Eigenschaft" nach allgemeiner Verkehrsauffassung (objektiviert) einen konkreten Bezug zum Rechtsgeschäft haben muss und damit das Motiv irgendwie erkennbar zu sein hat für den Erklärungsempfänger. Das bedeutet jedoch nicht, dass das Motiv auch geäussert werden muss.[57] Larenz/Wolf führen hierzu das Gegenbeispiel an, dass bei einem Bilderkauf auf dem Flohmarkt die falsche Annahme, es handle sich dabei um ein sehr wertvolles Bild, keine wesentliche Eigenschaft mit erkennbarem Bezug zu diesem Bild gewesen sei und daher die Irrtumsanfechtung zu Recht ausgeschlossen war.[58]

cc. Andere Theorien

Soergel/Hefermehl[59] vertreten eine andere Theorie, indem sie sich an den Wortlaut des Gesetzestextes halten und aus diesem schliessen, dass der Eigenschaftsirrtum ein besonderer Erklärungsirrtum sei: Wenn die Eigenschaft vereinbart wurde oder sich aus den Umständen eine solche Abmachung ergebe, so liege nämlich ein Inhaltsirrtum vor. § 119 Abs. 2 BGB diene nur dazu, den so verstandenen Eigenschaftsirrtum auf die verkehrswesentlichen Eigenschaften zu beschränken. Zudem liege ein so genannter *„erweiterter Inhaltsirrtum"* vor, wenn der Beweggrund Bestandteil der Erklärung geworden und dies für den Erklärungsempfänger erkennbar gewesen sei. Diese Auffassung des Eigenschaftsirrtums als „Erklärungsirrtum

[55] RG 22.11.1935, RGZ 149, 235 ff. betr. Grundschuld, die ein Grundstück nur mittelbar, nämlich in seinem Werte kennzeichne und nicht unmittelbar in seiner Beschaffenheit; illustrative Differenzierung zwischen mittelbaren und unmittelbaren Eigenschaften in Zusammenhang mit einem „Erbbaurecht" in BGH 18.11.1977, NJW 1978, 370 f.

[56] *Mü-Ko/Kramer* § 119 BGB N 116; *Staudinger/Singer* § 119 BGB N 97.

[57] BGH 11.10.2000, NJW 2001, 226 f., 227 m.w.H.; nach *Larenz/Wolf* § 36 N 45 ist aber ein rein intern gebliebenes Motiv stets unbeachtlich.

[58] *Larenz/Wolf* § 36 N 46; *Staudinger/Singer* § 119 N 93, 51 ff.

[59] *Mü-Ko/Kramer* § 119 N 25 ff.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

eigener Art" geht auf Schmidt-Rimpler zurück.[60] Die Rechtsprechung folgt dieser Lehre heute nicht mehr.[61]

Ebenfalls eine andere Auffassung vertritt Medicus[62], der sich auf Flumes Lehre[63] vom „geschäftlichen Eigenschaftsirrtum" stützt. Diese Lehre besagt, dass entscheidend sei, ob die Eigenschaft Gegenstand des rechtsgeschäftlichen Willens geworden sei oder nicht. Ein solcher rechtsgeschäftlicher Wille ist dann „mehr" als nur ein blosses Motiv. Da Flume nicht verlangt, dass die Eigenschaften ausdrücklich vereinbart worden sind, stützt sich Medicus darauf, welche Eigenschaften eines jeden Rechtsgeschäfts als geschäftstypisch erwartet werden können.

dd. Kramers Theorie

Wesentlich anders ist die Theorie Kramers,[64] der sich im Anschluss an die moderne Rechtsentwicklung[65] und in Anlehnung an die europäischen Kodifikationen zum Vertragsrecht (Art. 3.5 UP, Art. 4.103 PECL)[66] von den herkömmlichen Irrtumskategorien, insbesondere der Dichotomie von Erklärungs- und Motivirrtum, löst und von so genannten *„Sachverhaltsirrtümern"* ausgeht.

Unter Sachverhaltsirrtum versteht Kramer eine umfassende Irrtumskategorie, die er unter § 119 Abs. 2 BGB subsumiert. Der Sachverhaltsirrtum ist nach Kramer demnach ein „ausnahmsweise beachtlicher Motivirrtum" und der Eigenschaftsirrtum ein blosser Anwendungsfall des Sachverhaltsirrtums. Ausgangspunkt ist für Kramer die vertragliche Risikotragung, die auch bei Irrtümern massgebend sein soll.[67] Alle Sachverhaltsirrtümer sollen anhand von Kriterien, die der materialen Risikoallokation dienen, in beachtliche und unbeachtliche Irrtümer nach § 119 Abs. 2 BGB unterteilt werden. Dass es sich dabei um Motivirrtümer handelt, ist selbstverständlich und wird nicht mehr erörtert. Ausgehend von diesem Gedanken entwickelt Kramer Kriterien der Risikoallokation. Er stellt die folgenden Voraussetzungen für die Anfechtungstatbestände nach § 119 Abs. 2 BGB auf:

---

[60] *Walter Schmidt-Rimpler*, Grundlagen einer Erneuerung des Vertragsrechtes, AcP 147 (1941) 130 ff., 152.

[61] *Kramer*, Kalkulationsirrtum, 58.

[62] *Medicus*, AT BGB, N 767.

[63] *Flume*, 11 ff.; ders., AT § 21 11 (434), § 24 2a, b.

[64] *Mü-Kol/Kramer* § 119 N 110 ff., insb. 112.

[65] *Kramer* stützt sich auf die Ausführungen der 2. Kommission zur Beifügung des Eigenschaftsirrtums zur Irrtumsregelung, *Mugdan* I, 720 (Prot. I, 238 ff.).

[66] Zum Ganzen *Wolf*, 85 ff., 90 zur Risikoallokation, 97 ff. zur Vereinbarkeit der UP- und PECL-Regelungen mit dem dt. Recht.

[67] Dieser Gedanke liege nicht nur dem schweizerischen Grundlagenirrtum (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR) und dem österreichischen Geschäftsirrtum (§ 871 Abs. 1 AGBG) zu Grunde, sondern ist auch für Art. 3.5 UP und Art. 4.103 PECL entscheidend gewesen.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

– Wenn der Irrtum vom Erklärungsempfänger fahrlässig veranlasst wird, liegt die Risikosphäre bei diesem.[68]

Es handelt sich hierbei um Fälle fehlender Schutzwürdigkeit des Erklärungsempfängers, weil dieser eine gewisse Mitverantwortung für den Motivirrtum des Irrenden trägt.[69]

Es geht Kramer damit letztlich auch um das Erfassen der „nicht vorsätzlichen, in dem Sinne unbewussten, Irreführung", die unter dem Titel der culpa in contrahendo erfasst wird.[70] (Dazu unter lit. B. 3.) Erfolgt die Veranlassung des Irrtums durch die Erteilung von falschen Informationen oder das Unterdrücken von Informationen, muss von Fall zu Fall beurteilt werden, inwieweit eine Informationspflicht bestanden hat.[71] Bestand keine entsprechende Pflicht, ist der Motivirrtum des Irrenden so genannt unverschuldet veranlasst worden, und es liegt ein Fall vor, in dem der Irrende an seine Erklärung gebunden bleibt.[72]
Unter diese Gruppe fällt nach Kramer auch der Irrtum über die *zukünftige* Entwicklung, insbesondere derjenige über die zukünftigen Eigenschaften.[73]

Weitere Kategorien sind nach Kramer:
– Wenn der Irrtum dem Erklärungsempfänger *hätte auffallen müssen bzw. erkennbar hätte sein sollen*, so liegt die Risikosphäre bei diesem.[74]
– Wenn der Irrtum vom *Erklärungsempfänger geteilt* worden ist und auch für diesen Grundlage des Geschäfts gewesen ist, so müssen beide Parteien gleichermassen vom Vertrag zurücktreten können.[75]

Damit hat sich Kramer definitiv vom Unterscheidungskriterium der verkehrswesentlichen Eigenschaft des ausnahmsweise beachtlichen Motivirrtums abgewendet, das viel zu eng sei.

Diese Lehre konnte sich bisher nicht durchsetzen, wenn sie auch von der Sache her teilweise von den Gegnern begrüsst wurde.[76] Im Wesentli-

[68] *Mü-Ko/Kramer* § 119 N 114; *Kramer*, Irrtum int., 52 ff.

[69] *Wiegand D.* unter dem Titel „unabdingbarer Vorrang der Willensfreiheit bei Mitverantwortung für den Willensmangel", 145 ff.

[70] *Mü-Ko/Kramer* § 119 N 119; Kramer, Irrtum int. 145 ff.; es geht Kramer um den im Common Law bekannten „unschuldig veranlassten Irrtum", die „*innocent misrepresentation*"; *Lorenz*, 338; *Belser*, 301 ff.

[71] *Mü-Ko/Kramer* § 119 N 118, mit Hinweis auf § 817 Abs. 2 ABGB.

[72] *Wolf*, 100; wobei nach *Kramer* eine „objektivierte Fahrlässigkeit" genügt, *Mü-Ko/Kramer* § 119 N 114, Fn 344.

[73] *Mü-Ko/Kramer* § 119 N 114 ff., es könne nicht auf rein begriffliche Elemente wie „über Zukünftiges lässt sich nur spekulieren, nicht irren", abgestellt werden; *Schwenzer* N 37.33.

[74] *Mü-Ko/Kramer*, § 119 N 120.

[75] *Mü-Ko/Kramer*, § 119 N 114.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

chen wird an ihr *kritisiert*, dass sie sich zu weit weg vom Gesetzeswortlaut von § 119 Abs. 2 BGB und der Dogmatik fortbewegt habe.[77] Es könne allein Sache des deutschen Gesetzgebers sein, das Anfechtungsrecht wegen Irrtums für andere Arten von Irrtümern als den „verkehrswesentlichen Eigenschaftsirrtum" zu öffnen.[78] Singer u.a. geht daher so weit, die Theorie Kramers als eine „Rechtfortbildung contra legem" zu kritisieren.[79]

Diese Kritik von Singer, Lorenz u.a. gegen die Lehre des „Sachverhaltsirrtums" erscheint indes als zu weitgehend, denn immerhin taucht im 2. Entwurf zum BGB, § 94 (Anhang VI) der Begriff der „Sachlage" auf, und die 2. Kommission war in ihren Gesetzesberatungen der Ansicht, dass sie die Frage nach der Unbeachtlichkeit des Motivirrtums für die Wissenschaft bewusst offenlassen wollte.[80] Wie aus diesen protokollierten Stellen zwingend geschlossen werden soll, dass damals der deutsche Gesetzgeber eine „Grundsatzentscheidung" gegen die Beachtlichkeit des „‚reinen' Motivirrtums" getroffen habe[81], bleibt zumindest so zweifelhaft wie die Lehre Kramers nicht einfach als „contra legem" abgetan werden kann.[82] Daran können auch formale Schlagworte nichts ändern, wie: Eine fehlerhafte Selbstbestimmung höre nicht auf, Selbstbestimmung zu sein, und jemand, der sich auf den Motivirrtum berufe, breche bewusst sein Wort.[83]

e) Zum Kalkulationsirrtum

Die Rechtsnatur des Kalkulationsirrtums ist umstritten. Der Kalkulationsirrtum kann als ein Erklärungs- oder Inhalts- oder Motivirrtum aufgefasst werden. Es handelt sich beispielsweise um einen Erklärungsirrtum, wenn bei einer Preisetikettierung das Komma versehentlich an die falsche Stelle gesetzt wird. Erfolgt die gleiche Preisetikettierung aber fehlerhaft, weil der

---

[76] Z.B. *Wiegand D.*, 45, nicht jedoch *Singer*, weil nach diesem das „Prinzips der Selbstverantwortung" des Irrenden beschnitten wird, wenn der Geschäftspartner die Verantwortung für dessen Willensmängel übernehmen müsse, 227. Es gibt aber auch klare Befürworter dieser Lehre und der Idee von der materialen Entscheidungsfreiheit, *Wolf*, 79 ff., 115 ff.,

[77] *Wiegand D.*, 45; *Lorenz*, 284 ff., 287; *Singer*, 226 f.; *Medicus*, BGB AT N 770; *Lorenz* AT, § 20 II b.

[78] Statt vieler *Wiegand D.*, 45.

[79] *Staudinger/Singer* § 119 N 2, früher noch etwas massvoller in der Kritik, ders. 226 f. („sachgerecht, wenngleich mit dem geltenden Recht schwer zu vereinbaren").

[80] *Mugdan* I, 715 ff., 717 (Prot. I, 223, 246).

[81] *Lorenz*, 280 ff., 287. Auch *Flume* AT § 22 4, sieht hinter der „undoktrinären" Stellungnahme der 2. Kommission eine Bestimmtheit der Gesetzgeber durch die Willenstheorie wie sie *Savigny* entwickelte. Doch entsteht m.E. eine andere Konnotation, wenn die 2. Kommission den Begriff Willenstheorie in Gegensatz zur Erklärungstheorie stellt (Prot. I, 223).

[82] *Schermaier*, 681 f.

[83] *Singer*, 207 und 243.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Ladeninhaber den Preis versehentlich falsch kalkulierte, liegt ein grundsätzlich unbeachtlicher Motivirrtum vor. Für Kramer ist dieser Wertungswiderspruch inakzeptabel. [84] Nach Singer handelt es sich beim Kalkulationsirrtum dagegen grundsätzlich um einen unbeachtlichen Motivirrtum. [85]

Dass der Kalkulationsirrtum viele Formen annehmen kann, insbesondere auch ein *einseitiger oder gegenseitiger Motivirrtum* sein kann, wurde im vieldiskutierten Urteil des BGH vom 7.7.1998 dargelegt. [86] In diesem Fall von gegenseitigem Motivirrtum hat der BGH die Anfechtung nach § 121 BGB abgelehnt und den Irrenden auf § 242 BGB verwiesen.

Das wird in der Lehre zwar kritisiert[87], doch erscheint der Lösungsweg über § 242 BGB bei einem gegenseitigen Motivirrtum nicht abwegig, denn es handelt sich um nichts anderes als um einen Anwendungsfall einer Störung einer Geschäftsgrundlage (§ 313 Abs. 2 BGB) und diese basiert(e) bekanntlich auf § 242 BGB.

f) Zum unbeachtlichen Motivirrtum

Ausserhalb des Erbrechts (§§ 2078 Abs. 2, 2079, 2308 BGB) und des behandelten Eigenschaftsirrtums (§ 119 Abs. 2 BGB) sowie des gemeinsamen Motivirrtums im Sinne von § 313 Abs. 2 BGB besteht somit kein Vertragslösungsrecht bei einem Motivirrtum.

Der Motivirrtum ist, abgesehen von den erwähnten Erbrechtsbestimmungen, gesetzlich nicht ausdrücklich geregelt und daher grundsätzlich unbeachtlich. [88] Das ergibt sich aus dem Gedanken des *Verkehrsschutzes*. Der Empfänger einer Willenserklärung soll sich auf das Erklärte verlassen können, ohne sich um innere Beweggründe bemühen zu müssen. [89] Motive gelten als reine Interna eines Erklärenden, die dem Erklärungsempfänger grundsätzlich verborgen bleiben.

Daraus folgt beispielsweise heute, dass elektronische Erklärungsfehler, die durch falsche Softwareinstallation oder falsches Datenmaterial entstanden und daher den Erklärungen vorgelagert sind, als Fehler in der Willens-

---

[84] *MüKo/Kramer*, § 119 N 85 ff., 46.

[85] *Staudinger/Singer* § 119 N 51 ff., 78; die Willenserklärung ist nur dann ausnahmsweise anfechtbar, wenn dem Erklärenden ein vom Gegner *erkannter oder evidenter Kalkulationsirrtum* unterlaufen sei, also dann, wenn der Kalkulationsirrtum auf einer von beiden Parteien getragenen Berechnungsgrundlage erfolgt.

[86] NJW 2001, 3192 ff.; *Wuss*, JuS 2001, 14 ff.; *Kramer*, Kalkulationsirrtum, 57 ff.

[87] HKK-*Schermaier* §§ 119-122 N 54.

[88] Statt vieler *Flume*, AT § 21, 8 und 11; BGH 7.7.1998, NJW 1998, 3192 ff., 3193 betreffend einen einseitigen Kalkulationsirrtum, der ein bereits im Stadium der Willensbildung zu Stande gekommener Motivirrtum sei und daher nicht zur Anfechtung berechtige.

[89] *Kramer*, Kalkulationsirrtum, 59.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

bildung und damit als grundsätzlich unbeachtliche Motivirrtümer behandelt werden.[90]

Im Übrigen ergibt sich e contrario aus der vorhergehenden Behandlung des Eigenschaftsirrtums:

- Ein unbeachtlicher Motivirrtum liegt regelmässig dann vor, wenn der Erklärende sich über den Wert, den Marktpreis der Sache oder den künftigen Gewinn bzw. Zins geirrt hat.[91]
- Betrifft der Irrtum nur mittelbare Eigenschaften einer Sache, beispielsweise die wertbestimmenden, mittelbaren Eigenschaften, liegt ein unbeachtlicher Motivirrtum vor.[92] So ist beispielsweise beim Grundpfandvertrag die Rangstelle eine „verkehrswesentliche Eigenschaft", hingegen die Beschaffenheit oder der Wert im Sinne der Ertragsfähigkeit des Grundstücks nicht.[93]
- Unbeachtliche Eigenschaften sind deshalb regelmässig der Wiederverkaufswert oder die Wiederverkaufschancen beim Kauf einer Sache;[94]
- die Verhältnisse, Ertragsfähigkeit und Umsatz beim Kauf einer Unternehmung[95], was aber nicht bedeutet, dass die Ertragsfähigkeit einer Unternehmung nicht eine „zugesicherte Eigenschaft" sein könnte und als solche dem Gewährleistungsrecht nach §§ 434 BGB unterstünde;[96]
- die falsche Annahme einer Verpflichtung oder einer Haftungsgrundlage.[97]

Löst man sich hingegen von diesen althergebrachten Irrtumsfällen und folgt der Lehre von Kramer, so ergibt sich, dass nur derjenige Vertrauensschutz geniessen soll, der den Motivirrtum des Irrenden zu Recht nicht erkannt hat, weil man diesen gar nicht erkennen konnte und er sich damit selbst keinen Fehler vorwerfen lassen muss. In diesen Fällen liegt die Risikosphäre beim Irrenden selbst, und es liegt ein Fall eines unbeachtlichen Motivirrtums vor.[98] Entscheidendes Kriterium ist damit einzig, wer aufgrund der Umstände beim Vertragsschluss die Verantwortung für den Motivirrtum tragen muss.

---

[90] *Köhler*, AcP 182 (1982) 135; *Brehm*, FS Niederländer, 235; *Heun*, CR 1994, 596.

[91] RG 9.11.1906, RGZ 64, 266 ff., 267; BGH 7.6.1990, WM 1990, 1341 ff.

[92] BGH 18.11.1977, NJW 1978, 370 f.

[93] RG 22.11.1935, RGZ 149, 238; BGH 7.6.1990, WM 1990, 1341 ff.

[94] RG 9.11.1906, RGZ 64, 266 ff., 267.

[95] BGH 11.10.2000, NJW 2001, 226 ff. betr. falsche Vorstellung, nur den Mantel einer GmbH zu verkaufen und das Kapital als ausgeschüttete Rücklage zu bekommen. Der BGH urteilte, dass dieser Sachverhalt zumindest einer verkehrswesentlichen Eigenschaft der Gesellschaftsanteile nach § 119 Abs. 2 BGB nahe komme.

[96] BGH 3.7.1992, NJW 1992, 2564; BGH 11.11.1987, WM 1988, 124 f., 125.

[97] RG 20.10.1937, RGZ 156, 70 ff., 74.

[98] Zum Kalkulationsirrtum BGH 7.7.1998, NJW 1998, 3192 ff., 3394.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

g) Zum gemeinsamen Motivirrtum

Beim gegenseitigen oder gemeinsamen Motivirrtum verhält es sich anders. Beide Parteien, Erklärender und Erklärungsempfänger, unterliegen Fehlern in der Willensbildung und sind von einem falschen Motiv ausgegangen.[99] Diese gemeinsame falsche Vorstellung muss gegenseitige Geschäftsgrundlage des Vertrags (jedoch nicht Inhalt) sein, ein blosses gegenseitiges Mitteilen von Vorstellungen reicht hierfür nicht aus.[100]

Der gegenseitige oder gemeinschaftliche Motivirrtum ist *nicht im Irrtumsrecht geregelt*, aber in § 313 Abs. 2 BGB als ein Anwendungsfall der „Störung der Geschäftsgrundlage" (und vorher als Anwendungsfall des praeter legem entwickelten „Wegfalls der Geschäftsgrundlage"[101]). Der gegenseitige Motivirrtum wird daher später unter diesem Titel behandelt. Vorweggenommen sei, dass im Gegensatz zum einseitigen unbeachtlichen Motivirrtum im Fall des gegenseitigen Motivirrtums *kein Raum für den Vertrauensschutz*[102] des Erklärungsempfängers bleibt. Es wäre stossend, wenn die Parteien an einen Vertrag gebunden bleiben müssten, dessen Inhalt auf einer Grundlage beruhte, die sie nie gewollt haben. Dies gilt umso mehr, weil Lehre und Rechtsprechung den „umgekehrten" Fall der „falsa demonstratio" anerkennen.

h) Rechtsprechung

Aus der Rechtsprechung ergeben sich – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – die folgenden Gruppen von Fällen, bei welchen ein Motivirrtum nach § 119 Abs. 2 BGB anerkannt wird:

- Bei Kaufverträgen sind die verkehrswesentlichen Eigenschaften so vielfältig wie der Kaufgegenstand: Stoff, Grösse, Anzahl, Form, Farbe, Herkunft, Marke, Fahrleistung, Herstellungsjahr, Lage oder Bebaubarkeit eines Grundstücks und das Vorliegen eines Lizenzvertrags bei Patenten, sowie der Kundenstamm und der Ruf[103] bei einer Betriebsübernahme.[104]
- Bei einem Arbeitsvertrag mit einem als Fahrer angestellten LKW-Fahrer kann beispielsweise aufgrund des Zwecks des Rechtsgeschäfts erwartet

[99] *Brox*, N 476 f.

[100] *Palandt/Heinrichs* § 313 N 5; *Soergel/Hefermehl* § 119 N 66.

[101] *Palandt/Heinrichs* § 119 N 30, § 313 N 1. Die Lehre wurde von *Paul Oertmann*, „Die Geschäftsgrundlage als neuer Rechtsbegriff" bereits 1921 entwickelt, und man versuchte wiederholt, sie auch auf die „clausula rebus sic stantibus" auszudehnen, *Wieacker*, FS Wilburg, 229 ff. Diese Klausel ist nun in § 313 Abs. 3 BGB geregelt.

[102] *Brox*, N 476.

[103] BGH 3.7.1992, NJW 1992, 2564 ff.

[104] *Palandt/Heinrichs* § 119 N 27; *Staudinger/Singer* § 119 N 95, wobei nur dann von einem Unternehmenskauf ausgegangen werden kann, wenn sämtliche oder nahezu alle Geschäftsanteile verkauft werden (BGH 4.4.2001, NJW 2001, 2163 ff.).

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

werden, dass dieser im Besitze des entsprechenden Führerscheins ist. Beim Mietvertrag mit dem gleichen Fahrer spielt diese Eigenschaft jedoch regelmässig keine Rolle.
- Bei Schenkungen lässt sich aus der Natur des Geschäfts nichts dergleichen ableiten, ausser dass der Gegenstand funktionstüchtig sein sollte.
- Regelmässig nicht erfasst vom Eigenschaftsirrtum nach § 119 Abs. 2 BGB sind: Der Irrtum über den Marktpreis der Sache oder den künftigen Gewinn bzw. Zins.[105]
- Regelmässig nicht erfasst vom Eigenschaftsirrtum nach § 119 Abs. 2 BGB sind: Der Irrtum über nur mittelbare Eigenschaften, wie eine ungewöhnliche Nutzung einer Sache und insbesondere die wertbestimmenden mittelbaren Eigenschaften:[106] Wiederverkaufswert, Wiederverkaufschancen einer Sache[107] und die Verhältnisse, wie die Ertragsfähigkeit und der Umsatz einer Unternehmung beim Kauf[108]oder die falsche Annahme einer Verpflichtung oder einer Haftungsgrundlage.[109]

5. Ausübung des Irrtumsrechts und Rechtsfolgen

a) Allgemeines

Da im deutschen Schuldrecht anders als im schweizerischen und japanischen der Abstraktionsgrundsatz[110] gilt, ist bei einer Irrtumsanfechtung zu beachten, dass das Verpflichtungs- und das Verfügungsgeschäft eines Vertrags unabhängig voneinander behandelt werden.[111] Das bedeutet, dass die rechtlichen Folgen, insbesondere die Unwirksamkeitswirkungen des kausalen Verpflichtungsgeschäfts und des abstrakten Geschäfts, zu trennen sind. Es gilt das Trennungsprinzip.[112]

Wird ein Vertrag bzw. das Verpflichtungsgeschäft damit wegen Irrtums für unwirksam erklärt, bleibt nach deutschem Recht die dingliche Übereignung trotzdem gültig, weil dieser Gegenstand des Verfügungsgeschäfts ist. Bietet also ein Verkäufer eine Sache irrtümlich zu 5'600 Euro statt zu 6'500 Euro an und ist die Sache zwischenzeitlich schon übereignet worden, so kann der Vertrag zwar nach § 119 Abs. 1 BGB angefochten werden, die dingliche Übereignung bleibt jedoch wirksam.[113]

---

[105] RG 9.11.1906, RGZ 64, 266 ff., 267; BGH 7.6.1990, WM 1990, 1341 ff.
[106] BGH 18.11.1977, NJW 1978, 370 f.
[107] RG 9.11.1906, RGZ 64, 266 ff., 267.
[108] BGH 11.10.2000, NJW 201, 226 ff., vgl. Fn 426.
[109] BGH 28.10.1937, RGZ 156, 74.
[110] *Brox*, N 117 ff. ; *Larenz/Wolf*, § 23 N 74 ff.
[111] Ausführlich *Grigoleit*, AcP 119 (1999) 379 ff., insb. 396 ff.
[112] *Larenz/Wolf*, § 23 N 75.
[113] *Larenz/Wolf*, § 23 N 78.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Etwas anders ist die Situation bei der hier interessierenden Anfechtung aufgrund eines Eigenschaftsirrtums (§ 119 Abs. 2 BGB). Die „Verkehrswesentlichkeit" der Eigenschaften betrifft von allem Anfang an nur das Verpflichtungsgeschäft und ist für das Verfügungsgeschäft irrelevant. Daraus folgt dogmatisch, dass die Willensstörung nur die Vertragsparteien betrifft und der dingliche Schutz von Gläubigern bestehen bleiben soll, so dass eine Anfechtung des Verfügungsgeschäfts unmöglich ist.[114]

Die Anfechtung des Verpflichtungsgeschäfts kann nur zum Dahinfallen des Verfügungsgeschäfts führen, wenn im Vertrag eine entsprechende Bedingung aufgenommen worden ist. Fallen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft in einem Akt zusammen, ändert sich an dieser beschränkten Anfechtbarkeit grundsätzlich nichts.[115]

Das Abstraktionsprinzip bewirkt damit, dass der bereits schon schwierigen Durchsetzung der Unwirksamkeit eines Rechtsgeschäfts nach § 119 Abs. 2 BGB noch zusätzliche Grenzen gesetzt werden. Dem Irrenden steht daher faktisch oft gar kein Rückabwicklungs- bzw. ein Herausgabeanspruch zu, sondern nur ein Schadenersatzanspruch.

b) Frist und Nichtigkeit ex tunc

Die Anfechtungsfrist für die Irrtumsanfechtung ist nach § 121 BGB auf kurze Zeit beschränkt. Der Irrende muss „unverzüglich" nach Kenntnisnahme des Irrtums anfechten. Eine Geltendmachung nach zwei Wochen genügt nach Lehre damit nur in seltenen, äusserst komplizierten Fällen noch. [116] Die absolute Anfechtungsfrist beträgt nach § 121 Abs. 2 BGB zehn Jahre seit der Abgabe der fraglichen Willenserklärung.

Die Rechtsfolge der erfolgreichen Anfechtung ist die Nichtigkeit ex tunc des Rechtsgeschäfts nach § 142 Abs. 2 BGB. Es gilt das so genannte Alles-oder-nichts-Prinzip, das in der Lehre kritisiert wird:[117] Zumindest müsse dem Erklärungsempfänger erlaubt werden, die Nichtigkeitsfolgen abzuwenden, indem er den Vertrag so gelten lasse wie der Irrende sich vorgestellt hatte, dass er sein müsse.[118]

Der Anfechtende hat seinem Vertragsgegner den Vertrauensschaden oder das negative Vertragsinteresse zu ersetzen, falls diesem ein wirtschaftlicher Schaden aus der Vertragsauflösung widerfährt (§§ 122 Abs. 1, 142 Abs. 1 BGB). Diese Schadenersatzpflicht des Irrenden entfällt, wenn der Ver-

[114] *Grigoleit*, AcP 199 (1999) 396 ff.
[115] *Grigoleit*, AcP 199 (1999) 413 f.
[116] *Larenz/Wolf* § 36 N 88.
[117] *Larenz/Wolf* § 36 N 96.
[118] *Mü-Ko/Kramer* § 119 N 145.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

tragsgegner den Motivirrtum hätte erkennen können (§ 122 Abs. 2 BGB).[119]

B. Verhältnis zu anderen zivilrechtlichen Rechtsbehelfen

1. Schutz vor dem „unerwünschten Vertrag"

Der Schutz einer Vertragspartei vor den Folgen von Willensstörungen oder einem „unerwünschten Vertrag" [120] ist neben dem Irrtum auch mit anderen klassischen und modernen zivilrechtlichen Rechtsbehelfen zu bewirken. Stets handelt es sich doch um Probleme der ausgleichenden Gerechtigkeit unter dem Gesichtspunkt der Äquivalenz.[121] Einige dieser Mittel sollen daher der erörterten Irrtumsregelung gegenübergestellt werden:

Die nähere Befassung mit der „Störung der Geschäftsgrundlage" nach § 313 BGB drängt sich im Zusammenhang mit dem „ausnahmsweise beachtlichen Motivirrtum" nach § 119 Abs. 2 BGB auf. Auf das Verhältnis zur Anfechtung wegen Täuschung nach § 123 BGB und zur Vertragsauflösung wegen culpa in contrahendo und wegen Sittenwidrigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB wird im Folgenden kurz eingegangen, weil sich interessante Feststellungen für das Irrtumsrecht ergeben können. Ausserdem wird damit bereits ein Zusammenhang zwischen Irrtumsrecht und Informationspflicht hergestellt. Drohung und Irrtumsrecht haben dagegen nichts miteinander zu tun, weil bei einer Drohung der Erklärende stets um seine Unfreiheit und Fehlerhaftigkeit der Erklärung weiss.[122]

Auf die Konkurrenz zur Sachmängelhaftung nach § 434 BGB wird ebenfalls kurz eingegangen, weil diese praxisrelevant ist.

Auf das Verhältnis von verbraucherschützenden Widerrufsrechten und „ausnahmsweise beachtlichem" Motivirrtum wird im 3. Kapitel gesondert und ausführlich eingegangen.

2. Zum Verstoss gegen die guten Sitten (§ 138 BGB)

Die Berufung auf einen Verstoss gegen die guten Sitten nach § 138 Abs. 1 BGB dient wie die Irrtumsanfechtung dem Schutz der Entscheidungsfreiheit. Inhaltskontrolle und Behebung der Willensmängel sind oft gleichermassen erwünscht und dienen damit der Abschlusskontrolle des Vertrags. Wenn also auch die Umstände, die dem Zustandekommen des Vertrags zu Grunde liegen, grundsätzlich nicht vom Regelungsbereich des § 138 Abs. 1

[119] *Kittner*, N 581f.; BGH 19.12.1997, NJW 1998, 898 ff.
[120] Grundlegend *Lorenz*, 44 ff., 88 ff.; *Wiegand D.*, 44 ff., 145 ff., 147.
[121] *Bydlinsky*, AcP 204 (2004) 310 ff., 328.
[122] *Mankowski*, 382 m.w.H.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

BGB erfasst sind,[123] ist bei Vorliegen einer „sittenwidrigen" Vertragsschlusssituation der Übergang zum sittenwidrigen Vertragsinhalt fliessend.

Es bestehen in der deutschen Lehre und Rechtsprechung konstante Fallgruppen zu sittenwidrigen Sachverhalten.[124] Besonders interessant ist im Zusammenhang mit dem Verbrauchervertrag die Fallgruppe der Übersicherungs- oder Knebelungsverträge der Schuldner im Kreditsicherungswesen.[125] Zu dieser Gruppe lassen sich auch die Entscheide zur Nichtigkeit von Bürgschaftsverträgen unter nahen Angehörigen zählen, in denen die Selbstbestimmung des Bürgen bei Vertragsschluss durch die nahe Beziehung zum Schuldner als beeinträchtigt angesehen wurde.

Diese Bürgschaftsentscheide des deutschen Bundesverfassungsgerichts vor rund zehn Jahren sind gar zum Standard der materialen Vertragsgerechtigkeit und der Vertragsdisparität geworden:[126] So könne von Vertragsfreiheit der Parteien nur noch bei einem Vertragsschluss ausgegangen werden, in dem ein „annähernd ausgewogenes Kräfteverhältnis der Partner" besteht. Die Kritik der deutschen Lehre an dieser Rechtsprechung war gross[127] und ist bis heute nicht abgeebbt[128], trotzdem wurde die Rechtsprechung seither mehrmals bestätigt.[129]

Interessant ist in diesem Zusammenhang auch, dass eine Schwangerschaft bei Abschluss eines Ehevertrags diesen zwar noch nicht per se sittenwidrig erscheinen lässt (§ 138 Abs. 1 BGB), aber ein *Indiz für die fehlende Vertragsparität* bei Vertragsschluss ist und daher Anlass für eine strengere gerichtliche Kontrolle bietet.[130]

---

[123] Es sei denn zur Abschreckungswirkung vor entsprechenden rechtswidrigen Gesinnungen und systematischen Geschäftsvorhaben, *Mü-Ko/Mayer-Maly/ Armbrüster* § 138 N 2.

[124] *Mayer-Maly*, Gute Sitten des BGH, 69 ff.; *Mü-Ko/Mayer-Maly/Armbrüster* § 138 N 40 ff. und *Soergel/Hefermehl* § 138 N 62 ff.

[125] *Medicus*, AT BGB, N 697; in jüngerer Zeit muss sich die Rechtsprechung mit Telefondienstfirmen und deren überrissenen Angeboten befassen, 7.7.2003, AG Bad Iburg, NJW-RR 2004, 1059.

[126] BVerfG 19.10.1993, NJW 1994, 36; BVerfG 5.8.1994, NJW 1994, 2749; BVerfG 2.5.1996, NJW 1996, 2021; BGH 29.6.1999, NJW 1999, 2584; sinngemäss bereits in BGH 7.6.1988, WM 1988, 1156 ff.

[127] U.a. *Honsell, Heinrich*, Bürgschaft und Mithaftung einkommens- und vermögensloser Familienmitglieder, NJW 1994, 565 ff.; *Adomeit, Klaus*, Die gestörte Vertragsdisparität – ein Trugbild, NJW 1994, 2467 ff.

[128] *Mayer-Maly*, Gute Sitten des BGH, 77 f.; *Gransky, Wolfgang*, Vertragsfreiheit und Kräftegleichgewicht, 1995, 145.

[129] *Tiedke Klaus*, Rechtsprechung des BGH auf dem Gebiet des Bürgschaftsrechts seit 1997, NJW 2001, 1015 ff., insb. 1022 f.; *Fischer, Gero/Ganter, Hans Gerhard/Kirchhoff, Hans-Peter*, Schutz des Bürgen, in: FS aus Anlass des fünfzigjährigen Bestehens von Bundesgerichtshof, Bundesanwaltschaft und Rechtsanwaltschaft beim Bundesgerichtshof, Geiss Karl-Mann et al. (Hrsg.), 2000, 33 ff.

[130] BGH 25.5.2005, NJW 2005, 2386 ff., 2387.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

In der Tendenz des BHG vergleichbar ist der Entscheid, der einen Kaufvertrag zwischen einer älteren Person und einer Versandhandelsfirma, die unlauter und systematisch mit „falschen Gewinnzusagen", geworben hatte, für nichtig im Sinne von § 138 Abs. 1 BGB erklärte.[131] Damit scheinen Verstösse gegen die lauterkeitsrechtlichen Begrenzungen von Werbemassnahmen für den Vertragsschluss, die dem Verbraucherschutz zuwiderlaufen, generell geeignet, die Sittenwidrigkeit zu begründen.[132] Zumindest wäre aber der lauterkeitsrechtliche Schutz vor sittenwidrigem Wettbewerbsverhalten geeignet[133] in Bezug auf den Motivirrtum, der durch ein wettbewerbswidriges Verhalten evoziert wurde, die Beweislast dem Empfänger aufzuerlegen.[134]

Diese Sittenwidrigkeitstatbestände (§ 138 Abs. 1 BGB) knüpfen im Gegensatz zu § 119 Abs. 2 BGB an eine zusätzliche subjektive Voraussetzung an, wie beispielsweise die „üble Gesinnung". Sie sind daher im Vergleich zur Irrtumsregelung grundsätzlich nur erschwert geltend zu machen. Diese erwähnten Fallgruppen zur Sittenwidrigkeit (zu den Kreditsicherungsgeschäften oder der fehlenden Ausgewogenheit der Parteien bei Vertragsschluss) können aus Sicht des Verbraucherschutzes jedoch genutzt werden.[135] Sie können im Sinne der Irrtumslehre Kramers als Hinweise auf Situationen der erleichterten Annahme eines ausnahmsweise beachtlichen Motivirrtums verstanden werden. Mit anderen Worten: Es handelt sich um Fallgruppen, an die nach dieser Lehre eine Risikoallokation geknüpft werden kann.

Auch den Wuchertatbestand nach § 138 Abs. 2 BGB zieht die Rechtsprechung bei, um die Selbstbestimmung des Schuldners zu wahren.[136] Hier bilden jedoch regelmässig die strengen objektiven Wuchervoraussetzungen das Nichtigkeitshindernis.

Ein Rechtsgeschäft, das den objektiven Wuchertatbestand nicht erfüllt, kann nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig sein, wenn ein zusätzliches subjektives Merkmal (üble Gesinnung) hinzukommt.[137] Dass aber für die Sittenwidrigkeit eines „wucherähnlichen" Geschäfts nach § 138 Abs. 2 BGB auf

---

[131] BGH 29.6.2005, NJW 2005, 2991 ff.

[132] *Wendt, Nussall*, Lauterkeit und Sittlichkeit – Zivilrechtliche Konsequenzen unlauterer Wettbewerbshandlungen?, NJW 2006, 127 ff., 129.

[133] BGH 11.3.2004, NJW 2004, 1655 ff. m.w.H., hat das Spamming, die ungewollte Werbung per E-Mail aber auch das ungewollte Rundschreiben für sittenwidrig nach § 1 UWG erklärt, Anm. von *Peter Mankowski*, JZ 2005, 94 ff.

[134] *Mankowski*, JZ 2005, 94 ff., 99.

[135] *Mayer-Maly*, Gute Sitten des BGH, 79.

[136] *Belser*, AJP 1998, 433 ff.

[137] BGH 19.2.2003, NJW 2003, 1860 ff., 1861, betreffend Zerstörung der Vermutung, dass eine „üble Gesinnung" vorliege, wenn eine beträchtliche Äquivalenzstörung besteht.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

das subjektive Merkmal gemäss § 138 Abs. 1 BGB verzichtet werden kann (nach dem antiken Vorbild der „laesio enormis") wird in der Lehre zwar gefordert,[138] ist aber so von der Rechtsprechung nicht anerkannt. Der BGH anerkennt lediglich, dass von einem groben Missverhältnis zwischen den Parteien die Vermutung der verwerflichen Gesinnung erwachsen kann.[139]

3. Zur arglistigen und fahrlässigen Irreführung

a) Täuschung (§ 123 BGB)

Eine Täuschungshandlung liegt vor, wenn der Täuschende darauf abzielt, dass der andere in einen Irrtum versetzt oder in einem Irrtum bestärkt wird.[140]

Zum Eigenschaftsirrtum nach § 119 Abs. 2 BGB bestehen zweierlei Schnittstellen: 1.) Die Täuschung bewirkt einen von aussen provozierten Motivirrtum.[141] 2.) Wird davon ausgegangen, dass der Rechtsverkehr bekanntermassen die „Verkehrswesentlichkeit" gewisser Eigenschaften nach § 119 Abs. 2 BGB anerkennt, so sind das wie nach § 123 BGB die Fälle, in denen der Rechtsverkehr bei Kennenmüssen des fraglichen Motivirrtums den Erklärungsempfänger nicht schützt.[142]

Die Täuschungshandlung kann bekanntlich durch positives Tun oder Unterlassen erfolgen. Blosses Zureden reicht nicht,[143] und das Verschweigen setzt eine Informationspflicht voraus.[144] Das Verschweigen des „Herstellungsjahrs" eines Autos, das auf den Preis des Kaufgegenstandes Einfluss hat, kann damit eine Täuschungshandlung beim Verkauf darstellen.[145] Ein Verschweigen des „echten Werts" eines Autos gleichermassen, denn in beiden Fällen besteht die Pflicht, den Käufer zu informieren. Im ersten Beispiel kann dabei auch ein Irrtum im Sinne von § 119 Abs. 2 BGB vorliegen, im zweiten Beispiel nicht, weil der „Wert" (wie auch der „Preis") nach Lehre und Rechtsprechung keine „verkehrswesentliche Eigenschaft" im Sinne des Gesetzes ist.[146]

---

[138] *Canaris*, AcP 200 (2000) 273 ff., 281; a.A. *Mayer-Maly*, Gute Sitten des BGH, 76 f.

[139] BGH 19.7.2002, NJW 2002, 3165 ff.

[140] *Medicus*, BGB AT N 788; *MüKo/Kramer* § 123 N 1.

[141] *Larenz/Wolf* § 37 N 22.

[142] *Reiner*, AcP 203 (2003) 18; *Lorenz*, 360 ff.

[143] *Medicus*, BGB AT N 788; *Köhler*, BGB AT § 7 N 37.

[144] Z.B. BGH 4.4.2001, NJW 2001, 2163 ff., 2165 betr. Aufklärungspflicht beim Verkauf eines Unternehmens (GmbH-Geschäftsanteilen). Zum Ganzen *Fleischer*, 20 ff., der in seinem historischen Abriss zur „Informationspflicht beim Vertragsschluss" die Argumente der Befürworter und Verneiner einer solchen Informationspflicht vor dem Hintergrund der jeweiligen Zeitströmung darlegt.

[145] OLG Karlsruhe 26.5.2004, NJW 2004, 2456 f.

[146] *Brox*, N 420.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Es besteht keine allgemeine Aufklärungspflicht über Sachverhalte, die relevant sein könnten für den Vertragspartner.[147] Eine Pflicht zur Aufklärung bzw. zu Angaben kann sich nur aus Treu und Glauben (§ 242 BGB) bei einem besonderen Vertrauensverhältnis oder aus einer besonderen Vertrauensstellung des Vertragspartners (Arzt, Anwalt, Vermögensverwalter etc.) zwischen den Parteien ergeben.[148] Weiter wird vorausgesetzt, dass die Täuschungshandlung arglistig im Sinne von einfach vorsätzlich erfolgt.[149] Der Täuschende muss also wissen und wollen, dass die andere Partei zu einer Willenserklärung bestimmt wird, die sie ohne Täuschung nicht abgegeben hätte. Keine Täuschung liegt daher vor, wenn der Verkäufer selbst fahrlässig nicht richtig über den „Wert des Autos" informiert war.[150]

Ein ausnahmsweise beachtlicher Motivirrtum im Sinne von § 119 Abs. 2 BGB entsteht dagegen ohne aktives oder passives Zutun des Erklärungsempfängers oder eines Dritten im Willensbildungsprozess des Irrenden allein. „Zureden" oder eine „Taktik", die Sprachunkenntnis des Verbrauchers bei Vertragsschluss auszunutzen,[151] gehen über die blosse Erfüllung des Irrtumstatbestandes hinaus. Dies sind vorsätzliche Täuschungshandlungen nach § 123 BGB, für die eine längere Verjährungsfrist nach § 124 BGB und keine Schadenersatzpflicht des Getäuschten nach § 122 BGB besteht.

Dafür ist die Irrtumsanfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB auf die falschen Vorstellungen eines Irrenden über verkehrswesentliche Eigenschaften beschränkt.

Die Entscheidungsfreiheit des Erklärenden droht damit sowohl unter den strengen Voraussetzungen von § 119 Abs. 2 BGB („nur verkehrswesentliche Eigenschaften") als auch unter dem Vorsatzerfordernis von § 123 BGB zu leiden. Es stellte sich daher auch im Zusammenhang mit der Täuschung die Frage, wie ein Vertrag aufgelöst werden kann, der aufgrund beeinflussender Massnahmen, die aber noch keinen Täuschungscharakter haben, geschlossen wurde.[152] In der Folge wurde nach einem anderen Schutzinstrument für die tatsächliche Entscheidungsfreiheit gesucht.[153] Zu erwähnen ist etwa die von Grigoleit vorgeschlagene analoge Anwendung des Anfechtungsrechts bei fahrlässiger Irreführung durch Verletzung vor-

[147] Hk-*Dörner* § 123 N 2; *Larenz/Wolf* § 37 N 5 ff.
[148] *Larenz/Wolf* § 37 N 8.
[149] Hk-*Dörner* § 123 N 2.
[150] *Brox*, N 454.
[151] *Mankowski*, 390.
[152] OLG Bamberg 24.9.1996, NJW-RR 1997, 694.
[153] *Canaris*, AcP 200 (2000) 273 ff., 281, 304 f.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

vertraglicher Informationspflichten gemäss § 123 BGB.[154] Das gesuchte Schutzinstrument wurde schliesslich wegen culpa in contrahendo bei „fahrlässiger Irreführung" gefunden.[155]

Der BGH geht in ständiger Rechtsprechung ungeachtet der Kritik der Lehre davon aus, dass neben einer Täuschung auch ein Schadenersatzanspruch aufgrund von culpa in contrahendo (seit der Schuldrechtsmodernisierung gestützt auf § 311 Abs. 2 i.V.m. § 241 Abs. 2 BGB) bestehen kann.[156]

b) Vertragslösung aufgrund culpa in contrahendo

Beruht der Motivirrtum nicht auf einer Täuschung nach § 123 BGB, sondern auf einem fahrlässigen Unterlassen von Information oder auf einer anderen harmloseren vorvertraglichen Einflussnahme, so besteht ein Schadenersatzanspruch aus culpa in contrahendo aus so genannter fahrlässiger Täuschung.[157] Es ist dabei im Grundsatz gleichgültig, ob ein ausnahmsweise beachtlicher Motivirrtum nach § 119 Abs. 2 BGB vorliegt oder nicht.

Liegt kein Eigenschaftsirrtum vor und wird die Irrtumsanfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB verneint, so bestehen zwar gewisse Bedenken in der Lehre[158] gegen die Anerkennung eines Schadenersatzanspruchs aufgrund einer culpa in contrahendo. Im Einzelfall wird jedoch, wenn die Aufklärungs- und Hinweispflicht vor dem Vertragsschluss bejaht wird, auch eine Hinweispflicht des Erklärungsempfängers bejaht werden dürfen, wenn dieser erkennt, dass sein Partner von falschen Vorstellungen ausgeht, sich also in einem Motivirrtum befindet.[159]

Darüber hinaus entschied das höchste Gericht, dass bei fahrlässiger Irreführung auch die *Vertragsauflösung statt des Schadenersatzes* aufgrund der culpa in contrahendo verlangt werden kann.[160] Ein Vertrag, der aufgrund

---

[154] *Grigoleit*, 137 ff.; ähnlich von der Sache her *Singer*, der eine analoge Anfechtung nach § 123 BGB zulassen will, wenn ein so genannter „Rechtsfolgemotivirrtum" vom Vertragspartner veranlasst war, 234 ff., 240.

[155] *Canaris*, AcP 200 (2000) 273 ff., 281, 304 f.; *Lorenz/Riehm* N 381; *Lorenz*, 330 ff.; ausführlich bei *Fleischer*, AcP 200 (2000) 91 ff.; *Grigoleit*, NJW 1999, 900 ff., 901.

[156] *Fleischer*, AcP 200 (2000) 92f; BGH 11.11.1987, WM 1988, 124 ff., 125.

[157] *Lorenz/Wolf* § 37 N 19, 22 f.; die Geschädigten sind dabei so zu stellen, wie wenn sie über alle massgeblichen Umstände vor Vertragsschluss informiert worden wären (Der Vertrauensschaden, d.h. das negative Vertragsinteresse ist zu ersetzen.). BGH 6.4.2001, NJW 2001, 2875 ff., 2876 f. m.w.H.; der Schadenersatzanspruch wegen Pflichtverletzung in contrahendo kann auch neben einem Sachgewährleistungsanspruch stehen, BGH 5.10. 2001, NJW 2002, 208 ff.

[158] *Medicus*, Schuldrecht I, N 109, aber auch N 579c ; *Waas*, JuS 2001, 14 ff., 17.

[159] *Waas*, JuS 2001, 14 ff., 17.

[160] BGH 26.9.1997, NJW 1998, 302 ff., 303 m.w.H.; BGH 26.9.1997, ZIP 1998, 154 ff., 156; BGH 19.12. 1997, NJW 1998, 898 ff.; immer noch kritisch *Medicus*, AT/Stud., N 109, N 579c.; zur Kritik auch *Canaris*, AcP 200 (2000) 304 f.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

fehlender oder mangelhafter vorvertraglicher Information geschlossen wurde, kann damit auch mit der culpa in contrahendo gestützt auf den Naturalrestitutionsanspruch gemäss § 280 Abs. 1 und § 249 Abs. 1 BGB aufgelöst werden.[161] Der in seinem Vertrauen Getäuschte ist so zu stellen, wie wenn er richtig informiert worden wäre. Er soll daher auch wählen dürfen, ob er an seinem Vertrag festhalten will und Schadenersatz beanspruchen oder diesen lieber auflösen möchte.[162]

Vorausgesetzt wird jedoch nach der Rechtsprechung, dass wie in den übrigen Fällen der culpa in contrahendo der fahrlässig Irregeführte einen *Vermögensschaden* erlitten hat.[163] Damit ist dieses Vertragslösungsrecht wiederum eingeschränkt. Kein unbedeutender Teil der Lehre hat hierzu allerdings eingewandt, dass es einen „Vertragsabschlussschaden" oder einen so genannten „störungsbedingten immateriellen Schaden" gibt[164], so dass davon ausgegangen werden kann, dass der BGH diese Voraussetzung nochmals überdenken wird.

c) Würdigung

Für das Irrtumsrecht ergibt sich zusammenfassend, dass gewisse Motivirrtümer, die von der Sache her nicht als „verkehrswesentlicher Eigenschaftsirrtum" von § 119 Abs. 2 BGB erfasst und die mangels Arglist der Irreführung auch nicht unter § 123 BGB subsumiert werden können, mit diesem Vertragslösungsrecht gestützt auf culpa in contrahendo als fahrlässige Irreführung erfasst werden können.
Erleidet der Käufer beispielsweise durch ein fahrlässiges Verschweigen der Dauer eines Mietverhältnisses, das mit dem Grundstückkaufvertrag übernommen wurde, eine Willensstörung, so hat der Verkäufer zwar nicht die Voraussetzungen der arglistigen Irreführung nach § 123 BGB, jedoch jene der fahrlässigen Irreführung und damit der culpa in contrahendo erfüllt.[165] Die Grundsätze der culpa in contrahendo sind daher allgemein auf den *„veranlassten, erkannten oder erkennbaren Motivirrtum"* anzuwenden.[166]

Ist die Irreführung dagegen von niemandem und gar nicht veranlasst worden, so bleibt als einziger Rechtsbehelf für den Irrenden § 119 Abs. 2

---

[161] BGH 4.4.2001, NJW 2001, 2163 ff.
[162] BGH 4.4.2001, NJW 2001, 2163 ff. m.w.H.
[163] Seit BGH 26.9.1997, NJW 1998, 302 ff., 303; 26.9.1997, ZIP 1998 154 ff., 156; kritisiert in der Lehre, statt vieler *Canaris*, AcP 200 (2000) 304 f.
[164] *Fleischer*, AcP 200 (2000) 111 ff. m.w.H.; *Lorenz*, 72 ff. sieht die Verletzung der "korrekten Willensbildung" als Schaden per se.
[165] BGH 6.4.2001, NJW 2001, 2878 ff.
[166] *Larenz/Wolf* § 36 N 69.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

BGB.[167] Die Dauer des Mietverhältnisses, das beim Grundstückkauf übernommen wurde, kann daher beispielsweise bei langer Dauer und erheblicher finanzieller Belastung durch das Mietverhältnis eine „verkehrswesentliche Eigenschaft" im Sinne von § 119 Abs. 2 BGB sein. Von keinem der drei Rechtsbehelfe erfasst ist jedoch der Motivirrtum, der weder eine verkehrswesentliche Eigenschaft betrifft noch durch eine vorsätzliche oder fahrlässige Irreführung des Erklärungsempfängers verursacht wurde.

Da sowohl Irrtumsregelung wie auch die arglistige Täuschung die Willensfreiheit des Irrenden schützen, die culpa in contrahendo dagegen dessen Vermögen, folgt daraus, dass ein Nebeneinander der culpa in contrahendo mit der Täuschung (§ 123 BGB) oder dem Irrtum (§ 119 BGB) möglich ist.

Die gleichzeitige Berufung auf Täuschung und auf Irrtum ist zulässig[168], denn trotz des gleichen Schutzzweckes sind die Anwendungsbereiche unterschiedlich. Beim objektiven Tatbestand ist § 119 Abs. 2 BGB enger, beim subjektiven Tatbestand ist es die Täuschung (§ 123 BGB).[169]

Positiv hervorzuheben ist, dass mit der Einführung des Vertragsauflösungsrechts gestützt auf culpa in contrahendo (§ 311 Abs. 2 BGB) ein Rechtsbehelf entwickelt und nun kodifiziert wurde, der die materiale Vertragsfreiheit der Partei schützt.[170]

Aus der in § 311 Abs. 2 BGB begründeten Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Interessen potenzieller Vertragsgegner, kann nach der hier vertretenen Meinung damit bereits vorausgesetzt werden, dass den Parteien ein genügendes Mass an Entscheidungsfreiheit gelassen werden soll. Wird eine vorvertragliche Informationspflicht verletzt, kann es für das Vertragslösungsrecht gestützt auf culpa in contrahendo nicht mehr darauf ankommen, ob ein „Vermögensschaden" entstanden ist. Dem Irrenden kommt mit diesem Rechtsbehelf eine neue Wahlmöglichkeit und Beweglichkeit zugute, die der Nichtigkeitsfolge der Irrtumsanfechtung abgeht.[171]

Einziger, aber nicht unbedeutender Mangel aus Sicht des Verbrauchers bleibt, dass das Ausmass der vorvertraglichen Aufklärungspflicht nicht gesetzlich geregelt ist und somit auch die Berufungsmöglichkeiten auf die

---

[167] Diese Unterscheidung entspricht nichts anderem als den unterschiedlichen Figuren von „*misrepresentation*" nach Common Law, die in „*fraudulent*", „*innocent*" und „*holy innocent*" unterteilt wird. *Lorenz* 378 f., insb. Fn 736-737; *Kramer*, Irrtum int. 145 ff.

[168] Hk-*Dörner* § 123 N 13.

[169] Die Anfechtungsfrist für die Täuschung ist länger als für die Irrtumsanfechtung (§ 124 BGB). Im Verhältnis zur Vertragsauflösung nach c.i.c. wird eine Angleichung an § 124 BGB verlangt, *Fleischer*, AcP 200 (2000) 119.

[170] *Wiegand D.*, 43 ff., 55 ff., 147; *Canaris*, AcP 200 (2000) 304.

[171] *Larenz/Wolf* § 36 N 69; *Lorenz*, 284 ff.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

culpa in contrahendo nicht klar umrissen sind, sondern letztlich auf Treu und Glauben (§ 242 BGB) bzw. richterlichem Ermessen gründen.[172]

4. Zur Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB)

a) Anwendungsbereich

Der seit langem anerkannte Grundsatz des „Wegfalls der Geschäftsgrundlage"[173] wurde mit der Modernisierung des Schuldrechts als Störung der Geschäftsgrundlage in § 313 BGB kodifiziert.

Die Bestimmung besagt, dass bei Änderungen der Geschäftsgrundlage eines Vertrags (§ 313 Abs. 1 BGB) oder falschen Vorstellungen über diese (§ 313 Abs. 2 BGB) primär die Anpassung und sekundär die Beendigung des Vertrags verlangt werden kann. [174] Für den Fall, dass weder eine Anpassung noch eine Beendigung des Vertrags möglich sind, wurde ein Rücktrittsrecht vom Vertrag in § 313 Abs. 3 BGB aufgenommen.[175]

Die „Geschäftsgrundlage" wird bestimmt durch Vorstellungen und Umstände, die beide Parteien gemeinsam haben oder nur eine Partei hat, die Gegenpartei diese aber erkennt und nicht beanstandet. Diese bilden damit *Grundlage des Geschäftswillens der Parteien bei Vertragsschluss, wenden aber nicht zum Vertragsinhalt.*[176]

Es werden heute vor allem drei wichtige Anwendungsbereiche der Störung der Geschäftsgrundlage unterschieden:
1.) Die unvorhergesehene Störung des Äquivalenzverhältnisses im Sinne einer übermässigen Leistungserschwernis für eine Partei;
2.) die Verwendungszweckstörungen, die vorliegen, wenn sich der Vertragszweck für eine Partei erübrigt hat (z.B. Kauf eines Hundezwingers bei Verlust des Hundes), vorausgesetzt, dass das Risiko nicht auf beide Parteien gleich verteilt ist;[177] und

---

[172] *Lorenz/Riehm* N 382.

[173] RG 3.2.1922,RGZ 103, 332 ff.; *Köhler*, Geschäftsgrundlage, 295 ff.

[174] BGH 16.2.2000, NJW 2000, 1714 ff.

[175] Sowie eine Neuverhandlungspflicht, *Hey*, FS Canaris, 37 f. Ob das vertragliche Rücktrittsrecht und die Neuverhandlungspflicht bereits unter dem alten Recht bestanden haben, ist aber offenbar umstritten.

[176] *Köhler*, Geschäftsgrundlage, 297 f. m.w.H. und Kritik.

[177] BGH 15.5.1992, NJW 1992, 3176 ff., 3177 betr. Ausfall einer Veranstaltung wegen des Golfkrieges urteilte der BGH, dass es unbillig sei, dem Veranstalter einseitig die Ausfallkosten aufzubürden, weil er kein Verschulden am Ausfall hatte. Der Musiker musste den Schaden gleichermassen tragen; BGH 16.2.2000, NJW 2000, 1714 ff. betr. Miete eines Lokals in Einkaufzentrum vor Erstellung. Dass nachträglich nicht der erwartete Kundenzulauf eingetroffen ist, liegt in der Risikosphäre des Mieters, da es sich um blosse persönliche Erwartungen handelte.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

3.) die Fälle von gemeinsamen Motivirrtümern nach § 313 Abs. 2 BGB.[178]

Wichtigster Anwendungsfall des gemeinsamen Motivirrtums ist, wie bereits erwähnt, der gemeinsame Kalkulationsirrtum.[179] Einseitige Rechtsgeschäfte wie die Bürgschaft können allerdings auch unter den Anwendungsbereich fallen.[180]

§ 313 BGB übernimmt damit auch die Funktion der gemeinrechtlichen „clausula rebus sic stantibus". Erfasst werden weiter die bedeutenden Fälle des Eintritts oder des Nichteintritts eines künftigen Ereignisses.[181] Wurde beispielsweise ein Inventar für die künftige Gaststätte gekauft und brennt diese ab oder wurden Ringe für die Verlobung gekauft, die nachher nicht stattfindet, so liegen Fälle von gemeinschaftlichem Motivirrtum nach § 313 Abs. 2 BGB vor und nicht etwa Fälle von Leistungsunmöglichkeit nach § 275 BGB.[182]

Allen Anwendungsfällen liegt zu Grunde, dass es sich *um schwerwiegende, nicht voraussehbare Veränderungen handelt, für die keine Partei das Risiko trägt.* Wird also eine Partei unerwartet mit dem Vertragsrisiko belastet, so liegt eine Störung der Geschäftsgrundlage vor.[183] Besteht jedoch eine ausdrückliche Risikoübernahme einer Partei oder ergeben die vertragstypischen Regelungen oder Umstände eine solche[184], so ist die Vertragserfüllung (wegen Drittinteressen) den Parteien zuzumuten,[185] und eine Berufung auf § 313 BGB ist ausgeschlossen. Besteht eine gesetzlich geregelte Risikozuteilung für den konkreten Störungsfall, so entfällt § 313 BGB von vornherein.[186] Ebenfalls geht einer Vertragsanpassung bzw. -auflösung nach § 313 BGB die richterliche Vertragsergänzung vor.[187]

---

[178] *Lorenz/Riehm* N 385 ff., 403.

[179] *Kramer*, Irrtum int. N 20; *Lorenz/Riehm*, N 404.

[180] Hk-BGB/*Schulze* § 313 N 4.

[181] *Palandt/Heinrichs* § 313 N 20.

[182] *Palandt/Heinrichs* § 313 N 42, 26.

[183] *Köhler*, Geschäftsgrundlage, 300; z.B. verneint sie, wenn Ehegatten nach der Scheidung ein viel höheres Einkommen haben, als bei Abschluss des Ehevertrags angenommen. Ist aber von einer bestimmten Einkommensrelation zwischen den Ehegatten aufgrund ihrer Rollenverteilung während der Ehe ausgegangen und hat sich diese verändert, so liegt ein Fall von § 313 BGB vor: BGH 25.4.2005, NJW 2005, 2386 ff., 2390.

[184] BGH 27.2.1985, NJW 1985, 2693 ff. betreffend Nutzungsverhältnis einer Gaststätte. Fällt beim Bierlieferungsvertrag mangels Regelung in den Risikobereich des Gastwirts.

[185] *Palandt/Heinrichs* § 313 N 15 ff., insb. N 20 und N 28: anders als nach bisherigem Recht tritt die Anpassung bzw. Auflösung des Vertrags bei Vorliegen der Voraussetzungen nach § 313 Abs. 1 oder 2 BGB nicht mehr ipso iure ein.

[186] *Köhler*, Geschäftsgrundlage, 300.

[187] *Köhler*, Geschäftsgrundlage, 300.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

b) Abgrenzungsfrage

§ 313 BGB steht systematisch und inhaltlich ausserhalb des Irrtumsrechts. Vor der Schuldrechtsmodernisierung leiteten sich die entsprechenden Regelungen aus dem allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben nach § 242 BGB ab.[188] Massgebendes Kriterium für die Beurteilung einer Störung der Geschäftsgrundlage ist daher immer noch die Unzumutbarkeit bzw. die Unverhältnismässigkeit des Festhaltens am Vertrage für eine Partei,[189] weil sie mit einem Risiko belastet wird, das ihr nach dem Vertrag nicht zugewiesen war.[190] Mit anderen Worten formuliert: Weder Inhalt noch Risiko des eingetretenen Ereignisses waren Teil des Leistungsversprechens der irrenden Partei.[191] Die Störung der Geschäftsgrundlage dient damit auch dem Schutze der Willensfreiheit einer irrenden Person und hat eine lückenfüllende Bedeutung.[192]

Nach h.L. handelt es sich bei § 313 BGB mehrheitlich um Sachverhalte, die nicht von der Irrtumsregelung erfasst sind, weil sie bloss die „Motivationsebene" und das „Nichtbedenken" eines Umstandes[193] betreffen. Trotzdem gibt es zahlreiche Überschneidungen zum Irrtumsrecht. Insbesondere ist der „gegenseitige Motivirrtum" bisher von der Rechtsprechung und seit der Schuldrechtsmodernisierung von der Störung der Geschäftsgrundlage im Sinne von § 313 Abs. 2 BGB erfasst.[194] Sind ausserdem die einseitig falschen Vorstellungen für die andere Partei erkennbar und erklärt diese die fragliche Vorstellung nicht für unbedeutend, so wird der Sachverhalt wie erwähnt als tatsächlich gemeinsame (falsche) Vorstellung im Sinne von

---

[188] *Kramer*, Irrtum int. N 20; bei der Schuldrechtsmodernisierung bestand daher auch ein Vorschlag, dieses Rechtsinstitut als neuen § 242 Abs. 2 BGB aufzunehmen, BT/Drucks 14/6040, 270 ff.

[189] *Mü-Ko/Roth* § 242 N 587, N 634; *Bydlinsky*, AcP 204 (2004) 309 ff., 320 ff.; *Dauner-Lieb, Barbara*, betont den absoluten Ausnahmecharakter von § 313 BGB („Kodifikation von Richterrecht", 322 f. in: Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, Ernst Wolfgang/Zimmermann Reinhard (Hrsg.), 2001, Tübingen.)

[190] In diesem Rahmen stört der Begriff der „Unzumutbarkeit" nicht, a. A. *Köhler*, der auf die Risikozuteilung allein abstellen will, Geschäftsgrundlage, 300, insb. Fn 14.

[191] Vgl. auch *Graf*, der eine sehr ansprechende Lösung der Problematik über die ergänzende Vertragsauslegung und damit den „hypothetischen Parteiwillen" vorschlägt, 15 ff., 83 ff., 276 ff., 280: Mit dem „hypothetischen Willen" stellt sich jedem Gericht die massgebliche Frage, nämlich, ob der Verbraucher bei voller Information, Sachkenntnis und Reflexion den betreffenden Verbrauchervertrag auch eingegangen wäre oder nicht. Lautet die Antwort nein, so ist der Verbrauchervertrag aufzulösen, denn die materiale Vertragsfreiheit des Verbrauchers war bei Vertragsschluss verletzt.

[192] Zur lückenfüllenden Bedeutung von § 313 BGB für das Recht der Willensmängel, *Wiegand D.*, 55 ff.

[193] *Medicus*, AT BGB N 778.

[194] Hk-*Schulze* § 313 N 2.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

§ 313 BGB behandelt.[195] Diese einseitig falschen Vorstellungen, die eine Grundlage des Rechtsgeschäfts bilden, sind regelmässig nichts anderes als ein ausnahmsweise beachtlicher Motivirrtum im Sinne von § 119 Abs. 2 BGB: Verkauft beispielsweise der Antiquar ein Pandekten I-Buch zu einem tiefen Preis, weil er glaubt, dass es mehrere Bände gebe und daher ein einzelner nur geringen Wert habe, was er seinem Kunden mitteilt und sich hinterher aber als falsch erweist, kann er sich auf einen Eigenschaftsirrtum nach § 119 Abs. 2 BGB berufen. Es ist dabei unbedeutend, ob der Kunde seinen Irrtum bemerkt oder nicht.[196] Befand sich der Kunde im gleichen Irrtum wie der Antiquar oder hat der Kunde den Irrtum des Antiquars erkannt, so liegt ein Fall von § 313 Abs. 2 BGB vor.[197]

Ergeben sich daher *Überschneidungen von § 313 Abs. 2 BGB und § 119 Abs. 2 BGB*, so ist strittig, welcher Bestimmung Vorrang zukommt.[198] Bereits unter altem Recht wurde diskutiert, ob bei einem gegenseitigen Eigenschaftsirrtum nach § 119 Abs. 2 BGB die Lehre von der Geschäftgrundlage Anwendung finde.[199] Kramer etwa betrachtete es als dogmatisch sinnvoller, den gegenseitigen Motivirrtum unter § 119 Abs. 2 BGB zu subsumieren als unter den „Wegfall der Geschäftsgrundlage".[200] Die Rechtsprechung hat mehr darauf abgestellt, dass mit der Berufung auf den „Wegfall der Geschäftsgrundlage" ein Härtefall vermieden werden kann, und sich weniger Gedanken darüber gemacht, ob ein ausnahmsweise beachtlicher Motivirrtum oder eine falsche Grundlagenvorstellung vorliege.[201]

Seit der Kodifizierung von § 313 BGB sprechen nun nach einem Teil der Lehre die Systematik und der Wortlaut des neuen § 313 Abs. 2 BGB dafür[202], dass die Berufung auf die Irrtumsregelung bei einseitig falschen Vorstellungen (nach § 119 BGB) derjenigen auf „Störung einer Geschäfts-

---

[195] *Lorenz/Wolf* § 38 N 7; *Mü-Ko/Kramer* § 119 N 121.

[196] *Lorenz/Wolf* § 36 N 35.

[197] *Hau*, JuS 2002, 337 ff., 338.

[198] *Irrtumsregel sei lex specialis*: *Lorenz/Riehm* N 407; *Mü-Ko/Kramer* § 119 N 121, 135 f.; *Alternativität*: *Medicus*, AT BGB N 778; *Mü-Ko/Roth* § 242 N 773; *„§ 313 BGB sei vorzugswürdig"*: Hk-BGB/*Schulze* § 313 N 6; *§ 313 Abs. 2 BGB gehe vor*: *Mankowski*, 190 f.; *Lorenz/Wolf* § 38 N 5; *Brox* N 476 ff.

[199] Bejahend *Mü-Ko/Roth* § 242 N 773, Hk-BGB/*Schulze* § 313 N 6; verneinend *Mü-Ko/Kramer* § 119 N 114, N 121.

[200] *Mü-Ko/Kramer* § 119 N 135.

[201] *Hey*, FS Canaris, 27.

[202] § 313 Abs. 2 BGB: „Einer Veränderung der Umstände steht es gleich, wenn wesentliche Vorstellungen, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, sich als falsch herausstellen."

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

grundlage" nach § 313 BGB vorgehe.[203] Ein gegenseitiger Motivirrtum sei jedoch nur unter § 313 Abs. 2 BGB zu subsumieren.[204]

Nach einem Teil der Lehre lassen sich jedoch nicht alle Anwendungsfälle von gegenseitigen Motivirrtümern unter § 313 Abs. 2 BGB subsumieren, sondern nur diejenigen, die über eine gemeinsame objektive Geschäftsgrundlage erfolgt sind.[205] Eine bloss gemeinsame subjektive Geschäftsgrundlage läge beispielsweise vor, wenn beim Grundstückkaufvertrag beide Parteien davon ausgingen, dass die kleine Zufahrtsstrasse gebaut werde oder wenn die gekaufte Erfindung nicht den wirtschaftlichen Erfolg einbrachte, den sich die Parteien vorgestellt hatten. Diese Unterscheidung wird allerdings kritisiert: „Geschäftsgrundlage" bedeute bereits eine (subjektive) Zurechenbarkeit für die Parteien, die damit normative Massstäbe gewinne.[206]

c) Würdigung

Wichtig und von der Sache her auch mehrheitlich anerkannt zu sein scheint, dass bei einer einseitig falschen Vorstellung einer Partei nicht § 313 Abs. 2 BGB zur Anwendung gelangt, sondern einzig § 119 Abs. 2 BGB. Das gilt auch, wenn eine Partei sich irrt und die andere nichts einwendet.[207]

Anders liegt der Fall beim gegenseitigen Motivirrtum. Wieso der Wortlaut von § 313 Abs. 2 BGB neu für den Vorrang dieser Regelung bei einem gegenseitigen Motivirrtum sprechen soll, ist nicht auf den ersten Blick verständlich, kann doch aus dem Wortlaut des Begriffs „Geschäftsgrundlage" nicht zwingend auf Gegenseitigkeit geschlossen werden. Eine Geschäftsgrundlage kann entsprechend auch beim einseitigen Bürgschaftsvertrag vorliegen. Die Tatsache, dass § 313 BGB unter dem Titel „Schuldrecht" und die Irrtumsanfechtung im allgemeinen Teil des BGB geregelt sind, spricht allerdings dafür, dass § 313 BGB der Irrtumsregelung vorgeht. Zudem passen die Rechtsfolgen von § 313 BGB, wie dies ein bedeutender Teil der Lehre vertritt,[208] besser auf den gemeinsamen Eigenschaftsirrtum als diejenigen der Irrtumsregelung, denn es kann nicht angehen, dass sich eine Partei einseitig auf die Irrtumsanfechtung nach § 119 BGB berufen kann und die andere nicht. Entsprechend unzumutbar wäre es, wenn sich nur eine der Parteien, nämlich die, welche zuerst zum Richter geht, schadenersatzpflichtig nach § 122 BGB machen würde. Beide Parteien sollen

[203] *Mü-Ko/Kramer* § 119 N 121; *Lorenz/Riehm* N 407.
[204] *Mankowski*, 190 f., Hk-BGB/*Schulze* § 313 N 6; *Huw*. JuS 2002, 337 ff., 338.
[205] *Palandt/Heinrichs* § 313 N 7.
[206] *Lorenz/Wolf* § 38 N 12 ff., 16 ff.
[207] HKK-*Schermaier* §§ 119-122 N 84.
[208] *Lorenz* AT, 395; *Huber*, 11.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

gleichermassen die Konsequenzen aus der gemeinsam falschen Vorstellung tragen müssen,[209] wie auch umgekehrt eine „falsa demonstratio" beiden Parteien nicht schaden soll.

5. Zur Sachmängelhaftung (§§ 434 BGB)

Die Herkunft oder Urheberschaft eines Bildes[210] oder der Jahrgang eines Weines sind regelmässig verkehrswesentliche Eigenschaften nach § 119 Abs. 2 BGB und Beschaffenheitskriterien nach § 434 BGB zugleich. Ein Konkurrenzproblem besteht zwischen den beiden Rechtsbehelfen jedoch nicht, weil ihr Regelungszweck ein anderer ist. Einmal soll der Beweggrund und einmal der Gegenstand der Willensstörung geschützt werden.[211] Nach konstanter Rechtsprechung[212] gehen daher bei einem Kaufvertrag im Falle des Eigenschaftsirrtums nach § 119 Abs. 2 BGB die speziellen kaufrechtlichen Sachgewährleistungsregeln der Irrtumsanfechtung vor.[213] Dieser Vorrang gilt auch gegenüber der Störung der Geschäftgrundlage nach § 313 im Falle eines gemeinsamen Motivirrtums.[214]
Anders verhält es sich nur, wenn es sich um eine verkehrswesentliche Eigenschaft handelt, die keinen Sachmangel darstellt.[215] Daran hat sich nach Mehrheit der Lehre auch mit der Schuldrechtsmodernisierung nichts geändert.[216] Zentrale Argumente für den Vorrang der Gewährleistungsrechte bleiben daher, dass diese als leges speciales der Irrtumsanfechtung vorgehen, dass die kürzere Mängelrügefrist umgegangen werden könne und dem Verkäufer ein allgemeines Nachbesserungsrecht nach § 439 BGB zustehe, das ihm durch die Irrtumsanfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB nicht ge-

---

[209] *Larenz/Wolf* § 38 N 5.

[210] Grundlegend BGH 8.6.1988, NJW 1988, 2597ff; *Wertenbruch Johannes*, Kauf von Kunstgegenständen, NJW 2004, 1977 ff., 1979.

[211] So genannte „andere Fehlerquellen", *Lorenz/Riehm* N 573.

[212] RG 11.3.1932, RGZ 135, 339 ff., 340 m.w.H.

[213] Hk-BGB *Dörner* § 119 N 2; *MüKo/Kramer* § 119 N 26, 137; *Soergel/Hefermehl* § 119 N 82; *Soergel/Huber* Vor § 459 196 ff.

[214] BGH 16.2.2000, NJW 2000, 1714 ff., 1716 f.

[215] Das klassische Beispiel hierzu von *Larenz* AT, 371, ist der Erwerb eines Barockleuchters in einem Geschäft, das alte und neue Ware verkauft. Der Leuchter wird vom Käufer als antiker und vom Verkäufer als reproduzierter angesehen.

Im BGH-Urteil vom 26.10.1978, NJW 1979, 160 ff., insb. 161, ging es um das Alter eines Gebrauchtwagens. Das Gericht schloss weder auf „Mangel" noch auf „zugesicherte Eigenschaft", und der Wagen entsprach ansonsten dem gewöhnlich vorausgesetzten Gebrauch, so dass das Gewährleistungsrecht nicht griff. Trotzdem konnte es sich um eine „verkehrswesentliche Eigenschaft" nach § 119 Abs. 2 BGB handeln; zum Ganzen *Huber*, 15ff., 297; *a.A. Staudinger/Singer* § 119 N 82, wobei *Singer* generell für die Beschränkung der Irrtumsanfechtung (§ 119 Abs. 2 BGB) und den Vorrang des allgemeinen Leistungsstörungsrechts eintritt.

[216] *Huber*, 297; *Lorenz/Riehm*, 573 ff., BT-Drucks. 14/6040, 210.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

nommen werden dürfe.[217] Nach Larenz/Wolf[218] ist diese Rechtspraxis allerdings nicht unproblematisch, denn erstens sei der Begriff der „Beschaffenheit" nach §§ 434 BGB weitergefasst als derjenige der „Eigenschaft" nach § 119 Abs. 2 BGB, zweitens habe sich mit der Verlängerung der Verjährungsfrist der Mängelrüge auf zwei Jahre nach § 438 BGB das Argument des Umgehungsschutzes weitgehend erübrigt und drittens entstehe eine Ungleichbehandlung, wenn einzig dem Verkäufer die alternative Berufung auf § 119 Abs. 2 BGB erlaubt sei.

Grundsätzlich sind Sachgewährleistungsfälle aber bereits aufgrund des weiteren Anwendungsbereichs des Beschaffenheitskriteriums und des subjektiven Fehlerbegriffes häufiger als Eigenschaftsirrtümer. Regelmässig kein Eigenschaftsirrtum nach § 119 Abs. 2 BGB, dafür aber ein Sachgewährleistungsfall liegt beispielsweise bei Unternehmenskäufen bezüglich der falschen Vorstellungen über die zu Grunde liegenden Bilanzen[219] vor.

Die miet- und werkvertragsrechtliche Sachmängelhaftung war dagegen bis zur Schuldrechtsmodernisierung alternativ zur Irrtumsanfechtung anwendbar.[220] Da die werkvertragliche Sachmängelhaftung der kaufrechtlichen bei der Schuldrechtsmodernisierung weitgehend angeglichen wurde, ist in Bezug auf die Konkurrenzfrage zur Irrtumsanfechtung zu erwarten, dass eine Angleichung an die kaufrechtliche Rechtsprechung stattfindet.[221]

C. Fazit: „Ausnahmsweise beachtlicher Motivirrtum" nach § 119 Abs. 2 BGB

1.) Es bestehen Bedürfnisse für die Berücksichtigung von Willensstörungen, die über die klassische Irrtumsregelung, insbesondere von § 119 Abs. 2 BGB, hinausgehen.

2.) Der Kern der Motivirrtums-Problematik liegt im deutschen Privatrecht noch immer in der Abgrenzung vom Eigenschaftsirrtum als ausnahmsweise beachtlichem Motivirrtum gemäss § 119 Abs. 2 BGB vom unbeachtlichen Motivirrtum, der ausserhalb des Erbrechts (§ 2078 BGB) nach herrschender Lehre und Rechtsprechung kein Anfechtungsrecht begründet.

---

[217] *Staudinger/Singer* § 119 N 82.

[218] *Larenz/Wolf* § 36 N 48 ff.

[219] BGH 11.11.1987, WM 1988, 124 f., 125; BGH 25.3.1998, BGHZ 138, 195 ff., 204 f., 207 f.

[220] *Mü-Ko/Kramer* § 119 N 33 ff., 37 f.

[221] Obschon die Alternativität der beiden Anspruchsgrundlagen auch Stütze in den modernen europäischen Regelungswerken wie Art. 4.119 PECL findet, *Wolf*, 127.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

3.) Die Abgrenzung zwischen unbeachtlichem und beachtlichem Motivirrtum beruht nach h.L. und Rechtsprechung auf dem Kriterium der „Verkehrswesentlichkeit der Eigenschaft", wobei der Übergang zum Unterscheidungskriterium der „unmittelbaren-mittelbaren Eigenschaft" eines Vertragsgegenstands fliessend ist.

Damit ist zunächst immer zu prüfen, ob die fragliche Eigenschaft der Person oder der Sache Vertragsbestandteil ist. In diesem Fall ist die Eigenschaft immer beachtlich nach § 119 Abs. 2 BGB. Ist die betreffende Eigenschaft nicht Vertragsbestandteil geworden, so ist zu prüfen, ob die Eigenschaft für den Irrenden subjektiv und nach allgemeiner Verkehrsauffassung objektiv kausal, also als ausschlaggebend für das konkrete Rechtsgeschäft angesehen werden muss. Massgebend sind dabei Sinn und Zweck des betreffenden Rechtsgeschäfts.[222] Der aktuelle Anwendungsbereich des ausnahmsweise beachtlichen Motivirrtums nach § 119 Abs. 2 BGB lässt sich daher am besten unter Berücksichtigung der „Verkehrswesentlichkeit" der Eigenschaft an entsprechenden Vertragstypen darlegen. Damit wird zugleich der Lehre von Medicus Rechnung getragen.

Es lassen sich zusammenfassend die folgenden Fallgruppen erkennen:

Bei Kaufverträgen sind die verkehrswesentlichen Eigenschaften so vielfältig wie der Kaufgegenstand.[223] Die „Verkehrswesentlichkeit der Eigenschaften" zeigt sich hier rein äusserlich regelmässig auch im Marktpreis, wobei dieser für sich allein keine verkehrswesentliche Eigenschaft darstellt.

Bei Schenkungen lässt sich aus der Natur des Geschäfts nichts dergleichen ableiten, ausser dass der Gegenstand funktionstüchtig sein sollte.

Bei einem Arbeitsvertrag, bei welchem das Fahren mit einem LKW Gegenstand des Vertrags ist, kann aufgrund des Zwecks des Rechtsgeschäfts erwartet werden, dass der Fahrer im Besitze des entsprechenden Führerscheins ist.

Bei einem Mietvertrag mit demselben spielt diese Eigenschaft dagegen keine Rolle.

4.) Regelmässig nicht erfasst vom Eigenschaftsirrtum nach § 119 Abs. 2 BGB sind:

- Der Irrtum über den Marktpreis der Sache oder den künftigen Gewinn bzw. Zins.[224]

---

[222] *Köhler*, BGB AT, N 21.

[223] *Palandt/Heinrichs* zu § 119 N 27, *Staudinger/Singer* § 119 N 95, wobei nur dann von einem Unternehmenskauf ausgegangen werden kann, wenn sämtliche oder nahezu alle Geschäftsanteile verkauft werden (BGH 4.4.2001, NJW 2001, 2163 ff.).

[224] BGH 9.11.1906, RGZ 64, 266 ff., 267.; BGH 7.6.1990, WM 1990, 1341 ff.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

– Der Irrtum über nur mittelbare Eigenschaften, wie eine ungewöhnliche Nutzung einer Sache und insbesondere die wertbestimmenden, mittelbaren Eigenschaften:[225] Wiederverkaufswert, Wiederverkaufschancen einer Sache[226], Ertragsfähigkeit und Umsatz einer Unternehmung beim Kauf[227]oder die falsche Annahme einer Verpflichtung oder einer Haftungsgrundlage.[228]

5.) In vielen Fällen von unbeachtlichen Motivirrtümern, die nach der Praxis nicht von § 119 Abs. 2 BGB erfasst sind, wird auf die anderen behandelten zivilrechtlichen Rechtsbehelfe ausgewichen. Im Vordergrund stehen dabei klar die Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 Abs. 2 BGB) und die culpa in contrahendo (§ 311 Abs. 2 BGB).

Irrte sich der Käufer beispielsweise über seinen Rückübertragungsanspruch, weil er dachte, dass er neben dem Kaufpreis noch einen Ausgleich von X erhalten würde, so kann der Vertrag auch nach § 313 Abs. 2 BGB angepasst oder aufgelöst werden.[229] Eine solche „Störung der Geschäftsgrundlage" erfasst – anders als der Eigenschaftsirrtum nach § 119 Abs. 2 BGB – alle denkbaren Umstände und Vorstellungen, die dem Geschäft zu Grunde gelegen haben.

Da der deutsche Gesetzgeber im Gegensatz zu den europäischen Gesetzgebungstendenzen darauf verzichtet hat, durch Fallgruppenbildungen eine detailliertere Vorstellung über die Anpassungs- und Rücktrittstatbestände nach § 313 BGB zu gewinnen,[230] besteht in dieser Hinsicht ein grosser Spielraum für die Rechtsprechung, Motivirrtümer, die von der Gegenseite erkannt worden sind oder leicht hätten erkannt werden können, nach § 313 BGB zu erfassen. Sind die Voraussetzungen beider Tatbestände erfüllt, ist die Vertragsauflösung nach § 313 BGB der Irrtumsanfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB vorzuziehen, weil sie eine paritätische Lösung bietet.

Das von der Lehre und Rechtsprechung entwickelte Vertragslösungsrecht aufgrund fahrlässiger Irreführung gestützt auf culpa in contrahendo (§§ 311 Abs. 2, 280 Abs. 1, 249 Abs. 1 BGB) bietet bei den Schutzlücken der Irrtumsanfechtung eine gutes und flexibles Vertragslösungsrecht, weil es erstens keine Alles-oder-nichts-Lösung zur Folge hat und zweitens nach

---

[225] BGH 18.11.1977, NJW 1978, 370 f.

[226] BGH 9.11.1906, RGZ 64, 266 ff., 267.

[227] BGH 11.10.2000, NJW 2001, 226 ff. betr. falsche Vorstellung, nur den „Mantel" einer GmbH zu verkaufen und das Kapital als ausgeschüttete Rücklage zu bekommen, urteilte der BGH, dass dieser Sachverhalt zumindest einer verkehrswesentlichen Eigenschaft der Gesellschaftsanteile nach § 119 Abs. 2 BGB nahe komme.

[228] RG 28.10.1937, RGZ 156, 74.

[229] BGH 15.10 2000, NJW 2001, 1204 ff.

[230] Mit Nachweisen zu den europäischen Regelungswerken *Hey*, FS Canaris, 27.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

§ 254 BGB eine Schadens- und Risikoverteilung vorgenommen werden kann, wenn der Erklärungsempfänger den Irrtum irgendwie zu verantworten hat oder er diesen erkannt hat bzw. hätte erkennen müssen.

Sobald der Erklärungsempfänger den Irrtum erkennt oder dieser für ihn erkennbar gewesen wäre, hätte er in contrahendo eine Aufklärungspflicht dem Irrenden gegenüber gehabt.[231] Hat der Vertragsgegner den Irrtum z.B. durch Unterlassen von Informationen veranlasst,[232] trägt er gleichermassen das Vertragsrisiko.

Bei einer Irrtumsanfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB entfällt dagegen jede Art von Verschulden des Vertragsgegners an der Irreführung, einzig ein objektivierter Bezug des Motivs zur Eigenschaft muss erkennbar sein.

6.) Von Vorteil bleibt die Vertragsauflösung aufgrund eines „ausnahmsweise beachtlichen Motivirrtums" (§ 119 Abs. 2 BGB) im Gegensatz zu derjenigen aufgrund culpa in contrahendo (§ 311 Abs. 2 BGB) und aufgrund Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB), weil die Verjährungsfrist der Irrtumsanfechtung nach § 121 BGB länger ist als diejenige der anderen zivilrechtlichen Rechtsbehelfe. Seit der Schuldrechtsmodernisierung wurde die Verjährungsfrist des kaufrechtlichen Sachgewährleistungsanspruchs zwar auf zwei Jahre verlängert (§ 438 Ziff. 3 BGB) und damit beträchtlich verbessert und die Regelverjährungsfrist wurde auf drei Jahre herabgesetzt (§ 195 BGB), doch bleibt die Irrtumsanfechtung im Vergleich beträchtlich länger möglich, nämlich zehn Jahre seit Abgabe der Willenserklärung, sofern diese unverzüglich nach Kenntnisnahme des Irrtums erfolgt ist (§ 121 Abs. 2 BGB). Einzig die Anfechtungsfrist bei einer Täuschung (§ 124 BGB) ist noch länger.

7.) Aus der Darstellung des „ausnahmsweise beachtlichen Motivirrtums" und dem Verhältnis zu den anderen hier relevanten zivilrechtlichen Vertragslösungsrechten, insbesondere der Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) und dem von Lehre und Rechtsprechung anerkannten Vertragslösungsrecht aus culpa in contrahendo (§ 311 Abs. 2 BGB) ergibt sich im Sinne von Köhler und Kramer, dass in jedem Fall die Risikozuweisung das massgebende Kriterium für die Vertragsauflösung (bzw. die Beachtlichkeit des Motivirrtums) ist, sei es, dass der Motivirrtum unter § 119 Abs. 2 BGB oder § 313 Abs. 2 BGB oder unter § 311 Abs. 2 BGB subsumiert werde:

- Wird der Motivirrtum vom Erklärungsempfänger fahrlässig veranlasst, liegt die Risikosphäre beim Erklärungsempfänger.

---

[231] *Kramer*, Kalkulationsirrtum, 59.
[232] *Mü-Ko/Kramer* § 119 N 114 ff.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

- Hätte der Motivirrtum dem Erklärungsempfänger irgendwie auffallen müssen, liegt die Risikosphäre bei diesem.
- Wird der Motivirrtum vom Erklärungsempfänger geteilt und ist er auch für diesen Geschäftsgrundlage, sollen beide Parteien den Vertrag gleichermassen auflösen können.

Damit lässt sich höchstens noch bei dem vom Erklärungsempfänger zu Recht unerkannt gebliebenen Motivirrtum von einem zur Risikosphäre des Irrenden zu zählenden Motivirrtums ausgehen.
Bisher hat sich diese materiale Betrachtungsweise allerdings nur unter den Titeln von § 313 BGB und § 311 Abs. 2 BGB durchsetzen können, unter § 119 Abs. 2 BGB aber nicht. Künftig könnte daraus aber die Aufgabe der restriktiven Anerkennung des ausnahmsweise beachtlichen Motivirrtums aufgrund des dogmatisch erstarrten Begriffs der „Eigenschaft" (§ 119 Abs. 2 BGB) folgen, denn was einer Sache oder Person „eigen" sein kann, ist beliebig auszuweiten. Die Grenzen zu den „Sachverhalten" im Sinne von Kramer sind damit fliessend.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

§ 6 Schweizerisches Recht: Grundlagenirrtum nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR

A. Schweizerische Irrtumsregelung

1. Gesetzliche Grundlagen

Die Irrtumsfälle sind im schweizerischen Obligationenrecht im ersten Titel „Entstehung der Obligation durch Vertrag" unter „Mängel des Vertragsschlusses" in den Art. 23-27 sowie Art. 31 OR geregelt. Art. 23 OR und Art. 24 OR lauten wie folgt:

„Art. 23 OR (Wirkung)
Der Vertrag ist für denjenigen unverbindlich, der sich beim Abschluss in einem wesentlichen Irrtum befunden hat.

Art. 24 OR (Fälle des Irrtums)
Der Irrtum ist namentlich in folgenden Fällen ein wesentlicher:
1. wenn der Irrende einen anderen Vertrag eingehen wollte als denjenigen, für den er seine Zustimmung erklärt hat;
2. wenn der Wille des Irrenden auf eine andere Sache oder, wo der Vertrag mit Rücksicht auf eine bestimmte Person abgeschlossen wurde, auf eine andere Person gerichtet war, als er erklärt hat;
3. wenn der Irrende eine Leistung von erheblich grösserem Umfange versprochen hat oder eine Gegenleistung von erheblich geringerem Umfange sich hat versprechen lassen, als es sein Wille war;
4. wenn der Irrtum einen bestimmten Sachverhalt betraf, der vom Irrenden nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als eine notwendige Grundlage des Vertrags betrachtet wurde.
Bezieht sich dagegen der Irrtum nur auf den Beweggrund zum Vertragsabschlusse, so ist er nicht wesentlich.
Blosse Rechnungsfehler hindern die Verbindlichkeit des Vertrags nicht, sind aber zu berichtigen."

Art. 31 OR statuiert eine einjährige Verwirkungsfrist für die Geltendmachung ab Kenntnisnahme des Irrtums.[1] Verstösst die Berufung auf Irrtum gegen Treu und Glauben, ist sie ausgeschlossen (Art. 25 Abs. 1 OR). Hat der Irrende seinen Irrtum selbst fahrlässig herbeigeführt, so kann er scha-

[1] BK-*Schmidlin* OR 31 N 227 ff.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

denersatzpflichtig werden (Art. 26 OR). Mit Art. 27 OR werden die Irrtumsbestimmungen auf die unrichtige Übermittlung ausgedehnt.

Besondere Irrtumsregeln finden sich im Erbrecht (Art. 469 ZGB) und im Familienrecht bezüglich der Anfechtung der Ehe (Art. 104 ff. ZGB) und der Anerkennung eines Kindesverhältnisses (Art. 263a ff., 256 ff., 269a ff. ZGB).

2. *Irrtumsarten*

Aufgrund von Art. 23 und 24 OR werden primär *wesentliche und unwesentliche Irrtümer* unterschieden. Nach Art. 23 und Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1-4 OR kann nur ein wesentlicher Irrtum zur Vertragsauflösung führen; damit liegt der massgebliche Unterschied in der Rechtsfolge der einseitigen Unverbindlichkeit nach Art. 23 OR.[2]

Art. 24 Abs. 1 OR zählt die Fälle von so genannten wesentlichen Irrtümern auf. Durch das Wort „namentlich" gekennzeichnet, ergibt sich, dass dieser Katalog nicht abschliessend ist.[3]

Art. 24 Abs. 2 OR hält dagegen fest, dass der Irrtum im Beweggrund, also der Motivirrtum, „nicht wesentlich" sei.

Aus dem Umstand, dass in Art. 24 Abs. 2 OR der Irrtum im Beweggrund, also der Motivirrtum, explizit für unwesentlich erklärt wird, wurde früher geschlossen, dass der Erklärungsirrtum immer ein wesentlicher Irrtum sei.[4] Heute ist diese Auffassung überholt, und die Wesentlichkeitsvoraussetzungen nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR dominieren die Diskussion sowohl bei Motiv- als auch bei Erklärungsirrtum.[5] Es hat sich damit die Einteilung der Irrtumsarten nach dem Zeitpunkt ihres Entstehens durchgesetzt: Der Motivirrtum findet in einem (frühen) Stadium der Willensbildung und der Erklärungsirrtum während des Erklärungsvorgangs statt.

Den wesentlichen Motivirrtum bzw. den Irrtum im Beweggrund, wie er in Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR genannt wird, bezeichnet die schweizerische Lehre und Rechtsprechung seit jeher auch als Grundlagenirrtum.[6] Anders

---

[2] Statt vieler *Zehnder*, 185 f.

[3] ZK-*Becker* OR 24 N 1; ZK-*Oser/Schönenberger* OR 24 N 5.

[4] *Meier-Hayoz*, 181; so in BGE 45 II 433 ff., 436 (Hinweis für nichtschweizerische Leser: Das Urteilsjahr der Bundesgerichtsentscheide berechnet sich einfach jeweils mit -26, in casu also 1919, es wird im Folgenden daher auf die Urteilsdaten verzichtet.), bereits relativiert in BGE 49 II 167 ff., 182; a.M. *von Tuhr/Peter*, 303 und *Oftinger, Karl*, Bundesgerichtspraxis zum allgemeinen Teil des Obligationenrechts, 2. Aufl. 1973, Zürich, 96, die auch für den Erklärungsirrtum eine erhebliche Diskrepanz zwischen Wille und Erklärung verlangen.

[5] *Guach/Schlaepfer/Schmid/Rey* N 820 f.; *Simonius*, FG Goetzinger, 261f.

[6] *Klausberger*, 52, Fn 247; *Heiz*, 36; *Goltz*, 67.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

formuliert handelt es sich hierbei im Gegensatz zum einfachen Motivirrtum (Art. 24 Abs. 2 OR) um einen qualifizierten Motivirrtum.[7]

Auch bei einem fahrlässigen Irrtum kann sich der Irrende auf seinen Irrtum berufen und damit die Vertragsauflösung und die Rückabwicklung verlangen. Eine Irrtumsanfechtung verstösst bei Fahrlässigkeit des Irrtums somit nicht gegen den Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 25 OR).[8] Der Irrende wird aber allenfalls gemäss Art. 26 OR schadenersatzpflichtig.[9] Kein fahrlässiger Irrtum, sondern ein solcher über einen unwesentlichen Umstand (Art. 24 Abs. 2 OR) liegt dagegen vor, wenn der Käufer bei einer öffentlichen Versteigerung ein Grundstück erwirbt, von dem sich herausstellt, dass eine viel kleinere Fläche als angenommen bebaubar ist, weil eine Bauverbotsdienstbarkeit im Lastenverzeichnis eingetragen war, die vom Käufer ohne weiteres hätte eingesehen werden können.[10]

Kein Irrtum liegt dagegen bei blossen Rechnungsfehlern vor (Art. 24 Abs. 3 OR).

Die Erläuterungen werden sich im Folgenden auf die geläufigsten Irrtumsarten und insbesondere auf die Wesentlichkeitsvoraussetzungen des Motivirrtums nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR, den so genannten Grundlagenirrtum, beschränken. Es geht darum zu beurteilen, wann sich ein Verbraucher aus seinem bloss irrtümlich geschlossenen Vertrag heute mit den Irrtumsregelungen (Art. 23f. OR) lösen kann.

3. Erläuterungen zu den einzelnen Irrtumstatbeständen

a) Zum wesentlichen Erklärungsirrtum

Ein Erklärungsirrtum liegt vor, wenn der Irrende aufgrund seines Motivs einen Geschäftswillen fasst und weiss, welches Geschäft er abschliessen will, ihm bei der Vermittlung desselben aber ein Fehler unterläuft, so dass die abgegebene Erklärung und sein Geschäftswille auseinander fallen.[11] Typische Beispiele sind der Versprecher, der Verschreiber und der Vertipper am Rechner.[12] Der Erklärungsirrtum ist wesentlich, wenn entweder einer der drei Tatbestände nach Art. 24 Abs.1 Ziff. 1-3 OR erfüllt ist oder

[7] Statt vieler *Gauch/Schluep/Schmid/Rey* N 775.

[8] Sonst wäre Art. 26 OR obsolet. BGE 91 II 275 ff., 280; BGE 129 III 363 ff., 365. Die Anerkennung des fahrlässigen Irrtums entspricht der Rechtsauffassung, dass die Irrtumsanfechtung nicht vom Vertrauensgrundsatz abhängt (BGE 105 II 23 ff. m.w.H.).

[9] BK-*Schmidlin* OR 26 N 5.

[10] BGE 129 III 363 ff., 365.

[11] BGE 64 II 9 ff., 11: „sans engagement" wird von beiden Parteien verschieden verstanden; BGE 105 II 23 ff., versehentlich falsches Preisschild von CHF 1'380.00 statt CHF 13'800.00.

[12] Sog. Eingabe- oder Bedienungsfehler, *Weber*, E-Commerce, 318; *Jörg*, Bd. 2001, 20 f.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

wenn dieser nach Art. 23 OR vom Richter für wesentlich befunden wird.[13] Massgebend für die Wesentlichkeit des Erklärungsirrtums ist, dass es der Partei unzumutbar ist, sich mit dem Vertragsinhalt abzufinden oder dass sie den Vertrag nicht eingegangen wäre, hätte sie vom erklärten Inhalt gewusst. Ein Erklärungsirrtum kann damit auch unwesentlich sein[14], selbst wenn er unter Ziff. 1-3 subsumierbar ist.[15]

Ein Erklärungsirrtum ist ferner nach Gesetz wesentlich, wenn der Irrende einen anderen Vertrag eingehen wollte, als er tatsächlich erklärt hat („error in negotio" Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1 OR). Es handelt sich hier beispielsweise um die Fälle, in denen der Irrende zwei Verträge miteinander verwechselt oder sich in der Art des Vertrags täuscht.[16] Ein „error in negotio" liegt auch dann vor, wenn eine Partei der Gegenpartei versehentlich statt einem Gratulationsschreiben eine Kaufofferte zusendet[17] oder eine Partei fälschlicherweise glaubt, dass sie einen Gegenstand geschenkt bekommen hat, den sie nach einer Weile zurückzugeben aufgefordert wird (Gebrauchsleihe). Ausserdem kann ein Erklärungsirrtum vorliegen, wenn eine Frau eine Bürgschaftserklärung unterschreiben will, in Wirklichkeit aber eine Schuldübernahme unterzeichnet.[18]

Ein Erklärungsirrtum ist dann wesentlich, wenn der Vertrag sich auf eine andere Sache oder Person (Gegenpartei) bezieht, als es ursprünglich der Wille des Irrenden gewesen ist („error in obiecto vel in personam" Art. 24 Abs. 1 Ziff. 2 OR). Es muss also die Identität einer Sache oder einer Person verwechselt werden. Klassische Beispiele sind etwa die Verwechslung von Anwalt Meier Junior mit Anwalt Meier Senior bei der Mandatserteilung[19] oder die Verwechslung von Bild Nr. 1 mit Bild Nr. 2 an der Wand der Galerie beim Kauf per Telefon. Ein Irrtum bezüglich einer blossen Eigenschaft ist dagegen grundsätzlich nicht wesentlich, in diesem Fall liegt nur ein einfacher Motivirrtum nach Art. 24 Abs. 2 OR vor.[20] Die Unter-

---

[13] von *Tuhr/Peter* 303 f.

[14] *Gauch/Schluep/Schmid/Rey* N 826.

[15] BSK-*Schwenzer* OR 24 N 9.

[16] ZK-*Becker* OR 24 N 6; verneint in BGE 105 II 16 ff., 22.

[17] von *Tuhr/Peter* Supplement, 159, Fn 17.

[18] BGE 34 II 523 ff., 530 f., wobei in dieser Fallkonstellation wohl häufiger bereits eine falsche Vorstellung im Willensprozess vorliegt: Die Frau will nur eine Bürgschaft eingehen, weil sie von falschen Vorstellungen ausgegangen ist bzw. nicht wusste, was der juristische Unterschied zwischen Bürgschaft und Schuldübernahme ist. Hätten ihr alle Informationen zur Verfügung gestanden, wäre sie den Vertrag nicht eingegangen. Aufgrund der qualifizierten Formvorschriften entfällt aber bereits regelmässig der Konsens (BGE 129 III 702 ff.).

[19] Sofern der Vertrag im Hinblick auf eine bestimmte Person geschlossen wurde, ZK-*Becker* OR 24 N 13.

[20] BGE 118 II 297 ff., 299 betreffend Irrtum darüber, ob jemand geeignet sei, Geschäftsführer zu sein.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

scheidung zwischen Identität und Eigenschaft ist allerdings fliessend: Möchte eine Partei „das Auto vor dem Haus" vermieten, und es steht zufällig das Auto des Nachbarn da, das nicht vermietet werden soll, so bezieht sich der Irrtum auf die Identität der Sache. Handelt es sich bei dem „anderen Auto" zwar um eines der vermietenden Partei, jedoch um eines ohne automatische Gangschaltung (das der Mieter nicht will), so liegt ein Motivirrtum bezüglich einer Eigenschaft des Autos vor.[21]

Ausserdem ist ein Erklärungsirrtum dann wesentlich, wenn die Erklärung eine Leistung erheblich grösseren Umfangs oder eine Gegenleistung erheblich geringeren Umfangs enthält, als es dem Willen des Erklärenden entsprochen hat („error in quantitate" Art. 24 Abs. 1 Ziff. 3 OR).[22] Bedingung ist, dass sich die Quantität der Leistung oder Gegenleistung a) bestimmen lässt und es b) auf diese Quantität beim Vertragsschluss angekommen ist. Die Leistungsdiskrepanz ist dabei rein ökonomisch zu verstehen und ist nicht mit der „Wesentlichkeitsvoraussetzung" an sich zu verwechseln.[23] Das bedeutet, dass der Richter nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 3 OR die tatsächlichen ökonomischen und sozialen Folgen beurteilt, und gestützt auf diese, Wesentlichkeitserwägungen anzustellen hat, wobei das Verschulden des Irrenden keine Rolle spielen darf.[24] Ist hingegen die Quantität der Leistung nicht bestimmt, so ist der Umfang der Leistung nur eine Eigenschaft, und es liegt grundsätzlich ein einfacher Motivirrtum nach Art. 24 Abs. 2 OR vor. Verkauft beispielsweise jemand seinen Holzvorrat, den er auf einen Ster schätzt, für eine fixe Summe und stellt sich hinterher heraus, dass es sich um zwei Ster Holz gehandelt hat, so liegt ein Motivirrtum vor, und Art. 24 Abs. 1 Ziff. 3 OR kommt nicht zur Anwendung.[25]

Ein Irrtum über den Wert einer Sache ist ebenfalls kein error in quantitate, sondern ein blosser Motivirrtum.[26]

Andere wesentliche Erklärungsirrtümer müssen eine vergleichbare Intensität erreichen wie einer der drei gesetzlich geregelten Tatbestände (Ziff.1-3). Beispiel wäre ein „Irrtum in der Rolle" einer Person.[27]

---

[21] *von Tuhr/Peter*, 304.

[22] ZK-*Becker* OR 24 N 14.

[23] *Fick*, FS Cohn, 654.

[24] *Keller/Schöbi*, 189.

Wird aber ein Grundstück mit den falschen Massen verkauft, geht die spezielle Gewährleistungsbestimmung nach Art. 219 Abs. 1 OR vor.

[25] Es handelt sich in casu aber um einen qualifizierten Motivirrtum nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR; *Goltz*, 64; *Fick*, FS Cohn, 656.

[26] *Keller/Schöbi*, 187.

[27] Z.B. der Irrtum des Erklärenden über die eigene Käufer- bzw. Verkäuferrolle, *Keller/Schöbi*, 188. Ein solcher Irrtum wäre auch denkbar im Verbraucherverhältnis: Ein Erklärungsirrtum des Einzelunternehmers über den Kauf des Autos in seiner Funktion als Privat- statt als Geschäftsmann (weil er dem Verkäufer die private Visitenkarte hinterliess), wäre demnach auch wesentlich.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

b) Zum Grundlagenirrtum (wesentlicher Motivirrtum)

Das Gesetz stellt in Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR drei Kriterien auf, wann ein Motivirrtum als wesentlich im Sinne von Art. 23 OR gelten kann: Erstens muss der Irrtum eine falsche Vorstellung über einen bestimmten Sachverhalt betreffen. Zweitens muss diese falsche Vorstellung über den bestimmten Sachverhalt *„notwendige Vertragsgrundlage"*[28] sein, und drittens muss diese auch nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als notwendige Vertragsgrundlage betrachtet werden können.

Die Beurteilung der Wesentlichkeit hängt nach Gesetz damit kumulativ von einem persönlichen, subjektiven und einem ausserhalb des Irrenden stehenden, objektiven Kriterium ab.[29] In der Lehre und Rechtsprechung haben sich die folgenden Wesentlichkeitskriterien entwickelt: a) falsche Vorstellung über einen bestimmten Sachverhalt, b) subjektive Wesentlichkeit, c) objektive Wesentlichkeit und d) die Erkennbarkeit.[30]

aa. Bestimmter Sachverhalt

Der Grundlagenirrtum muss einen bestimmten Sachverhalt des Vertrags betreffen.

Zunächst schloss man daraus, dass dieser bestimmte Sachverhalt Vertragsinhalt sein müsse.[31] Die Unvereinbarkeit dieser Auslegung mit dem Gesetzeswortlaut Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR und Billigkeitserwägungen führten aber rasch zur Aufgabe dieser Rechtsprechung.[32]

Seither muss sich der Grundlagenirrtum auf bestimmte Tatsachen beziehen, die *Bestandteile des Vertrags sind oder auch ausserhalb des Vertrags stehen*[33], aber direkt mit diesem zu tun haben.[34] Bei einem Aktienkaufvertrag ist etwa die Bilanz der Aktiengesellschaft und insbesondere deren Richtigkeit eine solche Tatsache, die zwar nicht immer Vertragsinhalt sein mag, aber stets eine Tatsache ist, die mit dem Kaufpreis und damit mit dem Kaufvertrag direkt zu tun hat. [35] Ebenso betrifft die falsche Vorstellung über die Bebaubarkeit eines Grundstücks eine bestimmte Tatsache, die

[28] Zu Recht kritisiert *Schwab*, 115, den Begriff, denn wie sollte eine Grundlage eines Vertrags nicht notwendig sein?

[29] *Meier-Hayoz*, 183; *Keller/Schöbi*, 168; *von Tuhr/Peter* 308 f.; *Gauch/Schluep/Schmid/Rey* N 778 ff.

[30] BK-*Schmidlin* OR 23/24 N 50 ff.

[31] BGE 47 II 86 ff., 89 f.

[32] *Heiz*, 38 f.

[33] BGE 83 II 18 ff., 23; BGE 87 II 137 ff., 139; BGE 79 II 155 ff., 164: „ Art. 24 Ziff. 4 OR hat sogar in erster Linie gerade den Fall im Auge, dass sich der Irrtum nicht auf den Vertragsinhalt bezieht, sondern auf den Umstand, der beim Vertragsschluss als Gegenstand vorausgesetzt wurde."

[34] ZK - *Becker* OR 24 N 18; BK-*Schmidlin* OR 23/24 N 60 ff.

[35] BGE 97 II 43 ff., 46.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

massgebend für den Abschluss des Grundstückkaufvertrags war, die aber nicht unbedingt Vertragsinhalt zu sein braucht.[36] Hingegen hat es das Bundesgericht trotz Vorliegens eines bestimmten Sachverhaltes aus Treu und Glauben nicht zugelassen, den Grundlagenirrtum des Drittpfandgebers über die finanzielle Lage des Schuldners anzuerkennen.[37]

Eine Ausnahme von dieser Regel besteht beim aussergerichtlichen Vergleichsvertrag: Wenn die falsche Vorstellung über genau die bestimmte Tatsache erfolgt, die Gegenstand des Vergleichsvertrags gewesen ist („caput controversum"), so ist die Berufung auf Grundlagenirrtum ausgeschlossen.[38] Zweck des Vergleichsvertrags ist es ja gerade, strittige oder ungewisse Sachverhalte zwischen den Parteien aufgrund gegenseitiger Zugeständnisse zu regeln.

Umstritten ist bis heute, inwiefern die falsche Vorstellung über einen *künftigen Sachverhalt* als ein Irrtum über einen bestimmten Sachverhalt im Sinne von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR gelten kann.[39] Unter „künftigem Sachverhalt" ist dabei präzisierend zu verstehen, dass auch der Grund für die künftige Tatsache bei Vertragsschluss noch nicht vorliegen darf.[40]

Das Bundesgericht schliesst jedoch in BGE 109 II 105 ff., 109 ff. einen Irrtum über einen künftigen Sachverhalt dann nicht mehr aus, wenn „beide Vertragsparteien dessen Verwirklichung als sicher angesehen haben." Der zukünftige Sachverhalt muss demnach von den Parteien bei Vertragsschluss *als sicher vorausgesetzt* worden sein. Diese Rechtsprechung wurde mit BGE 118 II 297 ff., 301 weiterentwickelt, indem heute unter diesen Voraussetzungen auch ein einseitiger Irrtum über künftige Sachverhalte möglich ist.[41] In concreto wurde ein Irrtum aber verneint, weil es um die künftige Bewährung einer Person an ihrer Arbeitsstelle ging, was ein noto-

[36] BGE 98 II 15 ff.

[37] BGE 108 II 410 ff., 412.

[38] BGE 130 III 49 ff., 52, wobei in casu der Grundlagenirrtum in Abweichung dieser Ausnahmeregel bejaht wurde, weil der bestimmte Sachverhalt, der dem Vergleich zu Grunde lag, nämlich der IV-Grad des Unfallversicherten, auf einem fehlerhaften medizinischen Gutachten beruhte und sich nachträglich als 90%ig statt 35%ig erwies.

[39] Statt vieler, je m.w.H., dagegen: *Gauch/Schluep/Schmid/Rey* N 799 ff., dafür: BK-*Schmidlin* OR 23/24 N 216 ff., *Schwenzer* N 37.33.

[40] In BGE 98 II 15 ff., 19 wurde zwischen dem Grund der Nichtbebaubarkeit eines Grundstücks, der bereits bei Vertragsschluss vorgelegen hat und der Auszonung von der Bauzone unterschieden, die effektiv Jahre nach dem Vertragsschluss erfolgte, so dass das Gericht zur Auffassung gelangte, es liege kein Irrtum über einen „künftigen", sondern über einen gegenwärtigen Sachverhalt vor.

[41] Bestätigt in Bger. vom 29.10.2002 (4C.236/2002).

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

risch unsicherer künftiger Sachverhalt ist. Diese Rechtsprechung wird als unsicher, da gleichermassen zu large und zu streng, kritisiert.[42]

Ein Sachverhalt bleibt damit unbestimmt, wenn kein sachlicher Bezug möglich ist. Das ist allgemein der Fall bei reinen Spekulationen, Hoffnungen und übertriebenen Erwartungen.[43] Konkret bei der künftigen Preisentwicklung eines Grundstücks[44] oder von Aktien beim Kauf.

bb. Subjektive Wesentlichkeit

Subjektiv wesentlich ist der bestimmte Sachverhalt nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR, wenn dieser für den Irrenden persönlich „notwendige Vertragsgrundlage" war. „Notwendige Vertragsgrundlage" ist ein bestimmter Sachverhalt für den Irrenden stets, wenn er ohne diesen den Vertrag nicht eingegangen wäre. Der bestimmte Sachverhalt ist eine „conditio sine qua non" für die irrende Partei:[45] Die Käuferin möchte nur einen echten „Picasso", so dass die „Echtheit" für sie unerlässliche Voraussetzung ist, um den Kaufvertrag abzuschliessen.[46] Der Käufer möchte nur biologisches Fleisch geliefert bekommen. Die Bauernvertreterin möchte nur schweizerischen Honig kaufen. Die Gegenpartei muss diese subjektive Wesentlichkeit nicht wahrgenommen haben.[47]

cc. Objektive Wesentlichkeit

Der subjektiv wesentliche Sachverhalt muss nun aber auch bei objektiver Betrachtung und nach allgemeingültigen Kriterien als notwendige Grundlage des Vertrags erscheinen. Das, was für den Irrenden „conditio sine qua non" ist, muss auch nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als solche betrachtet werden können.[48]

Damit wird vorausgesetzt, dass ein redlicher Dritter im Geschäftsverkehr den bestimmten Sachverhalt auch als Grundlage des Vertrags angesehen hätte[49] und dass der Irrende nach Treu und Glauben den Sachverhalt als Grundlage des Vertrags ansehen durfte,[50] so dass nach Standpunkt des

---

[42] Zum Ganzen *Gauch/Schluep/Schmid/Rey* N 798. Kritisiert wird von Lehre vor allem, dass ein Irrtum über Künftiges unmöglich sei, dass die Abgrenzung zur Bedingung fliessend sei und dass die einseitige Unverbindlichkeit nicht passe.

[43] BGE 109 II 105 ff., BGE 118 II 297 ff.

[44] BGE 91 II 275 ff., 280.

[45] BK-*Schmidlin* OR 23/24 N 63; BGE 130 III 49 ff., 51.

[46] BGE 114 II 131 ff.

[47] BK-*Schmidlin* OR 23/24 N 67; Kolly, 31.

[48] *Meier-Hayoz*, 184.

[49] BK-*Schmidlin* OR 23/24 N 72.

[50] BGE 118 II 297 ff., 301, wobei es bei diesem Entscheid um die Beurteilung eines künftigen Sachverhaltes ging.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

loyalen und fairen Geschäftsverkehrs[51] der bestimmte Sachverhalt als eine Grundlage des Vertragsschlusses angesehen werden musste.

Die falsche Vorstellung über einen bestimmten Sachverhalt ist regelmässig „wesentlich", wenn der Vertrag ohne diesen geradezu seinen Sinn verlieren würde.[52] So ist die „Echtheit des Picasso" für jeden anderen durchschnittlichen und vernünftigen Käufer auch „conditio sine qua non", was sich äusserlich darin zeigt, dass niemand bereit wäre den gleich hohen Kaufpreis für ein unechtes Bild zu bezahlen.[53] Gleichermassen bezahlen etwa Verbraucher für Bioprodukte bekanntermassen bewusst mehr als für herkömmlich angepflanzte und importierte Ware. Nicht mehr so zwingend ist die objektive Wesentlichkeit im dritten Beispiel: Man müsste den Vergleich auf die Bauern beschränken. Für andere Bauern in der Schweiz wäre es wohl auch conditio sine qua non, dass der gekaufte Honig aus der Schweiz stammen müsste, doch nicht für beliebige Käufer in der Schweiz. Ebenso entspricht es etwa allgemeiner Lebenserfahrung, dass der Mietzins einer Wohnung von deren Grösse abhängig ist, so dass ein Irrtum über die Grösse der Wohnung auch bei objektiver Betrachtung ein wesentlicher ist.[54]

Umgekehrt widerspricht es aber beispielsweise Sinn und Zweck eines Pfandvertrags im Geschäftsverkehr, dass ein Irrtum über die finanzielle Lage des Schuldners vom Drittpfandgläubiger geltend gemacht werden kann.[55]

dd. Erkennbarkeit

Nach einem Teil der Lehre[56] und älteren Entscheiden[57] wird eine zusätzliche, vierte Wesentlichkeitsvoraussetzung, die so genannte „Erkennbarkeit des Irrtums", gefordert: Auch die Gegenpartei muss bei Vertragsschluss erkennen können, dass der bestimmte Sachverhalt für die irrende Partei

---

[51] *Meier-Hayoz*, 184; *Zehnder*, 99.

[52] *Keller/Schöbi*, 169.

[53] BGE 114 II 131 ff., 139; BGE 82 II 411 ff., 424 f.

[54] BGE 113 II 25 ff., 28 f. m.w.H.; ähnlich BGE 64 II 135 ff. betr. Grundstückgrösse im Verhältnis zum Pachtzins, BGE 96 II 104 ff. betr. Nutzungskoeffizient im Verhältnis zum Baurechtszins.

[55] BGE 108 II 410 ff., 412.

[56] *Fick*, FS Cohn, 666; *Meier-Hayoz*, 183 ff.; *Kolly* N 70f., 335 ff.; *Schwab*, 114; BK-*Schmidlin* OR 23/24 N 75 ff., 80 und BSK-*Schwenzer* OR 24 N 20, dies. N 37.26; zur a.A. Fn 629.

[57] BGE 52 II 143 ff., 146; BGE 97 II 73 ff.; BGE 105 II 16 ff., 22 ff.; BGE 110 II 293 ff., 303 ff. m.w.H., *Kolly* m.w.H. N 368.; Entscheid, der auf ein besonderes *Erkennbarkeitskriterium verzichtet hat*: BGE 113 II 25 ff., 28 f. („Erkennbarkeit" wird zwar erwähnt, aber nicht als besonderes Voraussetzungskriterium aufgenommen) m.w.H.; *offen gelassen*: BGE 114 II 131 ff., 140; und soweit ersichtlich, ist die Frage gemäss Bundesgericht noch immer offen.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

notwendige Vertragsgrundlage ist.[58] Nicht erforderlich ist jedoch das Erkennen des Irrtums.[59]

Diese vierte Voraussetzung diene dem weiteren Schutz der Vertragssicherheit, indem nicht „jeder Irrtum über eine objektiv wesentliche Vertragsgrundlage zur Auflösung des Vertrags" führe.[60] Die Gegner der Erkennbarkeitsvoraussetzung argumentieren dagegen, dass sich eine solche nicht aus dem Gesetzestext (Art. 23f. OR) ableiten lasse und es bei der Geltendmachung eines einseitigen Irrtums *allein auf die objektivierte Beurteilung aus Sicht des Irrenden* ankommen könne.[61]

Den Befürwortern der „Erkennbarkeitsvoraussetzung" ist insofern beizustimmen, als in jedem Vertragsverhältnis die Regeln von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr (Art. 2 ZGB) gelten und daher auch die irrende Partei eine gewisse Pflicht hat, sich bei Vertragsschluss zu erklären.[62] In den meisten Fällen, in denen die „objektive Wesentlichkeit" anerkannt wird, dürfte es aber auch dem Vertragsgegner gleich wie allen „anderen durchschnittlichen, vernünftigen und korrekten Personen im Geschäftsverkehr", möglich sein zu verstehen bzw. zu erkennen, wann eine (objektiv) notwendige Vertragsgrundlage für den Irrenden vorgelegen hat.

Wenn ein bestimmter Sachverhalt bereits „unbeteiligten Dritten" als Vertragsgrundlage für den Irrenden erscheint, so trifft dies erst recht für den eigenen Vertragspartner zu.

In vielen Fällen ergeben sich aber die „Erkennbarkeit" und die „objektive Wesentlichkeit" der wichtigen Vertragsgrundlage bereits aus der Art oder dem Gegenstand des Geschäfts: So sind beispielsweise die Grösse eines Grundstücks, seine Bodenqualität und seine Bebaubarkeit regelmässig objektiv wesentliche und damit für jedermann – auch für jeden durchschnittlichen Verkäufer – erkennbare Kriterien, weil diese Einfluss auf den Preis (Kauf- oder Pachtzins) haben. So entspricht es „allgemeiner Lebenserfahrung", dass der Mietzins einer Wohnung von der Anzahl Zimmer abhängt.[63] Ebenso ergibt sich bereits aus dem „Wesen des Pfandrechts", dass der Irrtum über die Bonität des Schuldners nicht Gegenstand eines Grundlagenirrtums des Pfandgebers sein kann.[64] Oder aus dem Kauf einer Maschine ergibt sich bei objektiver Betrachtung deren vorausgesetzte Brauchbarkeit, die auch jedem Verkäufer erkennbar ist.[65]

---

[58] BK-*Schmidlin* OR 23/24 N 75.
[59] *Goltz*, 77.
[60] *Kolly* N 366 ff.
[61] *Goltz*, 81; *Heiz*, 100 f; *Klausberger*, 64 f.; *Keller/Schöbi*, 169; *Gauch/Schluep/Schmid/Rey* N 780 ff., 781, 786.
[62] Statt vieler BK-*Schmidlin*, OR 23/24 N 80.
[63] BGE 113 II 25 ff., 28.
[64] BGE 108 II 410 ff.
[65] BGE 83 II 18 ff., 23 ff.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

ee. Rechtsprechung

Es lassen sich aus der Judikatur und Literatur – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – die folgenden Fallgruppen von Grundlagenirrtümern nach Art. 24 Abs.1 Ziff. 4 OR entnehmen:[66]

- Massgebend ist der Wert der Firma bzw. der Aktien bei einem Unternehmenskaufvertrag, wobei diese Fälle in der Regel für Verbraucher irrelevant sein dürften, denn in der Regel handelt es sich wohl um Verträge unter Unternehmern.[67]
- Entspricht die Grösse einer Wohnung oder eines Grundstücks nicht dem verlangten Miet- oder Pachtzins, oder entspricht der Nutzungskoeffizient nicht dem Baurechtszins, so liegt in der Regel ein wesentlicher Irrtum des Nutzungsberechtigten vor.[68]
- Ist ein Kunstwerk nicht echt, so liegt regelmässig ein Grundlagenirrtum vor.[69]
- Ist ein Grundstück nicht bebaubar wie vorgesehen, so liegt ebenfalls regelmässig ein Grundlagenirrtum vor.[70]

Gemeinsames objektives Wesentlichkeitskriterium ist bei diesen unterschiedlichen Vertragstypen regelmässig der Preis und sein Gegenwert, der bei Vertragsschluss nach Treu und Glauben für den Vertragsgegenstand zu erwarten ist.

- Erhält jemand eine Bewilligung nicht, die bei Vertragsschluss vorausgesetzt war, wie die Berufsausübungsbewilligung einer Ärztin oder eines Apothekers oder das Wirtepatent beim Erwerb der betreffenden Liegenschaft[71],

so betrifft das gemeinsame objektive Wesentlichkeitskriterium eine nach Treu und Glauben massgebliche Qualifikation der Vertragspartei.

---

[66] Andere Fallgruppen bei BK-*Schmidlin* OR 23/24 N 446 ff.

[67] BGE 97 II 43 ff. betrifft jedoch ein Verbraucherverhältnis; BGE 79 II 155 ff., 60 ff.; BGE 43 II 487 ff., 493 ff.

[68] BGE 113 II 25 ff., 28 f., ähnlich BGE 64 II 132 ff., 135 f. betr. Grundstückgrösse im Verhältnis zum Pachtzins; BGE 96 II 104 ff. betreffend Nutzungskoeffizient im Verhältnis zum Baurechtszins.

[69] BGE 114 II 131 ff.; BGE 82 II 411 ff.

[70] BGE 87 II 137 ff.; BGE 91 II 275 ff., wobei in casu verneint, weil das Bauverbot bereits bekannt war; in BGE 95 II 407 ff. verneint, aber kritisiert von *Kramer*, SJZ 66 (1970) 178 ff.; BGE 98 II 15 ff., 19 (erhebliche Lawinengefahr auf dem Grundstück bestand schon zum Zeitpunkt des Kaufs).

[71] BGE 55 II 184 ff., 189 (Gastwirtschaftspatent).

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

c) Zum gemeinsamen Motivirrtum

Sind beide Parteien beim Vertragsschluss gleichermassen von einer falschen Vorstellung ausgegangen, die für den Vertragsschluss wesentlich war[72], so ändert dies grundsätzlich nichts an der Möglichkeit einen Grundlagenirrtum geltend zu machen. Da beide Parteien irren, können aber auch beide Parteien die Unverbindlichkeit des Vertrags geltend machen (Art. 23 OR). Weder das Gesetz noch die Lehre erwähnen daher den gemeinsamen Motivirrtum besonders.

Besteht dieser gemeinsame Irrtum allerdings darin, dass die Parteien irrtümlich eine unrichtige Bezeichnung oder einen unrichtigen Namen verwenden, aber das gleiche darunter verstehen, so liegt nach Art. 18 Abs. 1 OR eine „falsa demonstratio" vor.[73]

4. Ausübung des Irrtumsrechts und Rechtsfolgen

Nach Art. 31 Abs. 2 OR ist der wesentliche Irrtum innert einem Jahr seit der Entdeckung des Irrtums geltend zu machen. Hält der Irrende diese Jahresfrist nicht ein, so gilt der Mangel als geheilt und der irrtümlich geschlossene Vertrag als genehmigt (Art. 31 Abs. 1 OR). Es handelt sich um eine Verwirkungsfrist. Faktisch wird der Rückabwicklungsanspruch des Irrenden jedoch dadurch beschränkt, dass dieser an die absolute Verjährungsfrist des Bereicherungsrechts von 10 Jahren gebunden ist (Art. 67 Abs. 1 OR).[74]

Mit der Ausübung des Irrtumsrechts wird der Vertrag für den Irrenden unverbindlich (Art. 23 OR). Rechtsfolge ist die Ungültigkeit des Vertrags ex tunc für beide Parteien.[75] Es gibt grundsätzlich keine Möglichkeit, diese Gestaltungswirkung wieder aufzuheben.[76] Bereits erhaltene Leistungen sind zurückzuerstatten, wobei den Regeln der Vindikation (Art. 641 Abs. 2 ZGB) und des Bereicherungsrechts (Art. 62 ff. OR) gefolgt wird.[77] Es wird

[72] Bzgl. Eigentum des Kaufwagens (BGE 109 II 319 ff., 325), bzgl. Bebaubarkeit des zu kaufenden Grundstücks (BGE 98 II 15 ff., 18).

[73] *Gauch/Schluep/Schmid/Rey* N 838.

[74] Strittig ist allerdings der Beginn dieser Frist: ab Vertragsleistung (BGE 114 II 131 ff., 140 ff.) oder ab Geltendmachung des Irrtums (nach überwiegender Meinung in der Lehre, BK-*Schmidlin* OR 23/24 N 135 ff., 140; *Schwenzer* N 39.27).

[75] Es gilt nach Rechtsprechung die sog. Ungültigkeitstheorie (BGE 129 III 320 ff., 327, vgl. zum Ganzen BGE 114 II 131 ff., 134). In der Lehre wird aber überwiegend die Anfechtungstheorie bevorzugt, BK-*Schmidlin* OR 31 N 10 ff., OR 23/24 N 111 ff., 118f., *Schwenzer* N 39.07; a.A. *Gauch/Schluep/Schmid/Rey* N 890. Die einseitige Ungültigkeitstheorie findet sich noch bei *von Tuhr/Peter*, 329 ff.

[76] Anders BGE 128 III 70 ff. und kritisiert von *Engel Pierre*, in „Le point sur la partie générale du droit des obligations/Entwicklungen im Obligationenrecht, Allgemeiner Teil", SJZ 99 (2003) 202 ff., 204.

[77] BGE 114 II 131 ff., 140 ff.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

aber in der Lehre die beidseitige Vertragsrückabwicklung gefordert.[78] Werden Dauerverträge wegen Grundlagenirrtums angefochten, so plädiert der überwiegende Teil der Lehre dafür, dass eine Ungültigkeit ex nunc vorliege.[79] Eine Berufung auf Teilnichtigkeit analog Art. 20 Abs. 2 OR ist auch beim Grundlagenirrtum möglich.[80] Vorausgesetzt wird, wie in den meisten Fällen von Teilnichtigkeit, dass der angefochtene Vertrag „teilbar" ist und der gültige Rest des Vertrags für sich allein noch ein sinnvolles Ganzes ergibt.[81]

Nach Art. 26 Abs. 2 OR ist ein Schadenersatzanspruch für den Erklärungsempfänger vorgesehen, wenn dieser einen Schaden erleidet, weil der Irrende sich schuldhaft in einem Irrtum befunden hat und sich (trotzdem) erfolgreich auf die Irrtumsnichtigkeit berufen konnte.

B. Verhältnis zu anderen zivilrechtlichen Rechtsbehelfen

1. Abgrenzungs- und Konkurrenzfragen aus der Verbraucherperspektive

Zur Vermeidung von Wiederholungen werden die Abgrenzungs- und Konkurrenzverhältnisse auf die Zivilrechtsbehelfe beschränkt, die aus der Verbraucherperspektive bedeutend erscheinen. Auf eine allgemeine Abgrenzung der Irrtumsregelung zu anderen Willensmängeln und zum Dissens wird deshalb verzichtet. Es ergeben sich hier ebenfalls keine wesentlichen Unterschiede zum japanischen Recht.

Auf die Abgrenzungen und Konkurrenzen zur Übervorteilung (Art. 21 OR), zur Sittenwidrigkeit (Art. 19f. OR) und zur „clausula rebus sic stantibus" wird im Folgenden jedoch rudimentär eingegangen, weil sich der Verbraucher auch mit der Berufung auf diese allgemeinen Rechtsbehelfe heute ausnahmsweise nicht an veränderte, widerrechtliche oder sittenwidrige Verträge halten muss oder sich als unterlegene und übervorteilte Partei allenfalls auf eine krasse Äquivalenzstörung nach Art. 21 OR berufen kann.

Ausserdem soll an dieser Stelle ein Bezug zwischen Grundlagenirrtum und Aufklärungspflicht hergestellt werden, unabhängig davon, ob diese auf Täuschung (Art. 28 OR) oder auf culpa in contrahendo beruht.

Die Konkurrenz zur Sachgewährleistung (Art. 197ff. OR) wird schliesslich ebenfalls noch kurz behandelt, weil diese für die Verbraucher besonders praxisrelevant ist.

---

[78] BK-*Schmidlin* OR 31 N 81 ff., N 97 ff.

[79] Wie bei einer ausserordentlichen Kündigung ex nunc nach Art. 320 Abs. 3 OR, zum Ganzen vgl. „Zürcher Klärschlammfall" BGE 129 III 320 ff., 328 ff. m.w.H.

[80] BSK-*Schwenzer* OR 23 N 11.

[81] BGE 130 III 49 ff., 56 m.w.H.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Auf das Verhältnis zwischen Grundlagenirrtum und verbraucherschützenden Widerrufsrechten zur Vertragslösung wird in Kapitel 3 ausführlich einzugehen sein.

2. Zur Sittenwidrigkeit (Art. 19 f. OR)

Die Sittenwidrigkeit eines Vertrags (Art. 19 Abs. 2, 20 Abs. 1 OR) bestimmt sich nach „dem allgemeinen Anstandsgefühl" oder der „herrschenden Moral" und in neuerer Zeit auch nach den „ethischen Prinzipien und Wertmassstäben" der Gesamtrechtsordnung.[82] Es handelt sich bekanntlich um Begriffe, die dem zeitlichen Wandel unterliegen und auslegungsbedürftig sind. So gilt beispielsweise ein „Prostituiertenvertrag" heute nach neuerer Lehre nicht mehr als sittenwidrig[83], doch könnte etwa das masslose „Abzocken" von Kunden durch 900er Telefonnummern oder allgemein der Telefondienstvertrag neuerdings als sittenwidrig gelten.[84] Diese Art von Sittenwidrigkeit betrifft einen Fall von krasser Leistungsungleichheit.[85] Es wird bisher allerdings unterschieden, ob ein Vertrag einen sittenwidrigen Inhalt hat oder sittenwidrig zu Stande kommt.[86] Nur der sittenwidrige Inhalt führt zur Nichtigkeit des Vertrags nach Art. 20 Abs. 1 OR.[87]

Hier interessiert jedoch vorab die Vertragssituation und nicht der Vertragsinhalt. Es geht um das „sittenwidrige Zustandekommen" des Vertrags, das wie der Grundlagenirrtum oder die Übervorteilung auf fehlerhafter Willensbildung beruht. Die Grenzen zur Sittenwidrigkeit des Vertragsinhalts sind jedoch fliessend, wenn bei einem Verbrauchervertrag an die Aufnahme von Allgemeinen Geschäftsbedingungen gedacht wird. Deren Aufnahme betrifft zwar auch den Inhalt[88], hat aber ebenso viel mit der Frage zu tun, wie es dazu kommen konnte – also mit der fehlerhaften Willensbildung. Wird ein Leasingvertrag über ein Occassionsauto mit einem ge-

---

[82] BSK-*Huguenin* OR 19 N 32.; *Schwenzer* N 32.18.; BK-*Kramer* OR 19-20 N 168 ff., 174.

[83] Zum Ganzen *Hürlimann, Brigitte*, Prostitution – ihre Regelung im schweizerischen Recht und die Frage der Sittenwidrigkeit, 2004, Freiburg in der Schweiz. In Deutschland existiert seit 2001 sogar ein entsprechendes Prostitutionsgesetz.

[84] Vortrag von Schöbi Felix, anlässlich der Konsumentenschutztagung der Universität St. Gallen, Sommer 2004 (im Erscheinen JKR 2004); ders. kritisiert die Verneinung der Sittenwidrigkeit in BGE 129 III 604 ff. in: Was können Verträge?, Jusletter 6.10.2003. Kritisch zu diesem Entscheid weiter *Wiegand*, ZBJV 140 (2004) 856 ff., der seinerseits eine andere adäquate Lösung des Machtungleichgewichts in der „Schutzpflicht der Telefondienstleistungsanbieterin"[...]„zu Gunsten des Vermögens" des Verbrauchers sieht, was zu einer Schadenersatzpflicht nach OR 97 führen kann.

[85] Das Mass der Inäquivalenz muss aber dasjenige im Vergleich zur Übervorteilung wohl noch übersteigen, BK-*Kramer* OR 19-20 N 205; BSK-*Huguenin* OR 19 N 40.

[86] Z.B. durch Bestechung, BGE 129 III 320 ff., 325.

[87] BK-*Kramer* OR 19-20 N 175; BGE 129 III 320 ff., 325.

[88] BSK-*Huguenin* OR 19 N 27; BSK-*Kramer* OR 19/20 N 270 ff.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

schäftsungewohnten und deutschsprachigen Leasingnehmer geschlossen, während dieser drei Angestellten der Leasinggesellschaft gegenübersteht, die ihm einen französischen Vertrag zur Unterschrift präsentieren und ihm beteuern, er habe nichts zu befürchten, und er nachträglich trotz Totalschadens des Autos die Leasingraten weiter bezahlen muss, so mag im Resultat der Vertragsinhalt nicht sittenwidrig sein. Doch entspricht das Zustandekommen eines solchen Vertrags nicht mehr „dem allgemeinen Anstandsgefühl" und sollte somit als sittenwidrig im Sinne von Art. 19f. OR gelten. Rechtswidrig ist es daher heute nach Art. 22 ff. KKG[89], wenn im obigen Beispiel die gleiche Leasinggesellschaft bereits den dritten Leasingvertrag mit dem Leasingnehmer abschliesst, obschon sie weiss, dass dieser aufgrund der früheren Verträge hoffnungslos überschuldet ist.[90] Nach Schwenzer ergibt sich aus dieser Rechtswidrigkeit zu Recht eine inhaltliche Sittenwidrigkeit nach Art. 19f. OR.[91] Sie ist ebenfalls eine „Sittenwidrigkeit" im Zustandekommen des Verbrauchervertrags, die zur Nichtigkeit nach Art. 19f. OR führen sollte.

Die Berufung auf Nichtigkeit nach Art. 19f. OR und die Anfechtbarkeit nach Art. 23f. OR von Rechtsgeschäften stehen seit jeher in Konkurrenz zueinander. Ihre Rechtsfolgen sind heute weitgehend angenähert.[92] Entscheidender Vorteil der Berufung auf Nichtigkeit oder Teilnichtigkeit nach Art. 20 OR bleibt, dass keine zeitliche Beschränkung vorliegt.

3. Zur Übervorteilung (Art. 21 OR)[93]

Eine Übervorteilung nach Art. 21 OR liegt vor, wenn ein offenbares Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung besteht, wobei dieses durch bewusstes Ausnutzen der Notlage, der Unerfahrenheit oder des Leichtsinns der anderen Vertragspartei entstanden sein muss.[94] Dieser Rechtsbehelf betrifft nicht mehr den Vertragsinhalt, sondern die „rücksichtslose" Art und Weise, wie eine Partei das Ungleichgewicht der anderen bei Vertragsschluss ausnutzt.[95] Vorausgesetzt sind dabei kumulativ eine objektive (das Missverhältnis) und zwei subjektive (Ausnutzen, Unterlegenheit) Voraussetzungen.

In der Praxis dient der Übervorteilungstatbestand bei Vorliegen eines groben Leistungsmissverhältnisses seit langem zu Recht als Einfallstor für

[89] Konsumkreditgesetz vom 23.3.2001 (KKG), SR. 221.214.1.

[90] Dies auch deshalb, weil diese Leasinggesellschaft per Zeitungsinserat damit geworben hat, auch finanziell überschuldeten Personen einen Leasingvertrag anzubieten.

[91] *Schwenzer* N 32.35.

[92] BK-*Kramer* OR 19/20 N 313; BK-*Schmidlin* OR 31 N 102 ff.

[93] Nach Vorlage des alten, deutschen Wuchertatbestandes (§ 138 BGB) erst mit der Revision des OR von 1911 erlassen.

[94] Zum Ganzen BK-*Kramer* OR 21 N 16 ff.; BSK-*Hagenmin* OR N 5 ff.

[95] *Gauch*, recht 1989, 95.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

einzelfallgerechte, soziale Entscheidungen.[96] Es ist noch nicht lange her, da passte das Bundesgericht in BGE 123 III 292 ff. aufgrund des Übervorteilungstatbestands (Art. 21 OR) einen untragbaren Vertrag (AGB-Problematik) an. Das Gericht sorgte in diesem Entscheid bewusst für Einzelfallgerechtigkeit und hielt allgemein fest, dass das Vertragsrecht zunehmend „materialisiert" werde und die „formale Vertragsfreiheit durch materielle Vertragsgerechtigkeit verdrängt" werden müsse (a.a.O. 298).[97]

Das objektive Tatbestandselement nach Art. 21 OR erfasst nur Sachverhalte, welche die Leistungsinäquivalenz betreffen.[98] Damit ist der Anwendungsbereich der Übervorteilung von vornherein viel enger als derjenige des Grundlagenirrtums, der sämtliche bestimmte Sachverhalte, die notwendige Grundlage des Vertrags sein können, erfasst. Ausserdem müsste ein Missverhältnis, das sich aufgrund eines Grundlagenirrtums nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR ergeben hat, auch nicht „übermässig stossend" sein, sondern bloss nach objektiv-nüchterner Betrachtung Grund sein, damit dieser Vertrag bei fehlerfreier Vorstellung nicht abgeschlossen worden wäre.

Die beiden subjektiv qualifizierenden Tatbestandselemente, die regelmässig schwierig zu beweisen sind, entfallen zudem bei einer Berufung auf Grundlagenirrtum.

4. Zur „clausula rebus sic stantibus"

Die Möglichkeit, einen Vertrag wegen veränderter Verhältnisse anpassen und subsidiär auflösen zu lassen, die so genannte „clausula rebus sic stantibus"[99], ist nicht im Obligationenrecht normiert.[100] Sie ist allerdings für den Pauschalreisevertrag in Art. 10 Abs. 1 und 2 des Pauschalreisegesetzes[101] geregelt, so dass Verbraucher bei „wesentlichen Vertragsänderungen" jederzeit vom Vertrag zurücktreten können. Die Rechtsprechung anerkennt die „clausula rebus sic stantibus" jedoch allgemein, wenn der veränderte Vertragsumstand zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses weder

[96] *Oftinger Karl*, Betrachtungen über die laesio im schweizerischen Recht, in: FS Zepos, Bd. II, 1973, 535 ff., 542 ff., 544; *Bucher*, ZSR (102) 1983, 367, insb. Fn 123; Gonzenbach, ZSR 106 (1987) 446; *Gauch*, recht 1989, 91 ff.

[97] Weitere Beispiele zur „Einzelfallgerechtigkeit" des Bundesgerichts: *Hotz*, 212 f.

[98] Auch, wenn von einer „Gesamtleistung" ausgegangen wird, *Gauch*, recht 1989, 96.

[99] BK-*Kramer* OR 18 N 272 ff.

[100] Wobei auch vertreten wird, dass Art. 27 Abs. 2 ZGB die Grundidee der „clausula" umfasse (BGE 122 III 97 ff.), was in Bezug auf die übermässige Dauer von Vertragsverhältnissen unbestritten ist: BSK-*Hagenin* ZGB 27 N 15.

[101] Bundesgesetz vom 18.6.1993 über Pauschalreisen (PauRG), SR 944.3.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

voraussehbar noch vermeidbar war, eine erhebliche Äquivalenzstörung[102] entstand und der Vertrag nicht vorbehaltlos erfüllt wurde.[103]

Der Grundlagenirrtum unterscheidet sich von der „clausula rebus sic stantibus" insofern, als die Willensstörung bereits zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses vorliegt. Selbst wenn von einem Grundlagenirrtum über einen künftigen Sachverhalt ausgegangen wird (hierzu später detaillierter), bezieht sich dieser immer auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses und entsteht nicht erst zufällig während der Vertragsdauer.[104] Im Gegensatz zum Grundlagenirrtum wird es bei einer „clausula rebus sic stantibus" erst wegen völlig unerwarteter, sich im Verlauf der Vertragsdauer sich entwickelnder Tatsachen unerträglich, sich weiterhin an den Vertrag zu halten.[105]

5. Zur Täuschung (Art. 28 OR) und zur „culpa in contrahendo" und den vorvertraglichen Informations- und Aufklärungspflichten

Durch die Täuschung wird ein Motivirrtum hervorgerufen, der im Gegensatz zum Grundlagenirrtum (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR) alle möglichen Motive betreffen kann.[106] Daraus folgt, dass Täuschung und Grundlagenirrtum nebeneinander anwendbar sind, sofern der Irrtum nicht das gleiche Motiv in der Kette betrifft. Bei identischem Motivirrtum geht die Berufung auf Täuschung nach Art. 28 OR allerdings vor.[107]

Ein täuschendes Verhalten nach Art. 28 OR liegt vor, wenn falsche Tatsachen vorgespiegelt oder nachteilige Tatsachen verschwiegen werden, wobei Eventualabsicht genügt.[108] Das Verschweigen einer Tatsache ist nur dann rechtswidrig, wenn eine Aufklärungspflicht des Vertragspartners besteht.[109] Diese Aufklärungspflicht kann sich aus Gesetz oder Treu und

---

[102] Dies im Gegensatz zur Übervorteilung, bei der keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden dürfen: *Guach*, recht 1989, 95.

[103] BGE 127 III 300 ff., 305, ging es um eine nicht voraussehbare und vermeidbare Auszonung aus der Bauzone, wobei es sich um ein Baurecht handelte, das immer längerfristig angelegt ist und daher grundsätzlich mit Änderungen zu rechnen ist. Der Verkehrswert war jedoch durch die Vertragsänderung erheblich vermindert, so dass das höchste Gericht von einer *„gravierenden Äquivalenzstörung"* (a.o.O. 306) ausging. In Anbetracht dessen, dass es sich bei der Baurechtszinsschuldnerin um die Migros Genossenschaft und keinen geschäftsungewohnten Verbraucher handelte, ist dies ein bemerkenswerter Entscheid.

[104] BK-*Schmidlin* OR 23/24 N 228; *Bischoff*, 121 ff.; a.M. *Guach/Schluep/Schmid/Rey* N 805.

[105] BGE 127 III 300 ff., kritisch kommentiert von *Sulzer, Stefan*, AJP 2003, 987 ff., der Art. 119 OR der „clausula" bei „gestörtem Vertragszweck" vorzieht. Zur Abgrenzung von Art. 119 OR und Art. 24 I Ziff. 4 OR, BK-*Schmidlin* OR 23/24 N 228.

[106] *Von Tuhr/Peter* 320; BK-*Schmidlin* OR 28 N 66.

[107] BK-*Schmidlin* OR 28 N 144.

[108] BK-*Schmidlin* OR 28 N 79; BSK-*Schwenzer* OR 28 N 11.

[109] BGE 116 II 431 ff., 434.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Glauben und den herrschenden Anschauungen ergeben.[110] Keine Aufklärungspflicht ergibt sich, wenn die Gegenpartei nach Treu und Glauben annehmen durfte, dass die (irrende) Partei den Sachverhalt ohne weiteres erkennen würde.[111] Grad und Umfang der Aufklärungspflicht richten sich daher u.a. „*nach dem Grad der Erkennbarkeit*"[112], wobei auf die Sicht eines redlichen, vernünftigen Menschen abgestellt wird. Dass ein Auto ein Unfallwagen ist, kann der durchschnittliche Käufer eines Occassionswagens grundsätzlich nicht erkennen, so dass insofern eine Aufklärungspflicht nach Art. 28 OR besteht.[113]

Die *culpa in contrahendo* (c.i.c.) ist nach schweizerischem Recht ein nicht gesetzlich geregeltes, aber anerkanntes eigenständiges Haftungsinstitut zwischen Vertrag und Delikt.[114] Die Vertrauenshaftung soll immer dann eingreifen, wenn zwischen dem Schädiger und dem Geschädigten ein Verhalten vorliegt, das geeignet ist, beim Adressaten ein spezifisches Vertrauen zu erwecken, das dann aber enttäuscht wird. Erforderlich ist dafür ein besonders geartetes Verhältnis bzw. eine rechtsgeschäftsähnliche Beziehung. Nur im Rahmen einer solchen „Sonderverbindung" kann durch das Verhalten einer Partei bei der anderen ein schützenswertes Vertrauen erweckt werden, dessen Enttäuschung eine Schadenersatzpflicht entstehen lässt.[115] In diesem Rahmen umfasst die c.i.c. eine Wahrheitspflicht und eine allgemeine vorvertragliche Informationspflicht, dem Vertragspartner keine wesentlichen Informationen vorzuenthalten.[116]

---

[110] *Gonzenbach*, 103 ff. m.w.H.; *Hartmann*, N 51 ff., N 210 ff. m.w.H.

[111] Nach BGE 116 II 431 ff., 434, besteht keine Offenbarungspflicht, wenn der Verkäufer annehmen durfte, dass der Käufer den Sachverhalt kannte.

[112] BK-*Schmidlin* OR 28 N 38.

[113] Urteil des Obergerichts Luzern vom 3.2.2003, ZBJV 140 (2004) 701 ff.; BGE 116 III 431 ff., 434; BGE 81 II 138 ff., 141.

[114] BK-*Kramer* Allg. Teil vor OR 1 N 132 ff., 139 ff.; BSK-*Bucher* OR 1 N 78 ff. mit Hinweisen auf diverse positive Verankerungen der c.i.c. in der Rechtsordnung (N 80); *Gauch/Schluep/Rey/Schmid* N 981; *Schwenzer* N 47.01 ff., 48.01 ff.

Die c.i.c. und die Vertrauenshaftung sind, wie bereits erwähnt, ein klassisches Beispiel für eine Theorienrezeption. Allgemein zur Anerkennung der Vertrauenshaftung: in BGE 130 III 345 ff. haftet ein Liegenschaftenschätzer Dritten für das durch sein Gutachten ausgelöste Vertrauen, wenn er annehmen konnte, dass dieses zirkulieren würde, in BGE 123 III 220 ff. haftet eine Gesellschaft für das Vertrauen, das eine falsche Firmenbildung auslöste, in BGE 120 II 331 ff., 335 f. und in BGE 121 III 350 ff., 355, haftet die Muttergesellschaft Geschäftspartnern der Tochtergesellschaft für hinreichend konkret erwecktes Konzernvertrauen. Diese Vertrauenshaftung wurde dagegen z.B. in BGE 124 III 297 ff., 303 ff. verneint. Zum Verhältnis zur Deliktshaftung vgl. Bger. vom 29.9.2001 (4C.193/2000), insb. E. 4a., beide Anspruchsgrundlagen sind nach Bger. nebeneinander anwendbar; *Jörg* plädiert hier für die alleinige Anwendbarkeit der c.i.c., Bd. 2003, 36 f.

[115] *Gauch/Schluep/Schmid/Rey* N 982e ff.

[116] BK-*Kramer*, OR 22 N 31 f.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Eine Informationspflicht wird etwa angenommen, wenn es sich um absolut geschützte Rechtsgüter handelt, wie die körperliche Integrität und das Sacheigentum des Vertragspartners. Allgemein wird eine solche auch angenommen, wenn ein „nachteiliger Vertrag" für die Gegenpartei droht,[117] beispielsweise Schwierigkeiten ersichtlich sind aufgrund von Unsicherheiten und Widersprüchen, die sich aus den Äusserungen der Gegenpartei ergeben.[118] Allgemein lässt sich sagen, dass *je professioneller eine Partei ist, je mehr Fachkenntnisse eine Person hat, um so eher muss sie die Gegenseite instruieren.*[119]

Andererseits umfasst die c.i.c. auch die Pflicht, eine anfragende Person korrekt zu informieren.[120] Nach ständiger Rechtsprechung besteht eine Pflicht, richtig zu informieren, sofern eine „Sonderverbindung" besteht. Gemeint ist damit, dass keine Zufälligkeit in der Anfrage vorgelegen hat, sondern ein beruflicher Kontakt, eine geschäftliche Beziehung, eine Empfehlung oder ein besonderes Fachwissen der Grund für das berechtigte Vertrauen war.[121]

Im Gegensatz zu Art. 28 OR genügt die fahrlässige Informationspflichtverletzung.[122] Rechtsfolge ist ein Schadenersatzanspruch. Ein allgemeines zivilrechtliches Vertragslösungsrecht lässt sich aus der „culpa in contrahendo" nach schweizerischem Recht *nicht* ableiten. Es wird aber von einem Teil der Lehre gefordert.[123]

Da das Obligationenrecht keine gesetzlichen Vorschriften zur fahrlässigen Irreführung aufweist, kann der Grundlagenirrtum als mögliches Vertragslösungsrecht bei Verletzung von Informationspflichten beigezogen werden.[124]

Beim Grundlagenirrtum entfallen die Voraussetzungen einer subjektiven Täuschungsabsicht sowie das „unerlaubte Einwirken des Vertragspart-

---

[117] BSK-*Bucher* OR I N 86; *Schwenzer* N 47.01 ff.; *Hartmann*, N 151 ff.; *Jörg*, Bd. 2003, 20 ff., 34 ff., 38.

[118] Nach BGE 92 II 449 ff., 455 ff. muss ein Versicherer das Transportunternehmen (sic!) darauf aufmerksam machen, dass dieses einen Wagen versichern will, der bereits versichert war, nämlich seinen alten aus dem Verkehr gezogenen Lastwagen. Nach BGE 102 II 81 ff., 84 besteht keine Pflicht des Bestellers, den Unternehmer eines Werkes darauf aufmerksam zu machen, dass sein Preisangebot zu niedrig ist, wenn dieser selber fachkundig und in der Lage ist den Berechnungsfehler zu erkennen; ähnlich BGE 116 II 431 ff.; BK-*Kramer* OR 22 N 33 ff.

[119] *Gonzenbach*, 113 ff. m.w.H.; BK-*Kramer* OR 22 N 25 ff., 29; *Hartmann*, N 81 ff., 87.

[120] BK-*Kramer* OR 22 N 19 ff.

[121] Bger. vom 26. 9. 2001 (4C.193/2000).

[122] BK-*Kramer* OR 22 N 22.

[123] BK-*Kramer* OR 22 N 39 ff.; *Schwenzer*, N 47.14; a.A. *Gonzenbach*, 224 ff., der hier für die Vertragslösung die Irrtumsregelung (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR) vorsieht.

[124] *Gonzenbach*, 60 ff., 62f., 224 ff., 227; *Hartmann*, N 208 ff.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

ners".[125] Es bestehen auch keine Aufklärungspflichten im beschriebenen Sinne.

Es wird sich aber regelmässig um einen wesentlichen Vertragsinhalt handeln, wenn es irrtümlich zum Vertragsschluss kommt, weil der Unternehmer seine Aufklärungspflicht (aus Art. 28 OR oder aus c.i.c.) verletzt hat. [126] Ein Motivirrtum, der infolge einer Informationspflichtverletzung entstand, betrifft daher regelmässig eine notwendige Grundlage des Vertrags im Sinne von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR und ist wesentlich. Zumindest wird man bei einem Nachweis der Informationspflichtverletzung auch die „Erkennbarkeit" der objektiv wesentlichen Vertragsgrundlage nachweisen können.

Umgekehrt lässt sich schliessen, dass in den Fällen, in denen ein Grundlagenirrtum in Bezug auf bestimmte Sachverhalte als objektiv wesentlich bejaht wird, auch regelmässig eine Aufklärungs- bzw. eine Informationspflicht des Unternehmers gegenüber Verbrauchern besteht bzw. bestanden hätte. Der Schadenersatzanspruch aufgrund von c.i.c. kommt deswegen auch neben einer Vertragsauflösung wegen Grundlagenirrtums zur Anwendung.[127]

6. Zur Sachmängelhaftung (Art. 197 ff. OR)

Die Sachgewährleistung nach Art. 197 ff. OR und der Irrtum regeln nicht die gleichen Tatbestände und beruhen auf unterschiedlichem Rechtsgrund: Die Sachgewährleistung dient der korrekten Vertragserfüllung und der Irrtum dem korrekten Vertragsschluss bzw. der korrekten Vertragsentstehung.[128] Die Rechtsbehelfe gewähren entsprechend unterschiedliche Ansprüche (Minderungs- oder Wandelungsanspruch und Schadenersatzanspruch bzw. lediglich einen Rückabwicklungsanspruch) auch wenn unter Umständen der gleiche Zweck verfolgt wird. [129] Das schweizerische Bundesgericht lässt daher seit jeher trotz heftiger Kritik der Lehre[130] die beiden Rechtsbehelfe nebeneinander zu (*Alternativität*).[131] Es wird in diesem Zusammenhang sogar von einem gewohnheitsrechtlichen Anspruch ausgegangen. [132]

---

[125] BK-*Schmidlin* Vorb. OR 23-27 N 225, OR 28 N 142 ff.

[126] *Gonzenbach*, 227; *Hartmann*, N 209.

[127] BGE 92 II 328 ff.; BGE 90 II 449 ff.

[128] BGE 114 II 131 ff., 136 ff.

[129] BGE 98 II 15 ff., 21.

[130] BK-*Becker* OR 24 N 22; Merz, ZBJV 126 (1990) 255 ff.; BSK-*Schwenzer* OR 24 N 10 in Bezug auf den Eigenschaftsirrtum.

[131] BGE 42 II 494 ff., 497 ff.; BGE 82 II 411 ff., 421 ff., 424; BGE 114 II 131 ff.; BGE 127 III 83 ff., 85 f.; Bger. vom 27.9.2004 (4C.197/2004).

[132] BGE 98 II 15 ff., 21.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Von der Sache ist gegen diesen „doppelten Schutz" des Käufers im Hinblick auf die sehr strengen Rüge- und Verjährungsfristen des Sachgewährleistungsanspruchs[133] aus Verbrauchersicht nichts einzuwenden, besonders nicht im Zeitalter von Massenverträgen[134] und E-Commerce. Die gleiche Alternativität würde sich auch bei einem Rechtsgewährleistungsanspruch rechtfertigen.[135]

Hat der Verbraucher sich aber für einen Rechtsbehelf entschieden, so ist er nach konstanter Praxis grundsätzlich auf diesen zu behaften. Praxisrelevant ist insbesondere der Umstand, dass mit der Erhebung eines Sachgewährleistungsanspruchs, einer Mängelrüge nach Art. 201 OR, der Vertrag im Sinne von Art. 31 OR als genehmigt gilt und damit die Berufung auf Irrtum ausgeschlossen ist.[136]

Aus dieser Alternativität folgt auch, dass bei einer zulässigen, allgemein formulierten Wegbedingung der Sachgewährleistung (Art. 199 OR)[137], die Irrtumsanfechtung innert der Frist von Art. 31 OR grundsätzlich offen bleibt. Nur wenn die Wegbedingung in Bezug auf eine Eigenschaft erfolgt ist oder die Zusicherung einer konkreten Eigenschaft verweigert wird, so dass die Käuferin abschätzen kann, welches Risiko sie übernimmt, ist auch eine Anfechtung wegen Grundlagenirrtums ausgeschlossen. Denn diesfalls

---

[133] Nach Art. 201 OR muss erstens sofort nach Erhalt der Sache gerügt werden, es sei denn es handle sich um versteckte Mängel. Zweitens verjährt der Sachgewährleistungsanspruch nach Art. 210 OR innert Jahresfrist seit Ablieferung der Sache. Allerdings hat das Bger. im Urteil vom 28.5.2002 (4C.395/2001) die geltenden Anforderungen an die strenge Rügeobliegenheit gemäss Art. 201 OR aufgrund einer rechtsvergleichenden Argumentation zu Gunsten des Käufers herabgesetzt.

[134] BGE 114 II 131 ff., 138, wobei die Schutzbedürftigkeit vor Massenverträgen in concreto beim Kauf eines Picasso nicht vorlag. Kritik an diesem Entscheid deshalb bei *Gauch*, SAG 1989, 153 ff., 154; *Wiegand, Wolfgang*, Bemerkungen zum Picasso-Entscheid, recht 1989, 101 ff., 103 und *Merz*, ZBJV 126 (1990) 252 ff., 256; ders. ZBJV 118 (1982) 130 ff., 131.

[135] BGE 109 II 319 ff., 322.

[136] BGE 127 III 83 ff., 86; im Übrigen ist die faktische Genehmigung des Vertrags (z.B. durch den Gebrauch des mangelhaften Wagens (BGE 109 II 319 ff., 327) aber nicht leichthin anzunehmen, denn die meisten Verbraucher sind sich dieser juristischen Bedeutungen nicht bewusst. Man kann sich hier auch auf den Standpunkt stellen, dass es gemäss „iura novit curia" nur Aufgabe des Richters sein könne, zu entscheiden, welcher Tatbestand zur Anwendung gelange, wenn schon die Voraussetzungen beider erfüllt sind. Ein neuerer Entscheid des Bger. vom 11.4.2005 (4C.57/2005) zur Vertragsauflösung aufgrund von Wandlung auch nach mehrmaligen Reparaturversuchen, wird in der Lehre bereits so interpretiert, dass die Einnahme von Eventualstandpunkten bei der Anfechtungserklärung bzw. Mängelrüge zulässig sei, *Spitz, Philippe /Oetiker, Christian*, Verjährung und Rechtsbehelfe bei Unternehmenskaufverträgen, SJZ 101 (2005) 465 ff., 469.

[137] BGE 130 II 686 ff., 689 ff.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

ist der Motivirrtum nur unwesentlich und die Berufung auf Irrtum würde gegen Treu und Glauben verstossen.[138]

7. Potenzial für verbraucherschützende Einzelfallgerechtigkeit

Auch wenn derzeit noch die Entscheide des Bundesgerichts zum Grundlagenirrtum überwiegen, die nicht das Verbraucherverhältnis betreffen, so lässt sich im Zusammenhang mit der Rechtsprechung zum schweizerischen Grundlagenirrtum erkennen, dass die Richter den Spielraum zu einer einzelfallgerechten Entscheidung nutzen,[139] was verbraucherrelevant sein kann. Wichtiger Entscheid in diesem Zusammenhang ist BGE 114 II 131 ff., 138, in dem das Bundesgericht zum Schutz des Käufers bewusst die Berufung auf den Grundlagenirrtum nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR neben dem Sachgewährleistungsanspruch zuliess:

„Zu bedenken ist ferner, dass Bedeutung und Funktion des einfachen Kaufvertrags mit der technischen Entwicklung und der allgemeinen Tendenz zum Massenvertrag sich gewandelt haben, weshalb der Käufer mehr denn je als der schutzwürdigere Teil erscheint, wenn er schlecht bedient worden ist."

Diese Tendenz des Bundesgerichts die sehr strengen Rüge- und Verjährungsfristen des Sachgewährleistungsrechts auf diese Weise auszugleichen, da anderenfalls ein wesentlicher Mangel den Käufer „ungebührlich hart" treffen könnte, hat daher, wie bereits erwähnt, Tradition.[140]

Der Spielraum könnte aber wie im folgenden Fall, der aus dem Mietrecht stammt, auch im Zusammenhang mit dem „besseren Erkennenkönnen" eines Motivirrtums bei entsprechender Professionalität des Unternehmers genutzt werden: In BGE 113 II 25 ff., 29f. entschied das Bundesgericht zum Schutze eines Mieters, dass dieser sich auf die Angaben eines professionellen Vermieters verlassen dürfe und daher kein fahrlässiger Irrtum vorliege:[141]

„Dass das Verhalten des Irrenden mit einer gewissen Strenge zu beurteilen ist, weil Art. 26 OR ihn schon an sich günstig behandelt, kann ebenfalls nicht heissen, der Mieter habe den Angaben des Vermieters zum vornherein zu misstrauen. Wo er dazu nach den Umständen keinen Anlass hat, kann er sich gegenteils bei den Vertragsverhandlungen auf die Angaben des Vermieters verlassen, von einer Überprüfung also absehen, zumal er sich gerade dadurch dem Verdacht aussetzen könnte, ein unbequemer Vertragspartner zu sein"[...] „Zu Misstrauen hatte er umso weniger Anlass, als er mit dem Inhaber einer Advokatur und eines Notariats verhandelte,"[...der] „sich berufsmässig mit der Verwaltung von Liegenschaften befasst und den Mietvertrag unterzeichnet hat."

[138] BGE 91 II 275 ff., 280.

[139] Bereits *Gonzenbach*, ZSR 106 (1987) 448 f.

[140] BGE 82 II 411 ff.

[141] Es ging um die Beurteilung, ob der Motivirrtum fahrlässig war, der bezüglich der Grösse einer Mietwohnung vorgelegen hatte, weil eine 5-Zimmer-Wohnung „von etwa 160 m2" angeboten worden war, die tatsächlich um 13 m2 kleiner war.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

C. Fazit: Grundlagenirrtum nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR

1.) Es lassen sich aus der Judikatur und Literatur zusammenfassend die folgenden Fallgruppen von Grundlagenirrtümern nach Art. 24 Abs.1 Ziff. 4 OR zusammenfassen:[142]

- Massgebend ist der Wert der Firma bzw. der Aktien bei einem Unternehmenskaufvertrag, wobei diese Fälle in der Regel für Verbraucher irrelevant sein dürften, denn in der Regel handelt es sich wohl um Verträge unter Unternehmern.[143]

- Entspricht die Grösse einer Wohnung oder eines Grundstücks nicht dem verlangten Miet- oder Pachtzins, oder entspricht der Nutzungskoeffizient nicht dem Baurechtszins, so liegt in der Regel ein wesentlicher Irrtum des Nutzungsberechtigten vor.[144]

- Ist ein Kunstwerk nicht echt, so liegt regelmässig ein Grundlagenirrtum vor.[145]

- Ist ein Grundstück nicht wie vorgesehen bebaubar, so liegt ebenfalls regelmässig ein Grundlagenirrtum vor.[146]

Gemeinsames objektives Wesentlichkeitskriterium ist bei diesen unterschiedlichen Vertragstypen regelmässig der Preis und sein Gegenwert, der bei Vertragsschluss nach Treu und Glauben für den Vertragsgegenstand zu erwarten ist.

- Erhält jemand eine Bewilligung nicht, die bei Vertragsschluss vorausgesetzt war, wie die Berufsausübungsbewilligung einer Ärztin oder eines Apothekers oder das Wirtepatent beim Erwerb der betreffenden Liegenschaft[147], so betrifft diese objektive Wesentlichkeit ebenfalls eine objektivierbar massgebliche Qualifikation der Vertragspartei.

2.) Allgemein formuliert gibt es drei theoretische Voraussetzungen, damit ein Motivirrtum nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR als wesentlich gelten kann:

---

[142] Andere Fallgruppen bei BK-*Schmidlin* OR 23/24 N 446 ff.

[143] Jedoch BGE 97 II 43 ff. betrifft ein Verbraucherverhältnis; BGE 79 II 155 ff., 160 ff.; BGE 43 II 487 ff., 493 ff.

[144] BGE 113 II 25 ff., 28 f. m.w.H.

[145] BGE 114 II 131 ff.; BGE 82 II 411 ff.

[146] In BGE 95 II 407 ff. verneint; jedoch kritisiert von *Kramer*, SJZ 66 (1970) 178 ff.

[147] BGE 55 II 184 ff., 189.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

ein bestimmter Sachverhalt, der sich in Grenzen auch auf künftige Sachverhalte beziehen kann, die subjektive Unerlässlichkeit dieses Sachverhalts für den Vertragsschluss und bei einer Betrachtung von aussen muss eine objektiv notwendige Grundlage des Vertragsschlusses vorliegen.

3.) Auf die vierte Voraussetzung der „Erkennbarkeit" als zusätzliche Voraussetzung an die Wesentlichkeit des Motivirrtums kann nach der hier vertretenen Auffassung in den meisten Fällen verzichtet werden, da die Auffassung des Erklärungsempfängers in der Betrachtungsweise eines durchschnittlichen loyalen Dritten, also der objektiven Wesentlichkeit, enthalten ist. Wäre sie es nicht, verlöre das Objektivieren nach den Grundsätzen eines vernünftigen, loyalen Dritten, der nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr handelt, also das objektive Wesentlichkeitskriterium, völlig an Bedeutung. Dass sich aber beide Parteien an minimale Anstandsregeln im Geschäftsverkehr (Art. 2 ZGB) zu halten haben, ergibt sich von selbst.

4.) Hingegen ist der „Grad der Erkennbarkeit" der notwendigen Vertragsgrundlage für den Unternehmer für eine allfällige Begründung seiner Informationspflicht dem Verbraucher gegenüber interessant.[148] Insofern ist die Erkennbarkeitsvoraussetzung nach klassischer Irrtumslehre doch von Interesse für den Verbraucherschutz im Vertragsrecht. Insbesondere dann, wenn dieser wie im schweizerischen Privatrecht de lege lata keine Informationspflicht statuiert.

5.) Dem Grundlagenirrtum nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR ist mit den übrigen, behandelten klassischen Rechtsbehelfen des schweizerischen Schuldrechts gemeinsam, dass diese der Verbraucherseite bereits heute ganz ausnahmsweise dazu dienen, ihren Verbrauchervertrag aufzulösen, wenn ihre Selbstbestimmung und damit ihr Wille beim Vertragsschluss gestört war. So zeigt die Rechtsprechung des Bundesgerichts, dass diese allgemeinen Rechtsbehelfe (sei es die Sittenwidrigkeit oder die Übervorteilung oder die alternative Anwendbarkeit der Sachgewährleistung) inklusive schweizerischem Grundlagenirrtum nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR, in zahlreichen Fällen für die nötige Einzelfallgerechtigkeit gesorgt haben.[149]

6.) Auch die „culpa in contrahendo" ist nach einem Teil der schweizerischen Lehre zum Vertragslösungsrecht bei Informationspflichtverletzungen geworden.[150]

---

[148] BK-*Schmidlin* OR 23/24 N 75.
[149] *Hotz*, 212 f.
[150] BK-*Kramer* OR 22 N 39 ff.; *Schwenzer*, N 47.14.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

In jeden Fall kann aber der Grundlagenirrtum nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR auch bei einer Informationspflichtverletzung als Vertragslösungsrecht herbeigezogen werden, wenn das Informationsdefizit kausal für den Motivirrtum gewesen ist und dieser eine wesentliche Vertragsgrundlage betrifft. Ausserdem kann aus den Kriterien, wann und für wen ein Grundlagenirrtum nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR erkennbar ist, umgekehrt geschlossen werden, wann eine Informationspflicht für die Gegenpartei (insbesondere einen Unternehmer) besteht.

7.) Der knappe Vergleich dieser allgemeinen Rechtsbehelfe und insbesondere der Hinweis auf die Tradition von alternativer Anwendung von Sachgewährleistungsrechten und Irrtumsregeln hat gezeigt, dass der schweizerische Grundlagenirrtum nach Art. 24 OR besonderes Potenzial zur „Materialisierung des Vertragsrecht"[151] besitzt: Der Grundlagenirrtum nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR bezieht sich erstens auf alle bestimmten, gegenwärtigen und künftigen Sachverhalte auch ausserhalb des Vertrags, die Grundlage des Vertrags sein können. Zweitens kann dieser unabhängig von einem unerlaubten Einwirken des Vertragsgegners geltend gemacht werden. Es reicht damit für eine Berufung auf Grundlagenirrtum, wenn Dritte und der Unternehmer erkennen konnten, dass das Motiv Grundlage des Vertrags ist.

Das soll aber nicht bedeuten, dass nicht mit gutem Argument auch für eine Ausdehnung der Sittenwidrigkeit nach OR 19f. auf Vertragsentstehungssituationen im Verbraucherverhältnis plädiert werden könnte, denn der Einfluss auf den Vertragsinhalt ist gross, wie unter lit. B. 2. a. gezeigt wurde.

[151] BGE 114 II 131 ff.; BGE 123 III 292 ff., 298.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

§ 7 Zusammenfassende rechtsvergleichende Ergebnisse (Teil 2)

1.) Rechtsvergleichend ergibt sich, dass alle drei Zivilrechtskodifikationen eine Irrtumsregelung aufweisen, die den „ausnahmsweise beachtlichen oder wesentlichen Motivirrtum" bzw. den „Grundlagenirrtum" nach schweizerischem Recht entweder geregelt haben oder nach konstanter Rechtsprechung anerkennen:

Die japanische Irrtumsregelung (Art. 95 Minpô) umfasst einen Artikel, der schlicht alle „Irrtümer über wesentliche Elemente des Rechtsgeschäfts" umfassen kann.

Das deutsche Recht regelt im Wesentlichen den Erklärungs- und den Inhaltsirrtum nach § 119 Abs. 1 BGB und den Eigenschaftsirrtum nach § 119 Abs. 2 BGB, der von der herrschenden Lehre und der Rechtsprechung als „ausnahmsweise beachtlicher Motivirrtum" anerkannt wird.
Ausserdem ist mit der „Störung der Geschäftsgrundlage" (§ 313 Abs. 2 BGB) nach herrschender Lehre der gemeinsame Motivirrtum gesetzlich erfasst.

Das schweizerische Obligationenrecht zählt in einem exemplarischen Katalog wesentliche Irrtumsarten auf (Art. 23 f. OR), wobei der Irrtum über die „Grundlage des Vertrags" (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR) als ausnahmsweise wesentlicher Motivirrtum oder als so genannter Grundlagenirrtum eine davon ist.

2.) Aus der Natur des Motivs und der historischen Entwicklung des Irrtumsrechts schlossen die Gesetzgeber aller drei Kodifikationen gleichermassen auf die Unbeachtlichkeit des Irrtums über das Motiv. Ausdrücklich geregelt ist dies nur im schweizerischen Recht (Art. 24 Abs. 2 i.V.m. 23 OR). Im japanischen und im deutschen Recht sind die Gesetzgeber davon ausgegangen, dass es sich um eine nicht erwähnenswerte Selbstverständlichkeit handle.

3.) Der gemeinsame Gedanke, der heute noch hinter der Unbeachtlichkeit des Motivirrtums steht, ist der *Vertrauensschutz* des Erklärungsempfängers und die *Verkehrssicherheit* im geschäftlichen Umgang, denn das oft fehlende Austreten des Motivs aus dem Gedanken- und Erklärungsfeld des

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Irrenden erschwert die Möglichkeiten für den Erklärungsempfänger das Motiv wahrzunehmen.

Auf der anderen Seite stehen die Interessen des Irrenden, der ein *Selbstbestimmungsrecht* darauf hat, dass sein Wille, d.h. nur sein echter Wille, gelte. An seine Selbstbestimmung ist auch seine *Selbstverantwortung* gekoppelt. Lehre und Rechtsprechung sahen sich daher seit alters her gezwungen, den Mittelweg zwischen diesen Prinzipien zu gehen.[1]

4.) Der Motivirrtum wird damit in allen drei Rechtsordnungen nur ausnahmsweise anerkannt. Die materiellen Voraussetzungen, die an die ausnahmsweise Anerkennung des Motivirrtums gestellt werden, sind jedoch verschieden.

5.) Zusammengefasst, lassen sich aus den drei Rechtsordnungen im Wesentlichen vier geltende oder relevante theoretische Ansätze zur ausnahmsweisen Anerkennung eines Motivirrtums erkennen. Allen Ansätzen ist dabei gemeinsam, dass sie mit dem Erkennenkönnen bzw. der Erkennbarkeit des Motivs durch den Erklärungsempfänger bzw. Dritte operieren:

a. Anerkennung eines Motivirrtums nach Massgabe des Vertragsinhalts:

Nach geltendem japanischem Irrtumsrecht ist entscheidend, dass das Motiv geäussert ist, wobei es nach traditioneller Lehre und Rechtsprechung dabei zum Vertragsinhalt werden muss.[2] Dieser Ansatz stellt den Vertrauensschutz und die Verkehrssicherheit in den Vordergrund.

b. Anerkennung eines Motivirrtums nach Massgabe dessen, was gegenseitige Vertragsgrundlage ist:

Nach einem neueren japanischen Verständnis sollen die geäusserten Motive beachtlich sein, die von den Parteien zur Vertragsgrundlage gemacht wurden („Gôi Shugi", Prinzip der zu Grunde liegenden Vereinbarung). Das „geäusserte Motiv" muss nach dieser Lehre nicht Vertragsinhalt, sondern Vertragsgrundlage sein. Als solche muss es zumindest stillschweigend bedingt, vorausgesetzt oder garantiert worden sein.[3] Diesem Ansatz entspricht das deutsche Rechtsinstitut der „Störung der Geschäftsgrundlage" (§ 313 Abs. 2 BGB), das darauf abstellt, ob das Motiv gegenseitige Grundlage des Vertrags gewesen ist.

---

[1] *Bydlinski*, AcP 204 (2004) 361 ff.

[2] Z.B. Urteil vom 15.12.1914, Minroku 20, 1101 ff.; Urteil vom 26.11.1954, Minshû 8-11-2087; Urteil vom 19.5.1972, Minshû 26-4-723; Urteil vom 11.7.2002, Hanrei Taimuzu Nr. 1109, 129 ff.

[3] *Yamamoto*, Minpô, 166.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Wird auf die gemeinsame Vertragsgrundlage abgestellt, wird die Privatautonomie der Parteien betont.

c. Anerkennung eines Motivirrtums nach Massgabe der Perspektive Dritter bzw. den Vorstellungen des Geschäftsverkehrs:

Nach deutscher und schweizerischer Lehre und Rechtsprechung zum ausnahmsweise beachtlichen Motivirrtum nach § 119 Abs. 2 BGB bzw. zum Grundlagenirrtum nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR, ist u.a. entscheidend, dass die dem Vertrag zu Grunde liegenden Motive objektiv (verkehrs)wesentlich sind, das heisst, nicht nur nach Massgabe der Parteien, sondern nach Massgabe der Perspektive Dritter bzw. der Vorstellungen des Geschäftsverkehrs als beachtlich anzusehen sind. Dieser Ansatz betont die Verkehrssicherheit.

Der Unterschied zwischen den beiden erwähnten Normen liegt jedoch darin, dass der Kreis der Motive nach deutschem Irrtumsrecht § 119 Abs. 2 BGB von allem Anfang an durch den Begriff „Eigenschaft" enger gezogen wurde. Bloss mittelbare Eigenschaften, die aber grundlegende Motive darstellen können, wie die Beschaffenheit des Grundstücks bei Abschluss eines Grundpfandvertrags oder die erwarteten Umsätze bei einem Unternehmenskauf, sind daher nur vom Grundlagenirrtum nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR erfasst.

d. Anerkennung eines Motivirrtums nach Massgabe von Gerechtigkeitskriterien, die mit typisierten Verträgen oder typisierten Vertragssituationen arbeiten:

Die Lehre vom Sachverhaltsirrtum von Kramer und die Irrtumslehre von Morita gehen von typisierten Vertragsituationen (z.B. Motiv wurde veranlasst oder musste auffallen) oder Vertragstypen (z.B. entgeltlicher oder unentgeltlicher Vertrag) aus, die es als gerecht erscheinen lassen, das Irrtumsrisiko dem Erklärungsempfänger zu übertragen.
Der Ansatz geht einher mit dem Verzicht auf die Unterscheidung zwischen Motiv- und Erklärungsirrtum. De lege lata hat sich dieser in keiner der drei Rechtsordnungen durchsetzen können.[4]

Dieser Ansatz operiert mit typisierten Situationen, in denen kein Vertrauensschutz besteht.

6.) Im konkreten Ergebnis zeigt sich die Berufung auf den ausnahmsweise beachtlichen Motivirrtum in der japanischen Rechtsordnung am schwierigsten, in der schweizerischen am einfachsten. Die Vertragslösung auf-

[4] Vgl. aber Art. 4:103 PECL.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

grund eines künftigen Irrtums ist nur nach schweizerischem Recht möglich.
Versucht man für die Fälle von ausnahmsweise anerkannten Motivirrtümern Fallgruppen zu bilden, so ergibt sich nach japanischem Recht inhaltlich, dass Motivirrtümer über Sicherungsgeschäfte, über Grundstückgeschäfte und über die Eigenschaften von Kaufgegenständen vorkommen.[5] Das sind Fallgruppen, die sich mit denjenigen des deutschen Rechts (§ 119 Abs. 2 BGB) vergleichen lassen.[6]

Bloss unbeachtliche Motivirrtümer betreffen beispielsweise in allen Rechtsordnungen den Wert oder den Marktpreis einer Sache oder den spekulativen Erfolg oder Gewinn eines Geschäfts.

7.) Die schweizerische und die japanische Rechtsordnung unterscheiden nicht zwischen einseitigem und gegenseitigem Motivirrtum, wogegen nach deutschem Recht mit § 119 Abs. 2 BGB und § 313 Abs. 2 BGB je zwei unterschiedliche Rechtsgrundlagen bestehen.[7]

Der wesentliche Unterschied zwischen dem schweizerischen Grundlagenirrtum (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR) und dem deutschen Tatbestand der Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 Abs. 2 BGB[8] liegt denn auch darin, dass für die Berufung auf den Grundlagenirrtum ein einseitiger Motivirrtum ausreicht, sofern die Wesentlichkeitsvoraussetzungen erfüllt sind.

8.) Während die Nichtigkeit des japanischen Motivirrtums unbeschränkt lange gilt, muss die einseitige Vertragsungültigkeit aufgrund Grundlagenirrtums innert eines Jahres seit der Kenntnisnahme des Irrtums geltend gemacht werden (Art. 31 OR).[9] Im deutschen Recht muss der ausnahmsweise beachtliche Motivirrtum nach § 119 Abs. 2 BGB dagegen „unverzüglich" geltend gemacht werden.[10] Die absolute Anfechtungsfrist beträgt dabei aber zehn Jahre seit der Abgabe der fraglichen Willenserklärung (§ 121 Abs. 2 BGB).

9.) Hat der Irrende seinen Motivirrtum selbstverschuldet, so ist eine Berufung auf die Nichtigkeit nach Art. 95 Minpô von Anfang an ausgeschlossen; es sei denn, es handle sich um einen Motivirrtum im elektronischen Verbrauchervertrag (dazu in Kapitel 3, vgl. Anhang IX). Nach schweizerischem und deutschem Recht ist dem schuldhaft Irrenden die Vertragslö-

[5] § 4 lit. C.
[6] § 5 lit. C.
[7] Bereits *Zweigert*, ZfRV 1966, 12 ff.
[8] § 5 lit. B. 4, § 6 lit. A. 3. b.
[9] Faktisch wird die Rückabwicklung jedoch durch die absolute Verjährungsfrist des Bereicherungsrechts von 10 Jahren beschränkt (Art. 67 Abs. 1 OR).
[10] *Larenz/Wolf* § 36 N 88; *Gmür*, 157.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

sung nicht verwehrt. Allerdings wird nach schweizerischem (Art. 26 OR) und deutschem (§ 122, § 142 Abs. 1 BGB) Recht dieser Irrende verpflichtet, seinem Vertragspartner den Vertrauenschaden zu ersetzen. Diese Pflicht entfällt, wenn der Vertragsgegner den Motivirrtum hätte erkennen können.

10.) Insgesamt erscheint die japanische Irrtumslehre lebendig, während die deutsche und die schweizerische dogmatisch weitgehend erstarrt sind:

Zusammengefasst seien nochmals die wichtigsten in der Lehre und Rechtsprechung diskutierten japanischen Irrtumslehren erwähnt: die Irrtumslehre von Morita, die von einem Einheitsirrtum ausgeht und anhand typisierter Vertragsverhältnisse Kriterien für die Beachtung des Motivirrtums sucht, das Prinzip der zu Grunde liegenden Vereinbarung (Gôi Shugi), das einen Motivirrtum anerkennt, wenn das Motiv als Voraussetzung, als Bedingung oder als Garantie dem Vertrag zu Grunde gelegt wird sowie die Lehre der analogen Anwendung der Täuschung durch Dritte (Art. 96 Abs. 2 Minpô).

Die deutsche Lehre und Rechtsprechung haben dagegen bewusst und zunächst präter legem nach Ausweichstrategien ausserhalb des Irrtumsrechts gesucht: Neben der Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 Abs. 2 BGB wird nach deutschem Recht mit einem Anspruch auf Vertragsauflösung gestützt auf culpa in contrahendo ermöglicht, dass das Erfordernis der „verkehrswesentlichen Eigenschaft" nach § 119 Abs. 2 BGB umgangen werden kann: Es wird auf das fahrlässige Veranlassen und Erkennenkönnen des Irrtums durch den Unternehmer abgestellt.[11]

Sowohl im japanischen wie auch im schweizerischen Recht ist ein Vertragslösungsrecht gestützt auf culpa in contrahendo de lege lata nicht anerkannt, was jedoch nicht bedeutet, dass dieses nicht gefordert würde.[12]

11.) In allen drei Rechtsordnungen wird eine Anerkennung des Motivirrtums auch über die Generalklausel der „Sittenwidrigkeit" diskutiert.

12.) Einzig in der schweizerischen Rechtsordnung hat die alternative Anwendung von Sachgewährleistungsrecht und Irrtumsregelung eine feste Tradition. Im japanischen Recht besteht allerdings eine faktische Tendenz,

[11] *Larenz/Wolf* § 36 N 69; *Larenz*, 284 ff.

[12] Vgl. für die japanische Lehre § 4 lit. B. 6, für die schweizerische Lehre § 6 lit. B. 2. c.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

auf beide Rechtsbehelfe einzutreten. Im deutschen Recht gilt dagegen konstant die Exklusivität der Sachgewährleistung.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Drittes Kapitel:

Die klassischen Irrtumsregelungen im Verhältnis zu den modernen Vertragslösungsrechten des Verbraucherschutzes

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

§ 8 „Yôso no sakugo" nach Art. 95 Minpô im Verhältnis zu den modernen verbraucherschützenden Vertragslösungsrechten

A. Ausgangslage und Fragestellung

1. Ausgangslage

Nachdem die klassische Irrtumsregelung (Art. 95 Minpô) behandelt und deren Schutzlücken beim Auftreten von Willensmängeln, d.h. Motivirrtümern aufgezeigt wurden, soll im Folgenden untersucht werden, wie sich diese im Verhältnis zu den speziellen, modernen verbraucherschützenden Vertragslösungsrechten im Verbrauchervertrag bewähren könnte und umgekehrt, welchen Einfluss spezielle verbraucherschützende Bestimmungen auf die klassische Irrtumsregelung haben.

2. Entwicklung des Verbraucherschutzes im Vertragsrecht

Der eigentliche japanische Verbraucherschutz begann in den 1960er Jahren infolge einiger viel diskutierter Produktehaftpflichtfälle.[1] Es entstanden öffentlich-rechtliche Institutionen wie das Wirtschaftsplanungsministerium oder die Sektion für Verbraucherfragen des Wirtschaftsministeriums[2], die vorab Verwaltungsvorschriften zum Schutz der Bevölkerung erliessen.[3] Es bestanden damals nur beschränkt privatrechtliche Vorschriften und diese betrafen vorab den Schutz vor Gesundheitsgefahren[4] sowie vor unlauteren Geschäftspraktiken:

---

[1] Zu reden haben jedoch vor allem die bekannten Produktehaftpflichtfälle gegeben: vergiftete Baby-Pulvermilch der Firma Morinaga (1955) und das thalidomidhaltige Schlafmittel von Dainihon Seiyaku (1962) um nur zwei zu nennen; weiterführend zur Produktehaftpflicht, *Kühlkamp*, 20ff., 99 ff.

[2] 通商産業省消費経済課 (Tsûshô sangyôshô shôhi keizai ka).

[3] *Ômuro*, Shôhisha, 7.

[4] So wurden in den 1940er Jahren beispielsweise ein Lebensmittelgesetz (i.d.F. 1972/Nr. 108) und ein Düngekontrollmittelgesetz (i.d.F. 1984/Nr. 23) und in den 1960er Jahren ein Gesetz zur Regelung von elektronischen Geräten (1961/Nr. 234) und ein Arzneimittelgesetz (i.d.F. 1981/Nr. 1983) erlassen.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

So beinhaltet das japanische *Antimonopolgesetz von 1947*[5] hauptsächlich öffentlich- rechtliche Bestimmungen zum Schutz vor privaten Monopolstellungen und Kartellen und die Sicherung des fairen Wettbewerbs. Es regelte jedoch in Art. 19 ff. ein Verbot von kartellrechtswidrigen Vertragsschlüssen, dessen Verletzung zivilrechtliche Sanktionen wie Schadenersatz- und Unterlassungsanspruch (Art. 25) nachsichziehen. Vorausgesetzt wird allerdings, dass die Wettbewerbskommission[6] ein entsprechendes Urteil gefällt hat (Art. 26 Abs.1).[7]

Am 15.5.*1962*/Gesetz Nr. 134 wurde ein erstes *Gesetz zum unlauteren Wettbewerb*, w: das Gesetz zur Verhinderung von unrichtigen Angaben und Kennzeichnungen von Waren[8], erlassen. In Art. 4 wird ein Verbot von Lockangeboten durch Geschenke und Erklärungen aufgestellt, das die Verletzung mit Busse sanktioniert. 1982 entstand daran anknüpfend das Gesetz zum „unlauteren Geschäftsverkehr".[9] Privatrechtliche Vertragslösungsrechte beinhalten beide Gesetze nicht.

1968 wurde ein erstes Gesetz speziell zum Verbraucherschutz verfasst: Es wurde das *so genannte grundlegende Gesetz zum Verbraucherschutz als Rahmengesetz* erlassen.[10] Dieses definiert generell und programmatisch Ziele und Massnahmen des Verbraucherschutzes. Es regelt etwa folgende Massnahmen: Verhinderung von Schäden (Art. 7), Wahrung des lauteren Wettbewerbs (Art. 11), Förderung von Aufklärung und Erziehung (Art. 12) und die Schaffung von Testeinrichtungen (Art. 14). Es regelt den öffentlichen und privaten Verantwortungsbereich und statuiert Pflichten für die Behörden, Firmen und Verbraucher, räumt jedoch Letzteren noch keine individuellen, einklagbaren Verbraucherrechte ein. Das Inkrafttreten dieses Grundlagengesetzes und die zunehmende Vielfalt von Geschäftsformen bewirkten dafür zahlreiche weitere Sondergesetze zum privatrechtlichen Verbraucherschutz.[11] Dieses Gesetz wurde im *Jahre 2004 in „Verbraucherschutzgrundlagengesetz" umbenannt* und der Gesetzeszweck in Art. 1 neu

---

[5] Abk. 独占禁止法 (Dokusen kinshi hô) 14.4.1947/Nr. 54, letzte grössere Änderung 2002/Nr. 47.

[6] W: Kommission für den fairen Geschäftsverkehr, 公正取引委員会 (Kôsei torihiki iinkai).

[7] Zu dieser alten Rechtslage *Tanaka*, 332 ff.

[8] Futô keihinrui oyobi futô hyôji bôshi-hô, i.d.F. vom 1.2.1999; *Yoshioka*, 77, 96.

[9] 不正競争防止法 (Fusei kyôsou bôshi-hô), 18.5.1982/Bericht Nr. 15 der Wettbewerbskommission.

[10] 消費者保護基本法 (Shôhisha hogo kihon-hô) vom 30.5.1968/Nr. 78, i.d.F. vom 2.5.2004 (in Kraft getreten per 1.6.2004), die eine Umbenennung in 消費者基本法 (Shôhisha kihon-hô) zum sog. „Verbraucherschutzgrundlagengesetz" brachte. Zu dieser Gesetzesänderung *Nakata*, ZJapanR 19 (2005) 222, insb. 232 ff., der gar von einem „Verbraucher*grundgesetz*" ausgeht; doch diese Bezeichnung erscheint etwas optimistisch.

[11] Zum Ganzen *Yoshioka*, 68 ff., 104 f.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

umschrieben:[12] Die Förderung von Massnahmen zur Wahrung der Selbständigkeit von Verbrauchern und die (dafür nötige) Achtung ihrer Rechte und Interessen sollen nun im Zentrum des Verbraucherschutzes stehen. Als Grund wird u.a. erstmals das Informationsgefälle und der Unterschied in der Verhandlungsstärke, die zwischen Unternehmern und Verbrauchern bestehen, im Gesetz angegeben. Ausserdem werden die wichtigsten öffentlich- und privatrechtlichen Verbraucherrechte in Art. 2 aufgelistet. Das Recht des Verbrauchers auf ein Angebot an „notwendigen Informationen" ist dabei in Ziff. 5 ausdrücklich geregelt. Die entsprechende Aufforderung der Unternehmer zur Bereitstellung dieser Informationen ebenso (Art. 3 Ziff. 1).

Einen praktisch relevanten Schutz bietet heute noch das *Gesetz zum Abzahlungskauf von 1961*.[13] Obschon das Gesetz nicht auf Verbraucherverhältnisse beschränkt ist, werden seit der Gesetzesänderung von 1972 in Art. 1 des Gesetzes klare Leitlinien beschrieben, wie ein fairer und sich gut entwickelnden Abzahlungsvertrag mit einem Verbraucher auszusehen hat: Die Interessen des Käufers müssen gewahrt sein. Seit dieser Gesetzesänderung von 1972 findet sich in Art. 3 Abs. 4 des Abzahlungskaufgesetzes *erstmals eine Cooling-off-Regelung*, nach welcher der Abzahlungskäufer voraussetzungslos innert 4 Tagen vom Vertrag zurücktreten durfte.[14] 1984 wurde die Cooling-off-Frist auf 8 Tage verlängert. Seit der Gesetzesänderung von 2000 fallen auch Kreditgeschäfte im E-Commerce unter das Abzahlungsgeschäft.[15] Typisch für diese Gesetze der Anfangszeit, weist das Gesetz der Verwaltung – genauer dem Wirtschaftsministerium – die Kompetenzen zur Festsetzung der Höchsthöhe der Abzahlungsraten und der Laufzeit der Zinsen zu (Art. 9 ff.).[16]

Das erste Gesetz, das zum Zweck hatte, subjektiv einklagbare Rechte im Geschäftsverkehr zu regeln, war das *Gesetz über die Haustürgeschäfte* und andere Geschäfte von *1976*/Nr. 57. Es war allerdings noch als Teil des Handelsrechts erlassen worden. Im Jahre 1988 wurde eine Cooling-off-Regelung bei Haustürgeschäften von acht Tagen aufgenommen. Im Jahre *2000* wurde dieses Gesetz durch das *Gesetz über besondere Geschäftsfor-*

---

[12] Die revidierten Bestimmungen sind abgedruckt bei *Nakata*, ZJapanR 19 (2005) 233.

[13] 割賦販売法 (Kappu hanbai hô) 1.7.1961/Nr. 159, i.d.F.1999/Nr. 34; eine deutsche Übersetzung des Gesetzes mit Stand von 1994 existiert von *Rapp*, 146 ff., allerdings fehlt diese zur Cooling-off-Regelung.

[14] *Ômura*, Shôhisha, 8, 232 f.; zum Begriff des Cooling-off hinten unter lit.C.I.

[15] *Janssen*, ZJapanR 11 (2001) 265; *Rapp*, 76 f. mit Schema.

[16] Es finden sich bis heute noch zahlreiche verwaltungsrechtliche Vorschriften zum Verbraucherschutz, *Ômura*, Shôhisha, 235, 241 ff.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

men[17] *abgelöst*, wobei die Bestimmungen zum Haustürgeschäft inklusive Cooling-off-Recht übernommen wurden. Zusätzliche zwingende Cooling-off-Regelungen von 8 Tagen wurden für weitere besondere Geschäftsformen aufgenommen: für Geschäfte, die durch Telefonanwerbung zustandegekommen sind, für so genannte „Kettengeschäfte" (progressive Kundenwerbung, Geschäfte im Schneeballsystem), für Geschäfte, die Dauerschuldverhältnisse regeln, und Geschäfte, die durch ein Anwerben mit einer Dienstleistung zu Stande gekommen sind. Ausserdem wurde eine Strafsanktion für den Fall erlassen, dass der Unternehmer den Kunden nicht schriftlich auf sein Widerrufs- bzw. Rücktrittsrecht aufmerksam macht. Mit der Revision dieses Gesetzes vom 12.5.2004/Nr. 44[18] wurden neue Verwaltungsvorschriften gegen die unlautere Kundenbeeinflussung erlassen und die zivilrechtlichen Rechtsbehelfe erweitert:[19] Für diese besonderen Geschäftsformen wurden neue Vertragsanfechtungsrechte für die Kunden bei Mitteilen unwahrer Tatsachen und beim Unterdrücken von wichtigen Umständen eingeführt. Weiter wurden die Cooling-off-Fristen bei Verträgen der progressiven Kundenwerbung und bei den Dauerschuldverhältnissen auf 20 Tage angehoben. Sodann wurde das Abzahlungskaufrecht mutatis mutandis angepasst.[20] Auf dieses Gesetz, seinen Anwendungsbereich und seine besonderen Anfechtungs- und Cooling-off-Rechte wird im Folgenden näher eingegangen.

Ausserdem wurden Ende der *1970er* Jahre zahlreiche *Gesetze zum Schutz vor Kleinkreditgeschäften* erlassen. Andere, wie jenes zum Schutz vor vorbezahlten Kundenkarten[21], sind im Entwurfsstadium stehen geblieben. Zusammenfassend zeigt die Entwicklung, dass sich der gesetzliche Schutz vor speziellen Verkaufsmethoden und unerwünschten Verbraucherverträgen bis Ende der 1980er Jahre verbesserte. Verstärkt wurden in den 1980er Jahren zudem die Verwaltungsmassnahmen, indem z.B. eine „Kommission zu (Verbraucher) Standardverträgen" eingesetzt wurde. Diese untersuchte während vier Jahren die geläufigsten Verbraucherverträge mit AGBs und gab Empfehlungen ab, wie z.B. zu klaren Formulierungen, Cooling-off-Perioden oder dem Wahlrecht des Kunden punkto Zahlungsmethode.[22] In den grossen Firmen entstanden gar eigene Beschwerdestellen

[17] 特定商取引に関する法律 (Tokutei shō torihiki ni kansuru hōritsu, w: Gesetz über besondere Handelsgeschäfte) 2000/Nr. 120, i.d.F.2004/Nr. 44; vgl. Anhang VIII hinten und die Übersetzung von *Kühlkamp*, Anhang II, allerdings mit Stand von 2002, von *Jutta Vogt*.

[18] In Kraft seit dem 11.11.2004.

[19] Änderung vom 12.4.2004; Handbuch zu den bes. Geschäftsformen, 14 ff.

[20] Handbuch zu den bes. Geschäftsformen, 15 f.

[21] *Götze*, 425.

[22] *Kitagawa*, Rechtstheorie 16 (1985) 184 ff.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

für Verbraucheranliegen.[23] Etwa zeitgleich begannen die Rechtsprechung und die Lehre, gestützt auf die allgemeinen Zivilrechtsinstitute (Sittenwidrigkeit, Täuschung, Drohung, Irrtum), Mittel zu entwickeln um die Verbraucherseite besser zu schützen.[24]

Eine dritte Welle von Gesetzeserlassen zum Verbraucherschutz im Vertragsrecht fand Ende des 20. Jahrhunderts statt, verursacht durch die immer ansteigende Konsumlust der Verbraucher und die Entwicklung neuer technischer Vertriebskanäle:

Es wurde das *Gesetz über den Verbrauchervertrag* vom 12.5.2000 erlassen, das *seit dem 1.4.2001* in Kraft ist. Im Folgenden wird es japanisch Shôhisha keiyaku-hô genannt. Es statuiert neu für alle Fälle von Irreführung und Überrumplung der Verbraucher im Verbrauchervertrag ein *allgemeines Anfechtungsrecht (Art. 4)* und in den Art. 8-10 eine Inhaltskontrolle für die Bestimmungen aus Verbraucherverträgen, sowie Regelungen zu AGBs.[25] Vom Anwendungsbereich dieses Gesetzes sind einzig die Arbeitsverträge gemäss Art. 12 ausgenommen. Auf dieses allgemeine Anfechtungsrecht im Verbrauchervertrag (Art. 4) wird im Folgenden ausführlich eingegangen werden.

Da die Finanzierungsgeschäfte besonders verbraucherrelevant sind, wurde am 31.5.2000 zusätzlich ein *Sondergesetz über die Finanzdienstleistungsgeschäfte* erlassen, das ebenfalls seit dem 1.4.2001 in Kraft ist.[26] Dieses regelt heute, nach einer ersten Revision (2003/Nr. 54) in Art. 3 eine besondere Aufklärungspflicht des Finanzdienstleistungsanbieters mit entsprechender Schadenersatzpflicht bei deren Verletzung (Art. 4).[27]
Im Zuge des E-Commerce entstand ein *IT-Rahmengesetz von 2000*/Nr. 14, das seit dem 6.1.2001 in Kraft ist,[28] das zu zahlreichen verbraucherrelevanten Bestimmungen führte. Zu erwähnen ist hier besonders das *Gesetz über die elektronischen Willenserklärungen bei Verbraucherverträgen bzw. Annahmeerklärungen vom 29.6.2001*.[29] Dieses regelt einige Ausnahmen, in denen sich die elektronischen Willenserklärungen von anderen Willenser-

---

[23] *Götze*, 427.

[24] *Ômura*, Shôhisha 9; *Gotô*, 2 m.w.H.

[25] 消費者契約法 (Shôhisha keiyaku-hô) vom 12.5.2001/Nr. 61, in Kraft getreten am 1.4.2001.

[26] 金融商品販売法 (Kinyû shôhin hanbai-hô) vom 31.5. 2000/Nr. 101 mit einer Revision von 2003/Nr. 54.

[27] *Schulte*, ZjapanR 19 (2005)123 ff., 143 ff.

[28] *Ômura*, Shôhisha, 70.

[29] 電子消費者契約及び電子承諾通知に関する民法の特例に関する法律 (Denshi Shôhisha Keiyaku oyobi denshi shôdaku tsûchi ni kansuru Minpô no tokurei ni kansuru hôritsu) wörtlich: Sondergesetz zum Minpô in Bezug auf den elektronischen Verbrauchervertrag bzw. die elektronischen Anträge: 2001/Nr. 95, in Kraft seit dem 25.12.2001, im Anhang IX.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

klärungen unterscheiden, so z.B. in Art. 3, dass eine Berufung auf die Irrtumsnichtigkeit nach Art. 95 Minpô im elektronischen Verbrauchervertrag auch bei grobfahrlässigem Irrtum möglich sein soll. Auf diese Bestimmung wird ebenfalls später näher eingegangen.

Das *Gesetz über den korrekten Zugang u.Ä. beim elektronischen Mailverkehr vom 17.4.2002*[30] regelt schliesslich allgemein alle besonderen Fragen des Zugangs und damit der Voraussetzungen von Offerte und Akzeptanz der Willenserklärungen im elektronischen Geschäftsverkehr.

Diese Entwicklung dauert bis heute an. Die Regierung und der Gesetzgeber bemühen sich weiter, die neuen Probleme im Verbrauchervertragsrecht zu lösen.[31] Aus dem Bericht des Rates für Sozialpolitik „zum Leitbild des Verbrauchers" vom 28. 5. 2003 lassen sich die hierzu folgenden Zielvorgaben für das Verbrauchervertragsrecht ablesen: 1.) Der Verbraucher soll nicht mehr „Schutzobjekt", sondern eigenständiges und eigenverantwortliches Subjekt sein. 2.) Verbraucherrechte sind auch die Rechte auf sichere Lebensführung, ausreichende Information und angemessene Entscheidung.[32]

Wie auch die angesprochene Revision des Verbrauchergrundlagengesetzes von 2004 gezeigt hat,[33] ist damit anfangs 21. Jahrhunderts die Tendenz zu einer *einheitlichen „Verbraucherrechtspolitik"* erkennbar: Einerseits sollen Verbraucherrechte und Unternehmerpflichten explizit und einheitlich festgelegt, und andererseits soll das Selbstbestimmungsrecht und damit auch die Selbstverantwortung der Verbraucher gestärkt werden.

3. Fragestellung

Den Verbrauchern stehen heute damit im Vertragsrecht ein allgemeines Anfechtungsrecht nach Verbrauchervertragsgesetz bei Irreführung oder Überrumplung (Art. 4 Shôhisha keiyaku-hô) sowie Cooling-off-Regelungen nach Abzahlungskaufvertragsgesetz (1972) und nach dem Gesetz über die besonderen Geschäftsformen von 2000 (an der Haustüre, am Telefon, bei Ketten- und Dauergeschäften) zu. Ausserdem steht ihnen bei diesen besonderen Geschäftsformen seit 2004 wiederum ein besonderes Anfechtungsrecht für den Fall, dass unwahre Tatsachen oder verheimlichte Umstände zum Vertragsschluss geführt haben, zu. Daneben stehen ihnen

---

[30] 特定電子メールの送信の適正化等に関する法律 (Tokutei denshi mēru no sōshin no tekiseika tou ni kan suru hōritsu) des Jahres 2002/Nr. 26.

[31] Überblick bei 後藤巻則 今日の消費者問題と消費者政策の課題 法律時報75巻10号24頁以下 *Gotô Makinori*, Konichi no shôhisha mondai to shôhisha seisaku no kadai [Aktuelle Verbraucherfragen und Entwicklung der Verbraucherpolitik] Hôritsu Jihô Bd. 75, Nr. 10 (2003) 24 ff.; ders. mit *Mura Shizuko*, Shôhisha-hô, Hôritsu Jihô Bd. 75, Nr. 13 (2003) 155 ff.

[32] Vollständige Wiedergabe bei *Nakata*, ZJapanR 19 (2005) 230 ff.; *Kühlkamp*, 7.

[33] *Nakata*, ZJapanR19 (2005) 230 ff.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

wie früher zur Auflösung des Vertrags die klassischen zivilrechtlichen Vertragslösungsrechte[34] Irrtum (Art. 95 Minpô), Täuschung (Art. 96 Minpô) und Sittenwidrigkeit (Art. 90 Minpô) zur Verfügung.

Wie sich diese verschiedenen, über die Jahre legiferierten modernen verbraucherschützenden Vertragslösungsrechte konkret zueinander und zum allgemeinen Vertragsrecht verhalten, ist jedoch noch weitgehend ungeklärt. Ein systematischer und umfassender Verbraucherschutz im Verbrauchervertrag fehlt, obschon das revidierte Verbrauchergrundlagengesetz einen Schritt in Richtung einer Koordination anzeigt.[35] Im Folgenden wird daher das Verhältnis dieser modernen Vertragslösungsrechte mit der Irrtumsregelung untersucht. Im Vordergrund der Untersuchung steht dabei der Vergleich zum allgemeinen Anfechtungsrecht bei Verbraucherverträgen (Art. 4 Shôhisha keiyaku-hô), weil ein solches allgemeines Verbrauchervertragslösungsrecht weder im deutschem noch im schweizerischen Recht existiert.

Theoretisch stellen sich die Fragen nach dem Verhältnis des allgemeinen Anfechtungsrechts zur Irrtumsregelung: Wird Art. 95 Minpô durch das Anfechtungsrecht nach Art. 4 Shôhisha keiyaku-hô allenfalls erweitert?[36] Können sich aus der klassischen Irrtumslehre Kriterien für die moderne Verbrauchervertragstheorie finden lassen?

Praktisch stellt sich die Frage nach dem vorteilhafteren Vertragslösungsrecht für den Verbraucher.

B. Das Anfechtungsrecht im Verbrauchervertrag

1. Regelungszweck und -rahmen des Shôhisha keiyaku-hô

Das Shôhisha keiyaku-hô trat am 1. April 2001 in Kraft. Es gilt als Sondergesetz des Privatrechts neben dem Minpô und regelt die Wirksamkeit des Verbrauchervertrags.

In der Lehre wird es als „grundlegendes" Sondergesetz bezeichnet, weil es die Idee des Schutzes derjenigen Partei, die ihre Vertragsfreiheit faktisch nicht ausüben kann, grundsätzlich aufnimmt.[37] Zweck des Verbrauchervertragsgesetzes ist es, das strukturelle Gefälle von Informationsqualität und -quantität, das bei Vertragsschluss zwischen einem Unternehmer und Verbraucher grundsätzlich besteht (Art. 1 Shôhisha keiyaku-hô, vgl. Anhang

[34] *Ômura*, Shôhisha, 9.
[35] *Nakata*, ZJapanR 19 (2005) 237.
[36] *Dernauer*, ZjapanR 11 (2001) 242.
[37] *Yamamoto*, Minpô, 250 ff.; *Yamamoto*, FS Rehbinder, 827; kritisch *Hirano*, N 3-366.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

VII), auszugleichen.[38] Das Gesetz wurde erlassen, um die Selbstbestimmung der Verbraucher beim Vertragsschluss besser schützen zu können, da die allgemeinen zivilrechtlichen Rechtsbehelfe (Irrtum, Täuschung, Drohung, c.i.c, Sittenwidrigkeit) als ungenügend angesehen wurden.[39] Artikel 1 Shôhisha keiyaku-hô wird auch als 公正ルール (kôsei rûru) bezeichnet, was soviel wie „*Gerechtigkeitsregel*" bedeutet.[40]

Der Verbrauchervertrag ist als Vertrag, der zwischen Verbraucher und Unternehmer geschlossen wird definiert (Art. 2 Abs. 3 Shôhisha keiyaku-hô). Der Verbraucher wird dabei „negativ" umschrieben: als Person, die weder im Rahmen noch zum Zweck ihres Gewerbes oder Berufes regelmässig Geschäfte abschliesst (Art. 2 Abs. 1 Shôhisha keiyaku-hô). Daraus ergibt sich zwar, dass der Anwendungsbereich des Gesetzes für die Verbraucher möglichst umfassend sein soll.[41] Das schliesst jedoch schwierige Grenzfälle nicht ganz aus. So ist es beispielsweise wie im deutschen und im schweizerischen Recht fraglich, ob der Private, der regelmässig sein Occassionsauto einem Händler verkauft, keinen Unternehmerpflichten (bzw. Geboten) unterliegen soll.[42]

Bei Spezialfällen, wie dem Vertrag mit dem Heimarbeiter (zumindest bei hoch bezahlten Leistungen), dem Vertrag über Rettungsdienstleistungen, dem Bürgschaftsvertrag oder dem Handel mit Waren hoher Marge (allerdings nicht zu hoch), mit Franchisinggütern und mit hoch spezialisierten und eigens angefertigten Gütern, bleibt daher stets eine Beurteilung des Einzelfalls nötig.[43] Als Regel gilt jedoch, dass nur die Person Verbraucher ist, die Waren oder Leistung bezieht und dabei nicht regelmässig gewerblichen, sondern in der Regel privaten Zwecken nachgeht. Ausdrücklich vom Anwendungsbereich ausgeschlossen ist jedoch der Arbeitsvertrag (Art. 12 Shôhisha keiyaku-hô).

Der sachliche Anwendungsbereich dieses „grundlegenden" Verbrauchervertragsgesetzes ist insofern beschränkt, als viele Verbraucherschutzfragen in anderen Sondergesetzen geregelt sind, die hier gemäss Art. 11 Abs. 2 Shôhisha keiyaku-hô vorgehen. Dazu wird im Folgenden in Bezug auf das Gesetz über die besondern Geschäftsformen noch Genaueres dargelegt.

Inhaltlich bringt das Verbrauchervertragsgesetz den japanischen Verbrauchern zusammengefasst den gesetzlich formulierten Verbraucherschutzgedanken (Art. 1), die Definition des Verbraucherverhältnisses (Art.

[38] *Yamamoto*, Minshôhô Zasshi Bd. 123 (2001) 508.
[39] *Shiomi*, Hôgaku Seminâ Nr. 9, Bd. 549 (2000) 11.
[40] Chikujô Kaisetsu (Kurzkommentar), 101.
[41] *Yamamoto*, FS Rehbinder, 821; Yamamoto, Minpô, 252.
[42] *Ômura*, Shôhisha 19 ff.; *Yamamoto Yutaka*, Hôgaku Kyôshitsu Nr. 241 (2000) 81.
[43] Chikujô Kaisetsu (Kurzkommentar), 64 ff. mit weiteren Hinweisen zu Spezialfällen.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

2) und neue Regeln zum Vertragsschluss mit einem Informationsgebot (Art. 3) und mit einem Recht zur Vertragsanfechtung (Art. 4), einige konkrete Verbotsnormen (Art. 8 und 9) sowie eine generelle Verbotsklausel (Art. 10), welche die Inhaltsfreiheit des Unternehmers einschränkt.[44]

Da die Verbotsklauseln (Art. 8-10 Shôhisha keiyaku-hô) nur indirekt mit den in dieser Arbeit interessierenden Willensstörungen der Verbraucher zu tun haben, wird im Folgenden nur die Vertragsanfechtung gemäss Art. 4 Shôhisha keiyaku-hô als neues Vertragslösungs- und Gestaltungsrecht der Verbraucherseite[45] untersucht. Im Vordergrund steht dabei, wie bereits erwähnt, das Verhältnis zur Irrtumsregelung.[46]

2. Anfechtungsrecht nach Art. 4 Shôhisha keiyaku-hô

a) Gesetzliche Grundlagen

Das gesamte zweite Kapitel des Shôhisha keiyaku-hô, Art. 4-7, ist der Anfechtung des Antrags oder der Annahmeerklärung im Verbrauchervertrag gewidmet. Das eigentliche Anfechtungsrecht ist in Art. 4 Shôhisha keiyaku-hô wie folgt zusammengefasst geregelt, (vollständiger Wortlaut im Anhang VII):[47]

Verbraucher können den Verbrauchervertrag anfechten, wenn der Unternehmer auf den Vertragsschluss hingewirkt hat[48], indem er sie in Bezug auf die „wichtigen Vertragsumstände" „irregeführt" [49] oder indem er sie „überrumpelt"[50] hat und es deswegen zu einer Fehlvorstellung und schliesslich zum Vertragsschluss gekommen ist.[51]

Nach Art. 4 Abs. 3 steht dem Verbraucher dieses Anfechtungsrecht ausserdem für Vertragsschlüsse zur Verfügung, bei welchen der Unternehmer die Wohnung oder den Arbeitsplatz des Verbrauchers nicht verlassen hat, obschon von diesem dazu aufgefordert, und bei welchen der Unternehmer

---

[44] Die wenigen Urteile, die im Zusammenhang mit diesem relativ neuen Gesetz ergangen sind, betreffen vorab diese Verbotsklausel: Urteil vom 10.11 2003 des Kôsai Tokio, Hanrei Jihô Nr. 1845 (2004) 78 ff. und Urteil vom 19. 7. 2004 des Kôsai Ôsaka, Hanrei Taimazu Nr. 1128 (2003), in dem erklärt wurde, dass die Vereinbarung einer Konventionalstrafe bei einem Kaufvertrag im Occasionshandel gegen Art. 9 Shôhisha keiyaku-hô verstosse.

[45] Chikujô Kaisetsu (Kurzkommentar), 101.

[46] *Yamamoto*, Minshôhô Zasshi Bd. 123 (2001) 505 ff.

[47] Art. 4 Shôhisha keiyaku-hô ist sehr umfangreich (besteht aus fünf Absätzen, wovon zwei in je zwei Unterziffern unterteilt sind) und eher verwirren als klären, so dass hier mit dieser Kurzfassung gearbeitet wird.

[48] 勧誘 (kanyû) w: veranlassen, werben.

[49] 誤認 (gônin) w: in ein Missverständnis versetzen.

[50] 困惑 (konwaku) w: verlegen machen, „verwirren" (so *Yamamoto*, FS Rehbinder, 819 ff.).

[51] *Ôsaka*, ZjapanR 13 (2003) 11.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

den Verbraucher daran gehindert hat, den Ort des Vertragsabschlusses zu verlassen, obschon von diesem dazu aufgefordert.[52]

Art. 4 Abs. 5 besagt weiter, dass die Anfechtung eines Verbrauchervertrags einem gutgläubigen Dritten nicht entgegengehalten werden kann.

Art. 5 Shôhisha keiyaku-hô weitet das Anfechtungsrecht auf entsprechende irreführende oder überrumpelnde Handlungen Dritter aus, die zum Verbrauchervertrag geführt haben.

Das Anfechtungsrecht verjährt gemäss Art. 7 Abs. 1 Shôhisha keiyaku-hô innert 6 Monaten nachdem das Rechtsgeschäft hätte bestätigt werden können und absolut in 5 Jahren seit dem Vertragsschluss.

Art. 6 Shôhisha keiyaku-hô regelt das Verhältnis zur Täuschung, indem Art. 4 Shôhisha keiyaku-hô nicht so auszulegen sei, dass das Anfechtungsrecht bei einer Täuschung (Art. 96 Minpô) ausgeschlossen wäre.

Es ergeben sich damit hier die folgenden allgemeinen Voraussetzungen für das Anfechtungsrecht des Verbrauchers bei Irreführung oder Überrumplung bei Vertragsschluss:

- Beeinflussung des Unternehmers (nachfolgend lit. b)
- in Bezug auf wichtige Vertragsumstände[53] (nachfolgend lit. e), die
- zur Irreführung (nachfolgend lit. c) oder
- zur Überrumplung des Verbrauchers (nachfolgend lit. d) führt und die
- eine Fehlvorstellung bewirkten, welche letztlich zum Vertragsschluss führte.[54]

b) Beeinflussung durch den Unternehmer

Unter Beeinflussung kann jede Art von Hinwirken des Unternehmers auf den Verbraucher und den Vertragsschluss fallen: aktive, passive, verbale, telefonische, elektronische oder schriftliche, solche in Form von Pamphleten oder Bedienungsanleitungen.[55] Die Beeinflussung des Unternehmers muss eine Irreführung oder Überrumplung des Verbrauchers bewirken.

---

[52] Tatbestände des 不退去 (futaikyo), w: Nichtverlassens und des 退去妨害 (taikyo bôgai), w: Verhinderns zu verlassen.

[53] Der hier einschränkende Bezug auf „wichtige Vertragsumstände" ist jedoch ausnahmsweise beim „Stellen von falschen Prognosen" nicht nötig nach Art. 4 Abs. 1 Ziff. 2; zu diesem Begriff weiter hinten.

[54] *Yamamoto*, Minpô, 255 f.

[55] Anwaltskommentar, 53f.; *Yamamoto Futoku*, Hôgaku Kyôshitsu Nr. 242 (2000) 89.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

c) Tatbestand der Irreführung

Der Verbraucher ist nach dem Gesetz irregeführt, wenn die Beeinflussung wie folgt verlaufen ist: Der Unternehmer hat entweder falsche Tatsachen mitgeteilt (Art. 4 Abs. 1 Ziff. 1 Shôhisha keiyaku-hô)[56] oder falsche Prognosen gestellt[57] (Art. 4 Abs. 1 Ziff. 2 Shôhisha keiyaku-hô) oder es unterlassen, über nachteilige Tatsachen zu informieren (Art. 4 Abs. 2 Shôhisha keiyaku-hô).

aa. Zum Mitteilen falscher Tatsachen

Beim Mitteilen falscher Tatsachen kommt es nicht auf das subjektive Empfinden des Verbrauchers an, sondern darauf, ob die Tatsache objektiv falsch ist oder nicht.[58] Wenn der Verbraucher beispielsweise mit der Absicht ein Geschäft betritt, einen guten Lederschuh mit etwas höherem Absatz zu kaufen, und sich nach dem Kauf herausstellt, dass der Schuh zwar aus italienischem Leder gemacht ist, aber der Absatz nicht höher ist als derjenige der alten Schuhe, so handelt es sich bei dieser Tatsache nicht um eine objektiv „unwahre Tatsache", sondern bloss um eine „subjektive Vorstellung".[59] Ebenfalls eine bloss subjektiv falsche Vorstellung liegt vor, wenn dem Käufer beim Kauf versprochen wird, dass ein bestimmter Film ihm bestimmt grossen Eindruck machen werde, was dann aber nicht der Fall ist.[60] Wenn der Käufer beim Hauskauf den Eindruck hatte, das Haus überrage alle umliegenden Residenzen, und sich nach Vertragsschluss herausstellt, dass dies nicht der Fall ist, so liegt ebenfalls nur eine subjektiv falsche Vorstellung vor.[61] Von einer objektiv falschen Tatsache könnte etwa dann ausgegangen werden, wenn in den Plänen ein anderes höheres Haus fälschlicherweise nicht eingetragen wäre. Oder wenn ein Verkäufer beim Grundstückkauf zwecks Errichtung eines Hauses auf Fragen nach einem (Fels-)Abhang in der Nähe erklärt, es bestünden keine Probleme mit diesem Grundstück und im Nachhinein eine spezielle Stützkonstruktion angefertigt werden muss, damit das Haus gebaut werden kann, so liegt eine

[56] Bericht des Amtes für Wirtschaftsplanung, 67 f.

[57] 断定的判断の提供 (danteiteki handan no teikyô), w: Angebot von „Bewertungen", die (dem Verbraucher) eine bestimmte Schlussfolgerung erlauben sollen. Es sind darunter ungewisse finanzielle Vor- und Nachteile in Bezug auf den Vertragsgegenstand gemeint, die durch den Vertrag auf den Verbraucher zukommen könnten und von diesem fälschlicherweise als sicher und eindeutig angesehen werden.

[58] *Ochiai*, 74; *Yamamoto Yutaka*, Hôgaku Kyôshitsu Nr. 242 (2000) 89.

[59] Chikujô Kaisetsu (Kurzkommentar), 68, Beispiel 4-1.

[60] Chikujô Kaisetsu (Kurzkommentar), 70, Beispiel 4-6.

[61] Chikujô Kaisetsu (Kurzkommentar), 69, Beispiel 4-3.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

„unwahre Tatsache" im Sinne von Art. 4 Abs. 1 Ziff. 1 Shôhisha keiyakuhô vor.[62]

Etwas schwieriger zu beurteilen ist, ob der Umstand, dass der vermeintlich frische Fisch nicht frisch ist, auch nur eine subjektiv unwahre Tatsache sei[63], denn sowohl Verkäufer als auch Käufer wissen, dass es verschiedene „Frischegrade" gibt. Je nachdem, wofür der Fisch verwendet wird, zum Rohessen oder für den Fischsud, kann der Fisch von gestern noch frisch genug sein oder auch nicht. Nach Ochiai sind daher je nach Tatsachenbewusstsein des Verkäufers bei diesem Beispiel die Grenzen zum Verschweigen nachteiliger Tatsachen fliessend.[64]

Erklärt aber ein Anwalt beispielsweise seinem Klienten, dass er mit seinem Fall ganz sicher[65] vor Gericht obsiegen werde und gelingt ihm das nicht, so liegt weder eine subjektiv noch objektiv „unwahre Tatsache", sondern eine ungewisse, künftige Tatsache vor. Über eine solche kann man nicht irregeführt werden.[66]

Ob eine objektive Tatsache wahr oder unwahr ist, bestimmt sich nach dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses.[67] Ist eine Tatsache zum Vertragsinhalt geworden und hat sich erst nach Vertragsschluss herausgestellt, dass sie unwahr ist, weil sie sich nicht erfüllt hat, so liegt kein Tatbestand für das Anfechtungsrecht nach Art. 4 vor, sondern ein Fall von Nichterfüllung nach Art. 415 Minpô.[68] Der Gläubiger, hier der Verbraucher, kann in diesem Fall „nur" Schadenersatz vom Unternehmer verlangen. Wenn also beispielsweise im Konstruktionsvertrag verabredet war, dass Zedernholz als Grundmaterial verwendet werden soll und sich herausstellt, dass amerikanisches Holz verwendet worden ist, so ist dies ein Fall von Nichterfüllung.[69] Ebenfalls ein Fall von Nichterfüllung liegt vor, wenn ein Hotelzimmer mit Hafensicht reserviert wird und der Hafen vom Zimmerfenster nicht zu sehen ist.[70]

---

[62] Chikujô Kaisetsu (Kurzkommentar), 69, Beispiel 4-4.

[63] *Yamamoto Y.*, Hôgaku Kyôshitsu 2000/11 Nr. 242, 89; Chikujô Kaisetsu (Kurzkommentar), 68 Beispiel 4-2.

[64] *Ochiai*, 75 f.

[65] „かならず" (kanarazu).

[66] Es handelt sich *auch nicht um das Stellen einer „falschen Prognose" nach Ziff. 2*, weil eine fast sichere Prognose über ungewisse Dinge ebenfalls unmöglich ist, Chikujô Kaisetsu (Kurzkommentar) 69, Beispiel 4-5.

[67] Chikujô Kaisetsu (Kurzkommentar), 71 f.

[68] Minpô § 415: „Leistet der Schuldner nicht dem wesentlichen Inhalt der Schuld entsprechend, so kann der Gläubiger Schadenersatz verlangen. Dasselbe gilt, wenn die Leistung infolge eines von dem Schuldner zu vertretenden Umstandes unmöglich geworden ist." *Ishikawa/Leetsch*, 79.

[69] Chikujô Kaisetsu (Kurzkommentar), 71, Beispiel 4-7.

[70] Chikujô Kaisetsu (Kurzkommentar), 71 f., Beispiel 4-9.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Schliesslich kommt es nach Art. 4 Shôhisha keiyaku-hô nicht darauf an, wer die objektiv falsche Tatsache zu verantworten hat.[71] Im Gegensatz zum Täuschungstatbestand nach Art. 96 Abs. 1 Minpô entfällt somit die subjektive Voraussetzung der Täuschungsabsicht.[72]

Zusammenfassend setzt die Anfechtbarkeit nach Art. 4 Shôhisha keiyaku-hô eine Irreführung durch eine objektiv falsche Tatsache voraus.

bb. Zum „Stellen falscher Prognosen"

Nach Art. 4 Abs. 1 Ziff. 2 Shôhisha keiyaku-hô kann die Irreführung oder Überrumplung des Verbrauchers auch durch das Stellen von so genannten falschen Prognosen durch den Unternehmer erfolgen. Es geht um gewisse „Bewertungen" bezüglich Waren, Rechten und Dienstleistungen, die vom Unternehmer als absolut sicher bezeichnet werden und beim Verbraucher entsprechende Schlussfolgerungen evozieren sollen, obschon es sich um Zukünftiges wie die Preisentwicklung handelt, über die per definitionem keine sicheren Angaben gemacht werden können. Es ist falsch, etwas Ungewisses als gewiss auszugeben. Es rechtfertigt sich daher, vom „Stellen falscher Prognosen" auszugehen.[73]

Zu denken ist hier vor allem an Geldgeschäfte mit Verbrauchern, die gemäss Unternehmer in Zukunft einen Gewinn abwerfen sollen, obschon dies objektiv betrachtet unsicher ist.[74] Bei diesen „zukünftigen" Umständen handelt es sich wohl *normalerweise um Motive des Vertragsschlusses*.[75] Im Falle des Stellens von „falschen Prognosen" ist der Irreführungstatbestand damit insofern auszudehnen und die Anfechtung auch bei falschen Motiven zuzulassen. Allerdings sind diese Motive wiederum beschränkt auf die künftigen Entwicklungen, die auf unrichtigen Tatsachen beruhen. Daraus ergibt sich, dass ein Fehler, der auf einer gegenwärtigen Tatsache beruht, die zu einer falschen Prognose führt, noch keine „künftige Entwicklung" in diesem Sinne ist.[76]

cc. Zum Verschweigen nachteiliger Mitteilungen

Beim Verschweigen nachteiliger Mitteilungen sind nach Gesetz zusätzlich drei Voraussetzungen nötig, damit der Vertrag angefochten werden kann (Art. 4 Abs. 2 Shôhisha keiyaku-hô):

---

[71] Bericht des Amtes für Wirtschaftsplanung, 74.

[72] *Hirano*, N 3-361.

[73] *Yamamoto* bezeichnet diese Art von Irreführung als „wertbezogene Irreführung", die den Verbraucher in seiner Bewertung von unsicheren Umständen schützt; im Gegensatz dazu steht die „tatsachenbezogene Irreführung", welche die „sicheren" oder „aktuellen" Tatsachen betrifft, Kinhô Nr. 1596 (2000) 7 ff.; ders., FS Rehbinder, 822 f.

[74] *Yamamoto*, FS Rehbinder, 823.

[75] *Yamamoto*, Kinhô Nr. 1596 (2000) 9.

[76] *Yamamoto*, Kinhô Nr. 1596 (2000) 9.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

1.) Ein vorvertragliches Verhalten, das den Verbraucher annehmen liess, der Vertrag sei in Bezug auf die „wichtigen Vertragsumstände" zu seinem Vorteil.
2.) Ein vorvertragliches Verhalten des Unternehmers, das den Verbraucher annehmen liess, die relevanten negativen Vertragsumstände lägen bei Vertragsschluss nicht vor.
3.) Zudem muss der Unternehmer die nachteiligen Tatsachen bewusst und willentlich, d.h. vorsätzlich, verschwiegen haben.[77]

Zusammenfassend muss es sich um Situationen handeln, die der Vermittlung von bewusst „falschen Tatsachen"[78] vergleichbar sind. Daraus lässt sich schliessen, dass bei blossem Verschweigen nachteiliger Tatsachen bzw. Informationen grundsätzlich kein selbständiges Anfechtungsrecht des Verbrauchers besteht.

d) Tatbestand der Überrumplung

Der Verbraucher wird vom Unternehmer dann „überrumpelt", wenn dieser nach Art. 4 Abs. 3 Ziff. 1 Shôhisha keiyaku-hô trotz Aufforderung des Verbrauchers dessen Wohn- oder Arbeitsplatz nicht verlassen hat und nach Ziff. 2, wenn der Unternehmer den Verbraucher gegen dessen Willen daran gehindert hat, den Ort des Vertragsschlusses zu verlassen und es in der Folge zu einem Vertragsschluss gekommen ist. Diese gesetzliche Aufzählung ist abschliessend. Zu beachten ist ausserdem, dass andere Sonderbestimmungen wie die zum „Haustürgeschäft"[79], vorgehen (Art. 11 Abs. 2 Shôhisha keiyaku-hô).

e) „Wichtige Vertragsumstände"

Nur eine Irreführung oder eine Überrumplung, die „wichtige Vertragsumstände" betrifft, soll zu einem Anfechtungsrecht des Verbrauchers führen (nach Art. 4 Abs. 1 Ziff. 1 und Abs. 2 und Abs. 4 Shôhisha keiyaku-hô). Das ist die Schranke, die der Gesetzgeber eingebaut hat, um die Balance *zwischen freiem Vertragsauflösungsrecht und dem Grundsatz von pacta sunt servanda* herbeizuführen.[80] Soweit es sich allerdings um „das Stellen falscher Prognosen" (nach Art. 4 Abs. 1 Ziff. 2) handelt, gilt diese Einschränkung nicht.[81]

Auf Deutsch bedeutet das japanische 重要事項 (jûyô jikô) soviel wie wichtiger Gegenstand. Diese Übersetzung erscheint hier aber insofern missverständlich, als sie zu der Annahme führen könnte, dass nur Vertrags-

[77] *Yamamoto*, FS Rehbinder, 823.
[78] *Ônaka*, ZJapanR 13 (2003) 17.
[79] Nach dem Gesetz über die besonderen Geschäftsformen, Fn 748.
[80] *Yamamoto Yutaka*, Hôgaku Kyôshitsu Nr. 242 (2000) 89.
[81] *Yamamoto*, Kinhô Nr. 1596 (2000) 9.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

inhalte und keine Vertragsumstände Inhalt der Beeinflussung sein können. Das ist jedoch gerade nicht der Fall, wie gleich zu zeigen sein wird. Es wird daher im Folgenden mit „wichtigen Vertragsumständen" übersetzt.[82]

Als „wichtige Vertragsumstände" gelten nach Art. 4 Abs. 1 Shôhisha keiyaku-hô zunächst alle Punkte, die gewöhnlich einen Einfluss auf die Entscheidung des Verbrauchers haben dürften.[83]

Art. 4 Abs. 4 Shôhisha keiyaku-hô bietet eine beispielhafte Auswahl scher Punkte: Nach Ziff. 1 sind das die Qualität, die Gebrauchsfunktion oder die sonstigen Vereinbarungen über Waren, Rechte und Dienstleistungen eines Verbrauchervertrags und nach Ziff. 2 das Entgelt und andere Bedingungen des Geschäftsverkehrs mit Waren, Rechten und Dienstleistungen eines Verbrauchervertrags.

Die Generalklauseln in den Ziffern 1 und 2 bestätigen, dass es sich hier nur um beispielhafte Aufzählungen von „wichtigen Vertragsumständen" nach Art. 4 Abs. 1 Ziff. 1 und Abs. 2 Shôhisha keiyaku-hô handelt.[84] Die „wichtige Vertragsumstände" umfassen damit *auch alle anderen wichtigen Umstände, die gewöhnlich einen Einfluss auf den konkreten Vertragsschluss haben*.[85] Die Klausel ist zu Gunsten der Verbraucher grundsätzlich weit aufzufassen.[86]

Folgende Beispiele werden in der Literatur als „wichtige Vertragsumstände" im Sinne von Art. 4 Shôhisha keiyaku-hô angeführt:

1.) Der Umstand, dass eine Software gekauft wird, im Glauben, es handle sich um die der Gesellschaft A, und sich später herausstellt, dass es sich um diejenige der Firma B handelt, die auf der eigenen Rechenmaschine nicht funktioniert.[87]

2.) Das Vorliegen oder Fehlen einer Untersuchung oder einer Spezialbewilligung[88] ist ein weiterer wichtiger Vertragsumstand.

---

[82] *Hoshino Eiichi*, NBL Nr. 683 (2000) 8 f.; a.M. *Ôsaka*, der den Terminus mit "wichtigen Punkten" übersetzt, ZJapanR 13 (2003) 16 und als „wichtige Punkte" nur Vertragsbestandteile ansieht (18 f.); *Dernauer*, ZJapanR 11 (2001) 242, übersetzt ähnlich mit „wichtigen Einzelheiten des Vertrags", wobei er in seiner Fn 22 darauf hinweist, dass „jikô" u.a. auch mit „vertragsrelevanten Umständen", übersetzt werden könnte; so und damit ähnlich wie hier, *Kühlkamp*, 65.

[83] *Yamamoto Futaka*, Hôgaku Kyôshitsu Nr. 242 (2000) 89; *Yamamoto*, Kinbô Nr. 1596 (2000) 11.

[84] *Yamamoto*, Minshôhô Zasshi Bd.123 (2001) 513.

[85] *Ochiai*, 94; *Yamamoto*, Kinbô Nr. 1596 (2000) 11.

[86] *Dôgauchi*, Jurisuto Nr. 1200 (2000) 52, 55; *Yamamoto*, Kinbô Nr. 1596 (2000) 8, 11.

[87] Chikujô Kaisetsu (Kurzkommentar) 104, 4-32; gl. Beispiel bei *Yamamoto Futaka*, Hôgaku Kyôshitsu Nr. 242 (2000) 90.

[88] *Yamamoto Futaka*, Hôgaku Kyôshitsu Nr. 242 (2000) 89.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Diese zwei Beispiele zeigen bereits, dass es sich nicht nur um Vertragsinhalte[89] handelt, die von den „wichtigen Vertragsumständen" erfasst sein können.

Je nach dem, wie sicher der künftige Wert oder Preis des Vertragsgegenstandes ist, den der Verbraucher durch den Vertragsschluss erhalten bzw. erzielen wollte[90], kann dieser auch als „wichtiger Vertragsumstand" gelten.

Dagegen liegt beispielsweise kein „wichtiger Umstand" vor, wenn der Verbraucher sich für Englischunterricht in einer Sprachschule anmeldet und statt eines amerikanischen Lehrers, einen britischen Lehrer vorfindet.[91] Anders läge der Fall aber wohl, wenn sich der Verbraucher einen muttersprachigen Japanischlehrer vorgestellt hat und dann einen ebenso qualifizierten amerikanischen Japanischlehrer antrifft.

Keine „wichtigen Vertragsumstände" sind ferner regelmässig die Angabe des Herkunftslandes oder des Herstellungsorts der gekauften Ware.[92]

Fraglich, ob ein „wichtiger Vertragsumstand" vorliegt ist, wenn ein Vertreter an der Haustür klingelt und erklärt, das alte, schwarze Telefon sei bald nicht mehr zu gebrauchen und daher dem Verbraucher im Tausch ein neues für nur 1'000 Yen (ca. 12 CHF) im Monat anbietet, worauf dieser einen Verbrauchervertrag schliesst. Es entspricht zwar nicht der Wahrheit, dass das schwarze Telefon nicht mehr zu gebrauchen sein wird, doch ist das schwarze Telefon damit noch nicht Gegenstand des Verbrauchervertrags geworden.[93] Weiter stellte sich die Frage, inwiefern ein Motiv wie „ein neues Telefon zu kaufen, weil das alte nichts mehr taugt" wichtiger Vertragsumstand i.S.v. Art. 4 Abs. 1 Ziff. 1 Shôhisha keiyaku-hô sein könne.

Diese Frage wird aufgrund der offenen Formulierung des Gesetzes unterschiedlich beurteilt.[94] Mehrheitlich geht die Lehre jedoch davon aus, dass ein Motiv kein „wichtiger Vertragsumstand" sein könne.[95] Ein Teil der Lehre ist aber auch der Meinung, dass ein „wichtiger Vertragsumstand" im

[89] *Ochiai*, 92, insb. Fn 18.

[90] Je nachdem handelt es sich um eine „wertbezogene Irreführung" oder eine „tatsachenbezogene Irreführung", bei Ersteren ist nach Art. 4 Abs. 1 Ziff. 2 kein Bezug zu den wichtigen Vertragsumständen nötig.

[91] Chikujô Kaisetsu (Kurzkommentar), 105, Beispiel 4-33.

[92] *Yamamoto Yutaka*, Hôgaku Kyôshitsu Nr. 242 (2000) 89.

[93] Chikujô Kaisetsu (Kurzkommentar), 105, Beispiel 4-34, *Yamamoto Yutaka*, Hôgaku Kyôshitsu Nr. 242 (2000) 89 f.

[94] Anwaltsverband-Kom., 49.

[95] Chikujô Kaisetsu (Kurzkommentar), 105, Beispiel 4-33; 松本恒雄, 消費者契約法と契約締結過程に関する民事ルール (*Matsumoto Tsuneo*, Shôhisha keiyaku-hô to Keiyaku teiketsu katei ni kansuru Minji Rûru [Gesetz zum Verbrauchervertrag und die zivilrechtlichen Regeln zum Vertragsschluss], Bd. 53, Nr. 11, 13; *Yamamoto Yutaka* zum gleichen Beispiel, Hôgaku Kyôshitsu Nr. 242 (2000) 89 f.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Sinne von Art. 4 vorliegt, wenn das Motiv Voraussetzung des Vertragsschlusses ist.[96]

f) Informationsgebot nach Art. 3 Shôhisha keiyaku-hô

Das Informationsgebot (Art. 3 Abs. 1) fordert den Unternehmer auf, diejenigen Informationen anzubieten, die für den Vertragsschluss notwendig sind.

Der japanische Gesetzgeber ging grundsätzlich davon aus[97], dass die Verbraucherseite die Last des Zusammentragens und Analysierens von Informationen trägt und über die wichtigen Vertragspunkte Überlegungen angestellt haben muss [98] und dass es an der Unternehmerseite liegt die Informationen zu erklären. Es sei einem Unternehmer nicht zumutbar, in jedem Fall „erahnen" zu müssen, welche Informationen nötig seien und welche er im Einzelfall zu erteilen habe.[99]

Daraus ergibt sich allgemein, dass dem Verbraucher dann möglichst viele Informationen zustehen, wenn die Vertragsumstände kompliziert sind; handelt es sich dagegen um einfache Verträge, so sind geringere Anforderungen an das Informationsgebot zu stellen. „Selbstverständliche" Informationen hat der Unternehmer nicht anzubieten.[100] Sinn und Zweck des Informationsgebotes sei es, dass der Unternehmer über (besondere) Risiken und Werte bzw. Wertveränderungen zu informieren habe.[101]

Das Informationsgebot des Unternehmers (Art. 3) ist als grundlegende Bestimmung konzipiert, die bei der Auslegung der zahlreichen auslegungsbedürftigen Bestimmungen von Art. 4 Shôhisha keiyaku-hô beigezogen werden soll.[102] Faktisch werden aber die „wichtigen Vertragsumstände" gemäss Art. 4 zugleich den Inhalt des Informationsgebotes bestimmen, denn will der Unternehmer keine Vertragsanfechtung riskieren, so muss er wenigstens über diese Punkte informieren.

Eine entsprechende Pflicht hat der Unternehmer jedoch nicht. Das allgemeine Informationsgebot nach Art. 3 Shôhisha keiyaku-hô fordert den Unternehmer nur gesetzlich auf, sich um die Aufklärung des Verbrauchers in Bezug auf dessen Rechte und Pflichten bei Vertragsabschluss zu bemühen.[103] Es statuiert keine selbständige Rechtspflicht zur Information, son-

---

[96] *Yamamoto Yutaka*, Hôgaku Kyôshitsu Nr. 242 (2000) 89 ganz unten, 90.

[97] *Yamamoto*, FS Rehbinder, 824 m.w.H. zu den Intentionen des Gesetzgebers und den politischen Schwierigkeiten, eine echte Informationspflicht einzuführen

[98] Wobei der Umfang dieser Pflicht der Verbraucherseite nicht klar ist, *Hoshino Eiichi*, NBL Nr. 683 (2000) 10.

[99] Bericht des Amtes für Wirtschaftsfragen, Fn 283, 56.

[100] Chikujô Kaisetsu (Kurzkommentar), 58.

[101] *Yamashita*, Jurisuto Nr. 1200 (2001) 57.

[102] *Dôgauchi*, Jurisuto Nr. 1200, 51.

[103] *Yamamoto*, Kinhô Nr. 1596 (2000) 7, 12; Ônaka, ZJapanR 13 (2003) 15.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

dern ist eine an den Unternehmer gerichtete nicht mit rechtlichen Sanktionen geknüpfte Erwartung. Die Verletzung der Informationsgebote nach Shôhisha keiyaku-hô berechtigt den Verbraucher somit weder zur Anfechtung nach Art. 4 noch zu einem Schadenersatzanspruch.[104]

Zusammenfassend lässt sich dieses Informationsgebot inhaltlich auf die Informationen festlegen, die „wichtige Vertragsumstände" nach Art. 4 betreffen.

Falls der Unternehmer diese vorsätzlich verschweigt und dabei ein entsprechendes vorvertragliches Verhalten nach Art. 4 Abs. 2 Shôhisha keiyaku-hô (hinten lit. c. cc) zeigt, steht dem Verbraucher das allgemeine Anfechtungsrecht zu. Das bedeutet allerdings, dass er den Willen des Unternehmers zum Verschweigen nachweisen muss. Eine selbständige Pflicht zur Information mit einem Anfechtungsrecht bei deren Verletzung statuiert das Informationsgebot nach Art. 3 wie erwähnt nicht.

3. Würdigung

Zunächst ist also zu prüfen, ob die dem Verbraucher mitgeteilte Tatsache objektiv oder nur subjektiv falsch war. Erst eine objektiv falsche Tatsache ist nach herrschender Auffassung geeignet, den Verbraucher irrezuführen und berechtigt zur Vertragsanfechtung nach Art. 4 Abs. 1 Ziff. 1 Shôhisha keiyaku-hô. Würdigt man die dargelegten Beispiele, so ist der Auffassung in der Literatur zuzustimmen, dass ein nur vermeintlich höherer Schuhabsatz oder ein vermeintlich interessanter Film oder ein vermeintlich höheres Haus noch keine objektiv falschen Tatsachen sind. Erst, wenn ein vom Verbraucher unabhängiger sachlicher Hinweis besteht, wie im Falle des Hauses beispielsweise die Pläne der Umgebung, ergibt sich ein objektives Beurteilungskriterium, ob eine Tatsache falsch oder unwahr ist.

Wie bereits erwähnt, kann es aber auch hier zu etwas schwierigeren Abgrenzungsbeispielen kommen. Ist der gekaufte Fisch nicht frisch, so ist das grundsätzlich objektiv feststellbar, da er in diesem Fall übel riechen wird. Im schlimmsten Fall wären Fäulnismoleküle nachzuweisen.

Ist der Fisch aber nur nicht frisch genug, um roh gegessen zu werden, so kann nicht mehr objektiv festgestellt werden, dass der Fisch nicht „frisch" in diesem Sinne ist. Die Empfindlichkeit der Käufer dürfte hier stark variieren. Selbst wenn der Käufer einen entsprechenden Wunsch nach frischem Fisch äusserte, bleibt diese Bandbreite der Empfindungen bestehen.

Man könnte dieses Beispiel aber ebenso richtig als Anwendungsbeispiel eines „Verschweigens nachteiliger Tatsachen" nach Art. 4 Abs. 2 Shôhisha keiyaku-hô beurteilen und der Wille zum Verschweigen (des Unternehmers) oder zum Ignorieren entsprechenden vorvertraglichen Verhaltens

[104] Chikujô Kaisetsu (Kurzkommentar), 57; *Yamamoto*, FS Rebbinder, 824.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

(das Gespräch am Tresen über das Sushi-Essen) müsste dann vom Verbraucher bewiesen werden und wäre nicht sehr hilfreich.

Ist die „Irreführung" erst einmal nachgewiesen, so muss noch dargelegt werden, dass sie „wichtige Vertragsumstände" betrifft. Die erläuterten Beispiele zu den „wichtigen Vertragsumständen" zeigen die Vielfalt. Handelt es sich wie beim Beispiel des schwarzen Telefons um einen Umstand, der ein Motiv – genauer, das Motiv ein Telefon zu kaufen, weil man glaubt, das alte sei nicht mehr brauchbar – zum Vertragsschluss betrifft, so geht mindestens ein Teil der Lehre davon aus, dass ein „wichtiger Vertragsumstand" im Sinne von Art. 4 vorliegt, wenn das Motiv Voraussetzung des Vertragsschlusses ist.[105] Vom Wortlaut des Gesetzes her, ist diese Auffassung durchaus vertretbar, vom Gebot des möglichst weiten Anwendungsbereichs zu Gunsten des Verbrauchers richtig und vom allgemeinen Verbraucherschutzgedanken nach Art. 1 Shôhisha keiyaku-hô her sogar gefordert.

Aufgrund der übrigen Beispiele, die als „wichtige Vertragsumstände" anerkannt werden, sei es die richtige Software A oder der muttersprachige Lehrer oder der künftige Wert der Ware oder das Vorliegen einer Spezialbewilligung, lässt sich schliessen, dass alle diese „wichtigen Vertragsumstände" sowohl das Motiv des Verbrauchers zum Vertragsschluss als auch die Eigenschaft der Sache/Person betreffen können.[106] Bekanntlich ist auch die Vorstellung über eine Eigenschaft nichts anderes als ein Motiv, so dass sich hier zwanglos behaupten lässt, dass je nach dem, was gewöhnlich Einfluss auf die Entscheidung des Verbrauchers hat, sei es das Motiv oder die Eigenschaft oder sonst ein Umstand, ein „wichtiger Vertragsumstand" vorliegt oder nicht.[107]

Zumindest dann, wenn diese Umstände bei Vertragsschluss thematisiert würden, sei es als Inhalt des Vertrags [108] oder als „Vertragsvoraussetzung"[109], müssten auch Motive als „wichtige Vertragsumstände" gelten.[110] *Dies sind Lehrmeinungen, die an die Motivirrtumstheorie (insbesondere die Theorie der getrennten Behandlung) erinnern.*

Damit dürfte ein Grund für die heftige Kritik an dieser neuen, allzu offenen Generalklausel des Verbrauchervertragsgesetzes nachvollziehbar

---

[105] *Yamamoto Yutaka*, Hôgaku Kyôshitsu Nr. 242 (2000) 89 ganz unten, 90.

[106] Denkt man an den Eigenschaftsirrtum, den Prototyp des ausnahmsweise beachtlichen Motivirrtums, ist das nicht weiter erstaunlich.

[107] Kommentar des Anwaltsverbands, 49 f.: "dôki ni kan suru jûyô jujitsu" = Motive, die wichtige Tatsachen betreffen; *Okino*, NBL Nr. 685 (2000) 18, der die Frage aufwirft, ob unter die Generalklausel "wichtige Vertragsumstände" nicht einfach die Tatbestände des "Motivirrtums" fallen würden; *Yamamoto*, Kinhô Nr. 1596 (2000) 11 f.

[108] Kommentar Anwaltsverbands, 49f, insb. Fn 8.

[109] *Yamamoto Yutaka*, Hôgaku Kyôshitsu Nr. 242 (2000) 89 ganz unten, 90.

[110] Handbuch des Anwaltsverbandes, 49 f., insb. Fn 8.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

sein.[111] Ein Vergleich zur ebenso offenen Generalklausel der Irrtumsregelung (Art. 95 Minpô), dem „wesentlichen Vertragsgegenstand" (Yôso), drängt sich an dieser Stelle geradezu auf. Zunächst werden aber noch die anderen wichtigen japanschen verbraucherschützenden Vertragslösungsrechte untersucht.

Positiv am Shôhisha keiyaku-hô hervorzuheben sind jedoch aus Verbrauchersicht drei Dinge: 1.) die gesetzliche Regelung des strukturellen Ungleichgewichts der Parteien in Bezug auf die Informationsquantität und -qualität, 2.) die sehr offene Formulierung des Verbraucherverhältnisses und 3.) die Statuierung wichtiger allgemeiner Aufklärungspflichten, d.h. nur wahre Tatsachen mitzuteilen und unwahre Tatsachen nicht zu verheimlichen und keine falschen Prognosen zu stellen.

C. Cooling-off-Regelungen

1. Begriff und rechtliche Gestalt der Cooling-off-Regelungen

Im japanischen Recht wurde in Anlehnung an das englische Recht der anschauliche Begriff der *Cooling-off-Regelung* (クーリング・オッフ, kûringu-ofu) übernommen.[112]

Mit der Cooling-off-Regelung wird dem Vertragsschliessenden eine zeitlich beschränkte Möglichkeit eingeräumt, seinen Vertrag in „abgekühltem Zustand", also in Ruhe, nochmals zu überdenken. Innert einer bestimmten Bedenkfrist seit dem Vertragsschluss kann der Verbraucher daher *voraussetzungs- und bedingungslos* und ohne nachteilige Konsequenzen eine Vertragserklärung oder einen Vertragsantrag zurückzunehmen.[113] Zweck des eingeräumten Rechts ist es, sicherzustellen, dass der Verbraucher die nötige Zeit und Information erhält, um beurteilen zu können, ob er den Vertrag eingehen möchte oder nicht.[114]

---

[111] Handbuch des Anwaltsverbandes, 49 f.

[112] Die Einführung der japanischen Cooling-off-Regelungen geht letztlich auf die englische Gesetzgebung der 1960er Jahre zurück, *Kawakami*, Hôgaku Nr. 6, Bd. 60 (1997) 1184; *Kondo*, Hôgakkai Zasshi Nr. 1, Bd. 35 (1994) 403; *Ômaru*, Shôhisha, 77 ff. Fremdwörter werden im Japanischen allgemein mit den ähnlich lautenden „Kata kana" (= „entliehenen") Silbenschriftzeichen geschrieben. Zur englischen Gesetzgebung, von Hippel, 5 ff.

[113] Handbuch zu den bes. Geschäftsformen, 21 f., 61; *Kawakami*, Hôgaku Nr. 6, Bd. 60 (1997) 1178; ders. Hôgaku Seminâ Nr. 10, Bd. 610 (2005) 91; Itô, 149 f.

[114] Die einen Lehrmeinungen betonen eher das Recht auf die freie Willensbildung des Verbrauchers (*Maruyama*, Hôgaku Ronshu Nr. 9, Bd. 79 (2000) 2; *Itô*, 124), eine andere Lehrmeinung betont mehr allgemeine Gerechtigkeitsüberlegungen (*Kondo*, Hôgakkai Zasshi Nr. 1, Bd. 35 (1993) 405 f.).

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Cooling-off-Regelungen umfassen neben dem Widerrufsrecht (撤回権, tekkai ken) auch andere Vertragslösungsrechte, beispielsweise das Rücktrittsrecht (解除権, kaijô ken), ein Rückgaberecht oder eine Verzichtserklärung.[115] Im Gesetz tritt die Cooling-off-Regelung meist als Widerrufs- oder Rücktrittsrecht auf[116], wobei die Rücknahme des Antrags als Widerrufsrecht und die Rücknahme des Vertrags als Rücktrittsrecht geregelt sind.[117] In der Lehre besteht über die juristischen Qualifikationen dieser „Cooling-off-Regelungen" keine Einigkeit:[118]So werden diese beispielsweise als ein „besonderes Rücktrittsrecht" qualifiziert,[119] oder es kann vor dem Vertragsschluss als Widerrufsrecht und nach dem Vertragsschluss als Rücktrittsrecht angesehen werden.[120]

Einig ist sich die Lehre heute über drei inhaltliche Punkte des Rechts: Es handelt sich um ein Vertragslösungsrecht, das an eine Bedenkfrist gebunden ist, ansonsten aber voraussetzungslos geltend gemacht werden kann, und das bewirkt, dass in der Folge die abgegebene Willenserklärung bzw. der Vertrag nicht mehr existieren.[121]

---

[115] *Kawakami*, Hôgaku Nr. 6, Bd. 60 (1997) 1185, 1195; konkrete Beispiele sind Art. 4 Abs. 3 des Abzahlungskaufgesetzes oder Art. 9 Abs. 1 Tokutei shô torihiki Hô zum Haustürgeschäft, die das "Widerrufsrecht" bezüglich des Vertragsantrags und das "Rücktrittsrecht" vom Vertrag regeln. Der Begriff des Cooling-off taucht in den Gesetzen nicht auf.

[116] *Kawakami*, Hôgaku Nr. 6, Bd. 60 (1997) 1201; es handelt sich daher auch um eine Notwendigkeit des Verbraucherschutzes, *Kondo*, Hôgakkai Zasshi Nr. 1, Bd. 35 (1993) 404 f.

[117] Saitô, tâtonnement Nr. 2 (1998) 228; *Kawakami*, Hôgaku Nr. 6, Bd. 60 (1997) 1216, das Widerrufsrecht bezüglich des Antrags（申込みし込みの撤回）umfasst auch die Annahme des Vertrags. Die gesonderte Erwähnung des Antrags ist insofern wichtig, als unklar sein kann, ob ein Konsens vorliegt.

[118] Handbuch zu den bes. Geschäftsformen, 221 f. m.w.H.; *Ojima*, 174; *Saitô*, tatônnement 2 (1998) 228 ff., 230; *Kawakami*, Hôgaku Nr. 6, Bd. 60 (1997) 217; *Itô*, 132 f.; *Kondo*, Hôgakkai Zasshi Nr. 1, Bd. 35 (1993) 405 ff., 410 f. Es besteht jedoch heute Einigkeit, dass im Falle eines Vertragsschlusses (d.h. Dissens ist stets zu prüfen) die Cooling-off-Regelung ein Vertragslösungsrecht einräumt.

Zuvor wurde eine ähnliche Diskussion um die konkrete Rechtsnatur des Cooling-off geführt, wie in Deutschland im Zusammenhang mit den verbraucherschützenden Widerrufsrechten (und wie es nach altem Recht § 361a,b BGB a.F. auch galt). Es handelt sich dabei grob umrissen um die Frage, ob der Vertrag (bei einem Konsens) während der Cooling-off-Frist zu Stande gekommen ist (Lehre von der Vertragslösung) oder ob er erst nach Ablauf der Frist zu Stande kommt (Lehre von der „schwebenden Wirksamkeit"; w: Lehre von der während der Bedenkfrist andauernden Willenserklärung), *Itô*, 132 f.; *Saitô*, tâtonnement Nr. 2 (1998) 228 f.; *Kondo*, Hôgakkai Zasshi Nr.1, Bd. 35 (1993) 408 ff.

[119] *Itô*, 132 ff., 134.

[120] *Ojima*, 174.

[121] *Itô*, 149 f.; *Maruyama*, Hôgaku Ronshu Nr. 9, Bd. 79 (2000) 1, ausführlich zu den Rechtsfolgen des Cooling-off, 12 f.; *Ojima*, 174;*Yamamoto*, Keiyaku, 385.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Zusammenfassend passt der Begriff der Cooling-off-Regelung damit sprachlich und inhaltlich vortrefflich auf dieses moderne japanische verbraucherschützende Vertragslösungsrecht und hat erst noch den Vorteil, dass er von der ganzen Welt verstanden wird.[122] Das ändert aber nichts daran, dass von der Sache her die Cooling-off-Regelungen den verbraucherschützenden Widerrufsrechten i.S. des deutschen (§§ 312 BGB) und schweizerischen (Art. 40a ff. OR) Rechts entsprechen. [123] Regelmässig wird der Begriff der Cooling-off-Regelung von der japanischen Lehre daher mit „Widerrufsrecht" übersetzt,[124]was nach dem soeben Ausgeführten eigentlich nicht ganz richtig ist.
Statt von „Cooling-off-Regelungen", die eines der erwähnten Vertragslösungsrechte einräumen, wird im Folgenden metaphorisch bzw. abkürzend auch von „Cooling-off-Recht" die Rede sein.

2. Zahlreiche Cooling-off-Regelungen in der japanischen Privatrechtsordnung

In der japanischen Privatrechtsordnung existieren zahlreiche Cooling-off-Regelungen, die in den verschiedensten Sondergesetzen geregelt sind:[125]
Das bereits erwähnte *Gesetz über den Abzahlungskauf* statuiert für alle Abzahlungskäufer einer Sache, eines Rechts oder einer Dienstleistung in Art. 4-4[126]ein Cooling-off-Recht innert 8 Tagen seit Vertragsschluss, sofern dieser ausserhalb der Geschäftsräume geschlossen wurde und es sich um ausgewiesene Waren oder Dienstleistungen handelt.[127] Zudem existieren Cooling-off-Rechte in Art. 29-3-3 für den drittfinanzierten Abzahlungs-

[122] *Kawakami*, Hôgaku Nr. 6, Bd. 60 (1997) 1178 ff., 1185 ff.

[123] *Ukon*, Doshisha Hôgakkai Vol. 55 No. 4, 250.

[124] Z.B. wird im westlichen Index von Hôgaku Nr. 6, Bd. 60 (1997) 1178 ff. Kawakamis Aufsatz zum „Cooling-off" zu Deutsch mit „Widerrufsrecht" übersetzt. Gemeint ist natürlich ein verbraucherschützendes Widerrufsrecht. Im japanischen Zivilrecht finden sich nämlich auch klassische Widerrufsrechte, die nicht zeitlich beschränkt sind: z.B. der Widerruf einer Schenkung, sofern diese nicht schriftlich war (Art. 550 Minpô) und der Widerruf einer Preisausschreibung (Art. 530 Minpô).

[125] Aktuelle Übersicht bei *Kawakami*, Hôgaku seminâ, Nr. 10, Bd. 610 (2005) 91 f.; *Moriyama*, Hôgaku Ronshu Bd. 79 (2000) 1 f.

[126] Diese Schreibweise von Gesetzen heisst auf Japanisch „Eda-bango" (w: Glied-Ziffer) und bezeichnet einen neuen Zusatz- bzw. Unterartikel, vergleichbar etwa mit den später im OR eingeführten Bestimmungen zur „Zusendung unbestellter Ware", Art. 6a OR. In casu könnte also entsprechend mit Art. 4d, Art. 29c Abs. 3 und Art. 30b Abs. 3 Abzahlungskaufsgesetz übersetzt werden. Da dies nicht sehr übersichtlich erscheint, wird für die neueren Gesetzesbestimmungen an der japanisch gebräuchlichen Schreibweise im Text festgehalten.

[127] *Yamamoto*, Keiyaku, 384 ff.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

kaufvertrag[128] und in Art. 30-2-3 für den vermittelten Abzahlungsvertrag.[129] Weitere Cooling-off-Rechte erlauben die Auflösung von diversen *inhaltlich folgenschweren Verträgen*[130], etwa, *weil diese besonders komplex, kostspielig oder auf eine lange Dauer angelegt sind*: z.B. Art. 37 Abs. 2 des Gesetzes zum Geschäftsverkehr mit Baugrund und Gebäuden,[131] der eine Cooling-off-Regelung für den Käufer vorsieht, wenn der Verkäufer ein Unternehmer ist und der Vertragsschlussort ein anderer gewesen ist als der gesetzlich vorgesehene. Erwähnenswert ist auch das Cooling-off-Recht des Gesetzes zum Geschäftsverkehr mit Versicherungen, das in Art. 309 eine Vertragsauflösung innert 8 Tagen nach der Stellung des Versicherungsantrags erlaubt und ausserdem allgemeine Bestimmungen zur Ausübung und zu den Rechtsfolgen dieses Widerrufsrechts enthält.[132] Kulturell interessant ist die Cooling-off-Regelung von 8 Tagen seit Vertragsschluss nach Art. 12 des Gesetzes über die Rechtmässigkeit von Golfclubmitgliedschaften und u.a. Mitgliedschaften, die einen Mitgliederbeitrag von 500'000.- Yen (ca. CHF 6'000.-) übersteigen.[133]

Es finden sich weiter Cooling-off-Rechte im Zusammenhang mit *Finanz- und Anlagegeschäften*: z.B. Art. 40 des Gesetzes über das Bausparwesen[134] oder Art. 8 des Gesetzes über Depositgeschäfte mit besonderen Waren und Rechten (z.B. Nutzungsrechte), die ein Widerrufsrecht von 14

---

[128] Art. 2 Abs. 2 Abzahlungskaufgesetz: ローン提携販売 (rôn tekei hanbai) w: Erwerb mit Darlehen in Kooperation; Rapp spricht von „ kooperativem Finanzkauf", 74 ff., 84 f.

[129] *Yamamoto*, Keiyaku, 384 f., insb. Fn 135; Art. 2 Abs. 3 Abzahlungskaufgesetz: w: „Mitgliedschaft zur Vermittlung von Ratenkäufen", 割賦購入あっせん (kappu kônyû assen); zwischen Verkäufer und drittem Kreditgeber besteht ein Mitgliedschaftsvertrag und zwischen Drittem und Käufer eine Vereinbarung zur stellvertretenden Zahlung mit oder ohne Kreditkartenausgabe; *Rapp* spricht von „vermitteltem Finanzkauf" 76 f., 84 ff. In der Praxis stehen die kreditfinanzierten Geschäfte im Vordergrund.

[130] *Maruyama*, Hôgaku Ronshu Nr. 9, Bd. 79 (2000) 6, generell unterteilt sie die Cooling-off-Rechte, in solche, die wegen der Einflussnahme bei Geschäftsabschluss und solche, die wegen des Ortes des Vertragsschlusses nötig sind, 15 f.

[131] 宅地建物取引業法 (takuchi tatemono torihiki gyô-hô) vom 10.6.1950/Nr. 176; *Yoshioka*, 94.

[132] 保険業法 (hoken gyô-hô) vom 5.7.1995/Nr. 105.

[133] Es besteht oft eine starke gesellschaftliche Verpflichtung, mit den Vorgesetzten und den Arbeitskollegen Golf zu spielen und damit ein Druck, einem kostspieligen Golfclub beizutreten. ゴルフ等会員権契約適正化法 (gorufu tô kaiin ken keiyaku tekiseikahô), Hinweis zu diesem Gesetz im Handbuch zu den bes. Geschäftsformen, 679, *Maruyama*, Hôgaku Ronshu Nr. 9, Bd. 79 (2000) 2.

[134] 積立式宅地建物販売業法 (tsumitate shiki takuchi tatemono hanbai gyô-hô) w: Gesetz zum Geschäftsverkehr mit Grundstücken und Liegenschaften mit Ersparnis von 1971/Nr.111, ältere Übersicht bei *Yoshioka*, 96.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Tagen vorsehen.[135] Art. 17f. des Gesetzes über die Anlageberatergeschäfte mit Wertpapieren sieht zwar kein voraussetzungsloses Widerrufsrecht vor, jedoch ein Rücktrittsrecht innert 10 Tagen, wenn der gesetzlich vorgeschriebene Vertragsinhalt nicht eingehalten wurde. Ausserdem wird in Art.15f. geregelt, was zum minimalen Vertragsinhalt gehören soll und worüber vor Vertragsschluss informiert werden muss.[136]

Besonders wichtig für den Verbrauchervertragsschutz sind die Cooling-off-Regelungen des Tokutei shô torihiki-hô,[137] auf die im Folgenden eingegangen wird.

3. Cooling-off-Regelungen des Tokutei shô torihiki-hô

a) Regelungszweck und -rahmen des Tokutei shô torihiki-hô

Das Tokutei shô torihiki-hô ist ein Sondergesetz des Privatrechts und bedeutet übersetzt das „Gesetz über besondere Geschäftsformen".[138]

Es ist auf besonders geregelte Geschäftsformen anwendbar, die zwischen Unternehmern und ihren Kunden im Gewerbe (Art. 1)[139] auftreten können. Gemäss Lehre regelt das Tokutei shô torihiki-hô jedoch *ausschliesslich besondere Formen von Geschäften mit Sachen, Dienstleistungen und Rechten zwischen Unternehmern und Verbrauchern.*[140] Das Tokutei shô torihiki-hô ist damit wie das Shôhisha keiyaku-hô heute ein Verbraucherschutzgesetz.[141] Es ist deshalb verwirrend, wenn es mit „Gesetz über bestimmte Handelsgeschäfte" oder mit „Gesetz über besondere Formen des Warenhandels" übersetzt wird.

Die Regelungen des Gesetzes betreffen besondere Formen des Geschäftsverkehrs, denen gemeinsam ist, dass sie beim Kunden ein nicht vorhandenes Kaufinteresse wecken, aufrechterhalten oder ein solches verstär-

---

[135] 特定商品預託取引法 (tokutei shôhin yotaku torihiki-hô) vom 25.5.1985/Nr. 65 i.d.F. 1990/Nr. 160.

[136] Gesetz vom 21.5.1985/Nr. 74 i.d.F. 2003/Nr. 54.

[137] 特定商取引法 (Tokutei shô torihiki hô) 2000/Nr. 120, i.d.F. 2004/Nr. 44, vgl. Auszüge im Anhang VIII; zur Gesetzesänderung von 2000 vgl. *Janssen*, ZJapanR 11 (2001) 264 f. und weiterführende Übersetzung von *Vogt*, Anhang II bei *Kühlkamp*.

[138] w: Gesetz über besondere Handelsgeschäfte; so bei *Nakata*, ZJapanR 19 (2005) 234 „Gesetz über bestimmte Handelsgeschäfte"; *Kühlkamp*, 45 ff. „Gesetz über besondere Formen des Warenhandels": Letzteres trifft auch insofern nicht vollständig zu, als es sich auch um Geschäfte über Rechte und Dienstleistungen handelt.

[139] 顧客 (kokyaku), dt.: der „Kunde", umfasst rein sprachlich auch die Unternehmer.

[140] Handbuch zu bes. Geschäftsformen, 22, 65, 553 m.w.H. Im Detail begründet wird dies mit der Auslegung von Art. 26 Abs. 1 Ziff. 1, der das Vertragslösungsrecht beim „Kettenvertrag" betrifft und eine Ausnahme vom Anwendungsbereich statuiert, für den Fall, dass es sich um einen Vertrag handelt, der zum Zwecke eines Gewerbes bzw. als Gewerbe geschlossen werden soll: „営業のために若しくは営業として締結" (eigyô no tame ni moshiku wa eigyô toshite teiketsu).

[141] Handbuch zu den bes. Geschäftsformen, 22, 553 f.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

ken sollen. Regelungsgegenstand des Gesetzes ist damit entweder die Art dieser Geschäfte aus Kunden- bzw. Verbrauchersicht und in den meisten Fällen die angewendete Vertriebsmethode oder der Vertragsinhalt.[142]

Gesetzeszweck ist in Bezug auf diese besonderen Geschäftsformen der Schutz des Erwerbers und der faire Geschäftsverkehr (Art. 1, vgl. Anhang VIII). Das Gesetz definiert dann in Art. 2 die besonderen Geschäfte, und im 2. Kapitel folgen detaillierte Regelungen zu den Verbrauchervertragsschlüssen an der Haustüre (Art. 3 ff.)[143], im Fernabsatz (Art. 11 ff.)[144] oder durch Telefonanwerbung (Art. 16 ff.).[145] Im 3. Kapitel sind die so genannten „Kettengeschäfte" geregelt (Art. 33 ff.).[146] Im 4. Kapitel folgen die Regelungen zu den besonderen Dauerschuldverträgen (Art. 48 ff.), und im 5. und letzten Kapitel sind die Geschäfte geregelt, die durch ein professionelles Anwerben durch Aussichten auf eine Erwerbstätigkeit entstanden sind (Art. 51 ff.).[147] Einzig im Fall der Dauerschuldverhältnisse steht nicht primär die Vertriebsmethode, sondern der Inhalt des Geschäfts, genauer die Dauer, im Vordergrund.[148] Zusammenfassend handelt es sich also um besonders geregelte *verbrauchersensible Geschäftsformen*, für die das Gesetz neben einer Definition, der Umschreibung des Anwendungsbereichs und der Regelung gewisser Informationspflichten spezielle zivilrechtliche Vertragslösungsrechte regelt: Das sind einerseits die Cooling-off-Rechte, andererseits die Anfechtungsrechte, die zur Verfügung stehen, falls der Unternehmer „verbotenerweise" gehandelt und damit die Verbraucher irregeführt hat.

Wichtig ist ausserdem, dass das Tokutei shô torihiki-hô in *dreifacher Hinsicht für eine Information der Verbraucher sorgt*:

1.) Es statuiert für die besonderen Geschäftsformen allgemeine Informationspflichten für den Unternehmer. Dieser hat seinen Namen und das Ziel seiner Anwerbung sowie den Vertragsgegenstand offen zu legen (Art. 3, Art. 16, Art. 33 Abs. 2, 51 Abs. 2 Tokutei shô torihiki-hô).

---

[142] *Marayama*, Hôgaku Ronshu Nr. 9, Bd. 79 (2000) 3.

[143] 訪問販売 (hômon hanbai).

[144] 通信販売 (tsûshin hanbai).

[145] 電話勧誘販売 (denwa kanyû hanbai), w: Geschäft durch telefonische Werbung.

[146] 連鎖販売 (rensa hanbai), w: „Kettenverkauf". Die Geschäftsform entspricht den Geschäften der so genannten progressiven Kundenwerbung.

[147] 業務提供誘引販売取引 (gyômu teikyô yûin hanbai torihiki), w: Geschäft durch Anwerbung mit gewerblichem Angebot.

[148] A.A. *Marayama*, Hôgaku Ronshu Nr. 9, Bd. 79 (2000) 3, 6 f., für die bei den „Kettengeschäften" auch der Vertragsinhalt im Vordergrund steht. Das zeigt, dass die Grenzen zwischen Vertriebsform und Vertragsinhalt fliessend sind. In jedem Fall kann hier nicht, wie im deutschen Recht, mit Widerrufsrechten bei „besonderen Vertriebsformen" (§§ 312 BGB) übersetzt werden.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

2.) Nach dem erfolgten Anwerben eines Kunden oder allgemeiner dem ersten Geschäftskontakt, ist der Kunde vom Unternehmer bis und mit Vertragsangebot bei jedem besonderen Geschäft mit schriftlichen Unterlagen zu versorgen (Art. 4, 18, 37, Art. 42 Tokutei shô torihiki-hô). Diese Unterlagen müssen Angaben über den Vertragsgegenstand, den Preis, die Zahlungs- und Lieferfristen, die Zahlungsart und das Cooling-off-Recht aufweisen. Zivilrechtlich von Bedeutung ist, dass die Cooling-off-Frist an diese korrekten Angaben geknüpft wird.

3.) Das Tokutei shô torihiki-hô listet daneben für die einzelnen Geschäftsformen je einzeln „verbotene Handlungen" des Unternehmers auf (Art. 6, Art. 21, Art. 34, Art. 42), bei deren Missachtung der Verbraucher zur Anfechtung des Vertrags berechtigt wird (auf diese wird unter dem Titel der *besonderen Anfechtungsrechte* eingegangen). Inhaltlich handelt es sich um Verbote bezüglich des Mitteilens unwahrer Tatsachen und neu auch bezüglich des Unterdrückens von Tatsachen, die wichtig für den Vertragsschluss sind.[149]

Ein Verstoss gegen die „verbotenen Handlungen" wird *ausserdem verwaltungs- und strafrechtlich sanktioniert* (Art. 7, 8, 70 ff. Tokutei shô torihiki -hô).

Ausserdem regelt das Tokutei shô torihiki-hô für die Kettengeschäfte (Art. 40-2) und die Geschäfte über die besonderen Dauerschuldverhältnisse (49 Abs. 1) zusätzlich ein jederzeit ausübbares besonderes „Rücktrittsrecht"[150], das nach deutsch-schweizerischem Verständnis von Dauerschuldverhältnissen jedoch besser als *Kündigungsrecht ex nunc* bezeichnet wird.

Im Folgenden wird das Cooling-off-Recht bei Haustürgeschäften exemplarisch für alle anderen besonderen Geschäftsformen dargestellt, denn alle im Tokutei shô torihiki-hô statuierten Cooling-off-Rechte unterscheiden sich in ihrer Rechtsnatur, Ausübung und Wirkung grundsätzlich nicht. Auf geschäftsspezifische Besonderheiten wird jedoch eingegangen.

b) Cooling-off-Recht bei Haustürgeschäften

Das Haustürgeschäft u. Ä. ist in Art. 2 Abs. 1 Tokutei shô torihiki-hô wie folgt umschrieben: Wenn ein Unternehmer eine Ware, eine Dienstleistung oder ein Recht ausserhalb seiner Geschäftsräumlichkeiten oder seiner Agentur oder ausserhalb anderen durch Regierungsverordnung zu bestimmenden Orten anbietet und es dort zu einem Vertragsschluss kommt (Ziff. 1), handelt es sich um ein Haustürgeschäft. Die Bestimmung erwähnt zwar

[149] In Anlehnung an das Anfechtungsrecht nach Verbrauchervertragsgesetz.
[150] 解除 (kaijô).

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

nicht, wem etwas an der „Haustüre" angeboten werden muss, doch handelt es sich, wie bereits erwähnt, um Verbraucher.[151]

Nach Art. 1 Nr. 1 der besagten Verordnung liegt ausserdem kein Haustürgeschäft vor bei Rechtsgeschäften an Strassenverkaufsständen, Buden und in Ausstellungslokalen.[152]

Diesen negativ definierten Haustürgeschäften gleichgestellt werden auch gewisse Geschäftsformen, die innerhalb der erwähnten Räumlichkeiten des Unternehmers geschlossen werden, sofern eine besondere Vertriebspraktik angewendet wird (Ziff. 2): Gemeint sind die so genannten „Catch-sale"-Geschäfte, die darauf beruhen, dass der Verbraucher zwar an einen Ort ausserhalb der Geschäftsräumlichkeiten gerufen, dann aber in einen Geschäftsraum geführt wird (z.B. mit der Aufforderung, an einer Umfrage teilzunehmen oder mit dem Angebot, schnell einen Hauttest zu erstellen).[153] Ebenfalls hierunter subsumiert werden die so genannten „Appointment-sale"-Geschäfte, die bei einem von Unternehmerseite angeregten Treffen zu Stande kommen, bei dem die Verkaufsabsicht des Unternehmers vorgängig verschwiegen wurde (auch so genannte „Homeparty"-Geschäfte[154]) oder zu dessen Heim mit besonders vorteilhafter Ware oder Geschenken gelockt wurde.[155] Unerheblich ist dabei, mit welchen Mitteln zum Besuch angeregt wurde (durch Brief, Telefonat, Mail oder Fax).[156] Voraussetzung ist jedoch stets ein Vertragsantrag oder ein Vertragsschluss.[157] Kein Haustürgeschäft liegt dagegen vor, wenn der Verbraucher den Unternehmer von sich aus in seine privaten Räumlichkeiten bestellt hat.

Lange ist darüber diskutiert worden, ob nicht gewisse Warenvertriebe an der „Haustüre" ganz verboten sein sollen, doch von dieser Idee ist man wieder abgekommen. Was heute unter den bezeichneten Waren, Rechten und Dienstleistungen i.S.v. Art. 2 Abs. 4 Tokutei shô torihiki-hô verstanden wird, ist in der bereits erwähnten Verordnung mit 57 Arten von Waren (von

---

[151] Handbuch zu den bes. Geschäftsformen, 21 f.

[152] 特定商取引法に関する法律施行令, Tokutei shô torihiki-hô ni kasuru horitsu shikkô rei [Verordnung zur Durchführung des Gesetzes über die besonderen Geschäftsformen] vom 24.11.1976/Nr. 295 i.d.F. vom 27.8.2004/Nr. 261 (*zit. Verordnung*), die hier relevanten Auszüge sind auch wiedergegeben im Handbuch zu den bes. Geschäftsformen, 573.

Es gibt aber noch eine zweite Verordnung: 特定商取引法に関する法律施行規, Tokutei shô torihiki-hô ni kasuru horitsu shikkô kisoku [Regeln zur Durchführung des Gesetzes über die besonderen Geschäftsformen] des Wirtschaftsministeriums vom 24.11.1976/Nr.89 i.d.F. vom 27.8.2004/Nr. 87 (*zit. Ministerialverordnung*).

[153] Handbuch zu den bes. Geschäftsformen, 27.

[154] *Kawakami*, Hôgaku Nr. 6, Bd. 60 (1997) 1192.

[155] Handbuch zu den bes. Geschäftsformen, 26 f.

[156] Handbuch zu den bes. Geschäftsformen, 28.

[157] Handbuch zu den bes. Geschäftsformen, 28.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Haustieren über Medikamente bis zu Bildern), mit drei Arten von Rechten (Mitgliedschafts- und Benutzungsrechte von Sportstudios u.a. Wellnessinstitutionen, Veranstaltungsbesuchsrechten und Rechten auf Sprachunterricht) und mit zwanzig Arten von Dienstleistungen (von Gartenarbeiten über das Verleihen von Rechenmaschinen bis zum Kunstunterricht) aufgelistet.[158] Generell handelt es sich um Geschäfte, die im Lebensalltag eines Verbrauchers vorkommen.[159]

Ausgeschlossen ist das Coolings-off-Recht, wenn das Verbrauchsgut bereits verbraucht oder genutzt ist (Art. 9 Abs. 1 Ziff. 2 Tokutei shô torihiki-hô). Diese Einschränkung des Cooling-off-Rechts ist allerdings auf gewisse Güter beschränkt, die nach Verordnung (Art. 4-5) bestimmt sind:[160] Es handelt sich um Gebrauchtwagen[161], tierische und pflanzliche Nahrungsmittel, Medikamente, Insektizide, besonderes Webgut, Kondome, Kosmetika, allgemeine Hygieneartikel (wie Haarbürste), Schuhe, Tapeten. Ist jedoch nur ein einzelnes Stück genutzt oder verbraucht worden und war dieses z.B. Teil eines Sets, so bleibt das Widerrufsrecht in jedem Fall anwendbar.[162]

In jedem Fall muss ein besonderes Geschäft gemäss Tokutei shô torihiki-hô und der erwähnten Verordnung (Art. 5) mindestens 3'000.- Yen (ca. CHF 36.-) gekostet haben (Art. 9 Abs. 1 Ziff. 3 Tokutei shô torihiki-hô).[163] Im Grundsatz soll aber der sachliche Anwendungsbereich des Gesetzes möglichst weit sein.[164]

Das Cooling-off-Recht ist nach Art. 9-2 Tokutei shô torihiki-hô *zwingend auf 8 Tage seit Erhalt der schriftlichen Vertragsunterlagen* festgelegt, inklusive der Mitteilung, dass ein Cooling-off-Recht besteht.[165]

Zu den „verbotenen Handlungen" bei Haustürgeschäften gehört es nach Art. 6 Abs. 1 Ziff. 5, den Verbraucher nicht wahrheitsgetreu über sein Cooling-off-Recht von 8 Tagen zu informieren. Gleichgestellt sind Mitteilungen per Fax oder per Mail.[166]
Wird das Widerrufsrecht gar abbedungen, so ist das ungültig (Art. 9 Abs. 8 Tokutei shô torihiki-hô).

---

[158] Handbuch zu den bes. Geschäftsformen, 31; Liste in Art. 3 der Verordnung ist auf S. 574 ff. abgedruckt.

[159] *Kühlkamp*, 47, Fn 289.

[160] Auszugsweise abgedruckt im Handbuch zu den bes. Geschäftsformen, 587.

[161] Handbuch zu den bes. Geschäftsformen, 76, 219.

[162] Handbuch zu den bes. Geschäftsformen, 75.

[163] Handbuch zu den bes. Geschäftsformen, 63 und der entsprechenden dort abgedruckten Regelung der Verordnung, 587.

[164] *Kawakami*, Hôgaku Nr. 6, Bd. 60 (1997) 1193.

[165] Handbuch zu den bes. Geschäftsformen, 72 f. Es zählt damit der Tag, an dem der Verbraucher die Urkunden erhält, mit, *Kühlkamp*, 48, Fn 296.

[166] Handbuch zu den bes. Geschäftsformen, 77.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Bis der Verbraucher nicht eine schriftliche Urkunde erhalten hat, beginnt diese Frist nicht zu laufen.[167] Es findet zudem eine entsprechende Fristverlängerung statt, wenn der Verbraucher nicht über sein Cooling-off-Recht informiert worden ist.[168] Wurden keine schriftlichen Unterlagen abgegeben oder sind diese unvollständig, so gilt im Zweifelsfall das Widerrufsrecht.[169]

Grundsätzlich ist das Cooling-off-Recht *schriftlich auszuüben*, im Zweifelsfall soll es gemäss Rechtsprechung jedoch auch mündlich ausgeübt Geltung haben.[170] Vorausgesetzt wird in jedem Fall, dass der Verbraucher vom Unternehmer irregeführt oder überrumpelt wurde und er deswegen sein Cooling-off-Recht nicht ausgeübt hat.[171]

Das *Cooling-off-Recht wirkt*, wenn der Verbraucher die schriftlichen Urkunden mit Hinweis auf seine Rechtsausübung abgeschickt hat. Im Gegensatz zu den allgemeinen zivilrechtlichen Bestimmungen (Art. 97 MinpÖ) wird nicht auf den Zugang der Willenserklärung abgestellt.[172] Der Widerruf des einmal ausgeübten Cooling-off-Rechts ist ausgeschlossen. Will der Verbraucher später doch an seinem Vertrag festhalten, so muss er wieder einen neuen Vertrag schliessen.[173]

Rechtsfolgen des Cooling-off sind entweder der Widerruf des Vertragsantrags oder die Auflösung des Vertrags. Mit der Ausübung des Cooling-off-Rechts tritt im Prinzip die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes ein (sog. restitutio in integrum). Das heisst: Alle noch nicht erfüllten Forderungen erlöschen, oder die Ware wird gegen bereits geleistetes Geld zurückerstattet, wobei der Verbraucher keinerlei Schadenersatz schuldet.[174] Allfällig vereinbarte Konventionalstrafen hat er ebenfalls nicht zu leisten, und die Kosten für die Rücknahme des Vertragsgegenstandes muss der Unternehmer übernehmen.[175]

Handelt es sich um eine Dienstleistung, die an einem bestimmten Tag hätte erbracht werden müssen, so ist bereits von der Sache her eine Rückgabe unmöglich.

c) Cooling-off-Recht bei Geschäften durch Anwerbung am Telefon

Das Rechtsgeschäft, das durch ein Anwerben des Verbrauchers am Telefon zu Stande kommt, hat man zunächst im Zusammenhang mit den Haustürgeschäften und dem damals geltenden Gesetz über die Haustürgeschäfte

[167] Handbuch zu den bes. Geschäftsformen, 64.
[168] Handbuch zu den bes. Geschäftsformen, 73.
[169] Handbuch zu den bes. Geschäftsformen, 63.
[170] Handbuch zu den bes. Geschäftsformen, 63, 78 m.w.H. auf die Rechtsprechung.
[171] Handbuch zu den bes. Geschäftsformen, 219.
[172] Handbuch zu den bes. Geschäftsformen, 79.
[173] Handbuch zu den bes. Geschäftsformen, 80.
[174] Handbuch zu den bes. Geschäftsformen, 80.
[175] *Kühlkamp*, 48.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

diskutiert. Es herrschte jedoch die Meinung vor, dass ein Anwerben per Telefon den Verbraucher weniger beeinträchtige als ein Haustürgeschäft. Damit könne es Letzterem nicht gleichgestellt werden. Mit der Revision des Gesetzes über die Haustürgeschäfte von 1999 wurde diese Meinung aufgegeben und ein Cooling-off-Recht aufgenommen für Geschäfte, die durch Anwerben am Telefon zu Stande gekommen sind.[176]

Heute ist dieses Cooling-off-Recht von 8 Tagen in Art. 24 Tokutei shô torihiki-hô geregelt. Das Geschäft, das durch Telefonanwerbung zu Stande kommt, wird in Art. 2 Abs. 3 Tokutei shô torihiki-hô definiert und setzt Folgendes voraus: 1.) Ein Unternehmer ruft per Telefon den Verbraucher an oder lässt diesen anrufen[177], 2.) er oder der Vertreter wirbt dabei für einen Vertrag, worauf 3.) der umworbene Verbraucher per Post oder auf anderem Weg dem Unternehmer einen Kaufantrag zustellt bzw. einem Vertragsschluss per Post oder auf anderem Weg über eine Sache, ein Recht oder eine Dienstleistung zustimmt.[178] Der daraus resultierende Verbrauchervertrag kann ein Ladengeschäft oder wiederum ein Haustür- oder ein Fernabsatzgeschäft sein. Der Verkauf durch Telefonwerbung kann damit nicht mit einem Fernabsatzgeschäft (Art. 2 Abs. 2, Art. 11 ff. Tokutei shô torihiki-hô)[179] gleichgesetzt werden.[180]

---

[176] *Kawakami*, Hôgaku Nr. 6, Bd. 60 (1997) 1193.

[177] Durch eine durch die Ministerialverordnung zu bestimmende Art: Wichtig ist, dass auch Telefonanrufe des Verbrauchers an den Unternehmer unter diese Bestimmung fallen, sofern der Verbraucher vorgängig vom Unternehmer mit verschiedenen Mitteln angeworben worden ist (Post, Telefon, Fax, Flyer u.a. Fernkommunikationsmittel). Handbuch zu den bes. Geschäftsformen, 189. Ein Beispiel wäre eine Nachricht auf dem Telefonbeantworter, dass der Verbraucher den Unternehmer unter einer bestimmten Nummer anrufen solle.

[178] Handbuch zu den bes. Geschäftsformen, 182 ff., 187 f.

[179] 通信販売 (tsûshin hanbai), w. Verkauf auf Korrespondenz, auf Verbindung; a.A. *Kühlkamp*, die mit „Versandhandel" übersetzt, 49. Das Fernabsatzgeschäft ist in Art. 2 Abs. 2 sinngemäss wie folgt definiert: Ein Fernabsatzgeschäft liegt vor, wenn der Unternehmer die fraglichen Sachen, Rechte und Dienstleistungen per Post oder auf andere durch die Ministerialverordnung zu bestimmende Form dem Verbraucher anbietet und es sich nicht um eine Telefonanwerbung handelt.

Fernabsatzgeschäfte sind gemäss der Ministerialverordnung beispielsweise der Katalogverkauf, der Verkauf per Telefonanlagen, Fax und anderen (Fern-) Kommunikationsmitteln, per Fernseher, Geschäfte per Natel, per SMS, Geschäfte per Fax und Telex und die Internetgeschäfte, wobei für Letztere spezielle Bestimmungen gemäss Gesetz zum elektronischen Geschäftsverkehr existieren, Handbuch zu den bes. Geschäftsformen, 124, 573.

[180] Das zeigt auch die Gesetzessystematik, denn die Bestimmungen zum Verkauf durch Telefonwerbung (Art. 16-32) finden sich im 2. Kapitel des Gesetzes unter dem Titel „Haustürgeschäft, Fernabsatzgeschäft und Geschäft durch Telefonwerbung".

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Diese Abgrenzung ist wichtig, weil *nach japanischem Recht kein allgemeines Cooling-off-Recht für Fernabsatzgeschäfte existiert.*[181] Der Grund ist, dass nach herrschender Auffassung der Unternehmer bei einem Fernabsatzgeschäft im Gegensatz zum Haustürgeschäft und der Telefonanwerbung keinen direkten Einfluss auf die Willensbildung des Verbrauchers ausübt. Das Besondere am Fernabsatzgeschäft ist nach japanischer Rechtsauffassung, dass der Verbraucher, will er beurteilen, ob ein Vertrag sich lohnt oder nicht, sich auf die Äusserungen und Werbung des Unternehmers verlassen muss, weil „auf Distanz" keine Überprüfungsmöglichkeiten bestehen.[182]

Die Regelungen zum Fernabsatzgeschäft sind daher *auf die korrekte Werbung des Unternehmers und seiner Vertreter beschränkt* (Art. 11 ff. Tokutei shô torihiki-hô). Erfasst werden dabei auch die unbestellten Werbezusendungen und die Werbung per E-Mail. Ist die Werbung irreführend, so wird dies strafrechtlich sanktioniert (Art.12 Tokutei shô torihiki-hô).

Beim Verkauf durch Telefonwerbung soll dem Verbraucher allgemein ein Cooling-off-Recht zustehen, weil die Werbung am Telefon häufig aufdringlich ist und dadurch das Selbstbestimmungsrecht des Verbrauchers einfach verletzt werden kann. Ausserdem ist es leicht, den Prozess des Vertragsschlusses und den Vertragsinhalt zu verschleiern, so dass die Rechtsbeziehung am Telefon unklar bleibt. Daneben hat der Verbraucher am Telefon oft weder genügend Zeit zum Nachdenken noch eine Kontrolle, ob das, was er sagt, auch richtig wiedergegeben wird.

Sollte etwa ein Haustürgeschäft infolge einer Anwerbung am Telefon zu Stande kommen, so gilt das Cooling-off-Recht bei der Telefonanwerbung nach Art. 24 Tokutei shô torihiki-hô.[183]

d) Cooling-off-Recht bei sog. „Kettengeschäften"

Ein so genanntes „Kettengeschäft" liegt nach Art. 33 Abs. 1 Tokutei shô torihiki-hô vor, wenn das Geschäft dadurch entsteht, dass ein Unternehmer Verbraucher dazu bringt, neue Kunden gegen ein Recht auf Erwerb einer Sache oder eines sonstigen Vorteils anzuwerben, die wiederum neue Kunden anwerben usw., so dass sich die Geschäfte ständig erweitern.[184] Es handelt sich damit um Vertriebsformen der „progressiven Kundenwerbung"[185], die auch dem „Schneeballsystem" ähnliche Geschäfte umfasst.

---

[181] Handbuch zu den bes. Geschäftsformen, 123.
[182] Handbuch zu den bes. Geschäftsformen, 122.
[183] Handbuch zu den bes. Geschäftsformen, 123.
[184] Kettengeschäfte können beliebige aneinandergereihte Verbraucherverträge umfassen, meist wird es sich um Verkaufs-, Vermittlungs- oder Kommissionsverträge handeln.
[185] So *Nakata*, ZJapanR 19 (2005) 237.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Nach japanischem Recht fallen unter den Begriff der „Kettengeschäfte" so genannte *Multi-Geschäftsmethoden*[186] und so genannte *„Rattenfänger"-Geschäftsmethoden.*[187] Bei beiden Vertriebsformen geht es darum, mit Versprechungen oder aufdringlichem Anwerben ein neues Glied im Vertriebssystem anzuwerben und damit das ganze Geschäft möglichst zu erweitern. Durch den E-Commerce hat diese Geschäftsform einen Aufschwung erlebt.[188] Sachlicher Anwendungsbereich der Kettengeschäfte sind alle Arten von Sachen und Dienstleistungsangeboten, wobei das Erzielen von Profiten bei Institutionen und das Recht, eine Dienstleistung zu erwerben, gleichgestellt werden (Art. 30 Abs. 1 Tokutei shô torihiki-hô).

Für diese Geschäftsform ist *ein zwingendes Cooling-off-Recht von ausnahmsweise 20 Tagen* in Art. 40 Tokutei shô torihiki-hô statuiert[189], weil sowohl Vertragsinhalt wie auch Vertriebssystem kompliziert sind. Der Verbraucher benötigt daher mehr Zeit, um seine falschen Annahmen zu erkennen.[190] Das Gesetz präzisiert in Bezug auf die Aktivlegitimation, dass nur Privatpersonen, die das Rechtsgeschäft ausserhalb eines Lokals geschlossen haben bzw. zu diesem angeworben wurden, ein Cooling-off-Recht zusteht. Das Kettengeschäft kann nämlich auch ausserhalb des klassischen Unternehmer-Verbraucherverhältnisses vorkommen. Insbesondere sind die

---

[186] マルチ商法 (maruchi shô hô) in Anlehnung an das Amerikanische, das die sog. „Multi level marketing systems" und „Multi level marketing plans" kennt. Es handelt es sich dabei um eine Vertriebsform, die in den 1960er Jahren in Kalifornien aufkam und Mitte der 1970er Jahre in Japan von 300-500 Gesellschaften betrieben wurde und damals ca. 1 Mio. Geschädigte hinterliess. Diese Vertriebsform ist darauf ausgerichtet, dass der Verbraucher Teil einer Gesellschaft wird, wobei eine strenge Hierarchie in der langen Kette besteht und der Unternehmer an der Spitze der Pyramide (der „General") die Bedingungen aufstellt und Einkaufsrabatte der jeweils Unterstellten bestimmt, die diese erhalten um Teil der Firma zu werden, Handbuch zu den bes. Geschäftsformen, 240 ff.; das „Multi-Level-Marketing" gilt nach europäischem Recht als ein Anwendungsfall des „Schneeballsystems", *Micklitz*, europ. Verbraucherrecht, 361 ff.; *Ômaru*, Shôhisha, 111 f., 348 f.

[187] ねずみ講 (nezumi kô); es handelt sich um die noch etwas ältere Vertriebsform, die dem klassischen „Schneeballsystem" entspricht. Diese Form von „unendlichen" Kettengeschäft ist verboten: 無限連鎖講防止に関する法律, Mugen rensa-kô boshi ni kansuru hôritsu [w: Gesetz zum Verbot des Absatzes mit unendlichen Kettengeschäften] von 1979, *Ômura*, Shôhisha, 349. Im Unterschied zu den hier gesetzlich geregelten Kettengeschäften ist die „Kette" bei dieser Geschäftsart beliebig lang und die in Aussicht gestellten Vorteile werden von Person zu Person grösser, so dass die Absatzmethode definitiv nicht mehr im Vordergrund steht.

[188] Im Jahre 2001 wurden mehr als 18'000 Beschwerdefälle vom Innenministerium registriert, Handbuch zu den bes. Geschäftsformen, 249.

[189] *Kawakami*, Hôgaku Nr. 6, Bd. 60 (1997) 1194. Vor der Gesetzesänderung von 1998 betrug die Widerrufsfrist 14 Tage. Dieses Cooling-off-Recht besteht unter dem alten Gesetz zu den Haustürgeschäften seit 1974.

[190] Handbuch zu den bes. Geschäftsformen, 285.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Grenzen zwischen einem ursprünglich angeworbenen Verbraucher und einem Verbraucher, der sich zum aktiven Unternehmer entwickelt hat, fliessend.

e) Cooling-off-Recht bei Geschäften über besondere Dauerschuldverträge

Ein besonderes Dauerschuldverhältnis liegt nach Art. 41 Abs. 2 Tokutei shô torihiki-hô vor, wenn eine Dienstleistung (oder ein entsprechendes Angebot an Rechten) angeboten wird, die entweder das körperlich-psychische Wohlergehen oder den persönlich-beruflichen Erfolg des Verbrauchers zum Zwecke haben und auf eine gewisse Dauer angelegt sind.[191]

Es fallen heute 6 Arten von Dauerverträge unter diese Bestimmung: 1.) „Körperpflege- und Fitnessangebote" 2.) Fremdsprachenunterrichtsangebote 3.) Heimunterrichtsangebote 4.) private Stützunterrichtsangebote 5.) Computerkurse und 6.) Heiratsvermittlungsdienste. Zusätzlich wird vorausgesetzt, dass die Geschäfte mindestens auf die Dauer von einem Monat eingegangen und mindestens den Betrag von 50'000.- Yen (ca. 600.- CHF) kosten werden.

Bei diesen Dauerschuldverträgen steht dem Verbraucher ein zwingendes *Cooling-off-Recht von 8 Tagen* gemäss Art. 48 Abs. 1 Tokutei shô torihiki-hô zu. Massgebender Zeitpunkt für die Fristberechnung ist wie bei den anderen besonderen Geschäftsformen der Erhalt der schriftlichen Vertragsunterlagen (nach Art. 42 Abs. 2f.). Im Unterschied zu den Haustür- oder Kettengeschäften ist nun aber nicht der Zeitpunkt der Übergabe der schriftlichen Unterlagen vor dem Vertragsschluss massgebend, sondern der Zeitpunkt der Übergabe des Vertrags.

Massgebender Zeitpunkt für die Fristberechnung ist wie bei den anderen besonderen Geschäftsformen der Erhalt der schriftlichen Vertragsunterlagen. Im Unterschied zu den Haustür- oder Kettengeschäften ist nun aber nicht der Zeitpunkt der Übergabe der schriftlichen Unterlagen vor dem Vertragsschluss massgebend, sondern der Zeitpunkt der Übergabe der Vertragsurkunde selbst.[192] (Ausgeübt wird das Cooling-off-Recht ansonsten ebenso wie das Cooling-off-Recht bei Haustürgeschäften. (Es sei auf lit. b verwiesen.)

Oft ist mit diesen Dienstleistungsverträgen noch ein Warengeschäft gekoppelt.[193] Es stellt sich damit die Frage, ob die Cooling-off-Regelung auch diese erworbenen Waren umfasst. Ein solcher Fall liegt etwa vor, wenn der Verbraucher einen Leasingvertrag für die Benutzung der Compu-

[191] Handbuch zu den bes. Geschäftsformen, 335.

[192] Handbuch zu den bes. Geschäftsformen, 375 f.

[193] *Rapp* beschreibt gar einen Fall vor der Verbraucherberatangsstelle in Himeji, bei dem nur die Unterrichtsmaterialien verkauft wurden und der versprochene Privatunterricht gar nicht stattgefunden hatte, 87 f.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

teranlage im Zusammenhang mit dem Computerkurs geschlossen hat. Die Notwendigkeit der sofortigen Auflösung des Leasingvertrags bei der Kündigung des Computerkurses liegt hier auf der Hand. Der Gesetzgeber anerkennt daher nach Art. 48 Abs. 2 Tokutei shô torihiki-hô auch das Cooling-off-Recht für die Verträge über die Waren und Rechte, die im Zusammenhang mit den besonderen Dauerschuldverträgen geschlossen wurden. Dabei ist das Cooling-off-Recht nicht, wie der Gesetzeswortlaut vermuten liesse, auf Kaufverträge beschränkt (購入する, kônyû suru, w: einkaufen), sondern kann, wie das Beispiel des Leasingvertrags zeigt, bei beliebigen Erwerbsverträgen des Verbrauchers ausgeübt werden.[194] Nicht möglich ist es dagegen, nur den Koppelungsvertrag aufzulösen.[195]

f) Cooling-off-Recht bei Geschäften durch Anwerbung mit Aussicht auf eine besondere Erwerbstätigkeit

Letzte im Tokutei shô torihiki-hô besonders geregelte Geschäftsform ist das Rechtsgeschäft, das zu Stande kommt, weil der Unternehmer mit besonderen Erwerbsaussichten für den Verbraucher (w: mit einem gewerblichen Angebot) geworben hat (Art. 58 ff.). Diese besondere Geschäftsform wurde per 2001 in das Tokutei shô torihiki-hô aufgenommen. Es handelt sich um die so genannten „Nebenerwerbs" - und „Monitoring"-Vertriebsmethoden[196], die sich bis Ende 1999 zu einem weit verbreiteten Problem entwickelt hatten.[197]

Mit der *Nebenerwerbs-Vertriebsmethode* bietet der Unternehmer dem Verbraucher eine Nebenerwerbstätigkeit mit Verdienstmöglichkeiten an, wobei der Verbraucher für diese Arbeit seinerseits Waren oder Dienstleistungen u.Ä. erwerben muss. Es kann sich dabei um sehr teure Produkte (einen Computer) oder einen Kurs (einen Computerkurs) handeln. Nachdem der Verbraucher die Waren erworben oder sich zu einem Kursbesuch verpflichtet hat, stellt sich heraus, dass gar keine Nebenerwerbstätigkeit für ihn vorgesehen ist, oder dass diese mit der Zeit abnimmt oder diese nicht den Verdienst abwirft, der versprochen worden war. Als Nebenerwerbstätigkeiten kommen dabei Heimarbeiten wie etwa Schreibarbeiten

---

[194] Handbuch zu den bes. Geschäftsformen, 379. Dieses Cooling-off-Recht gilt auch, wenn die Waren von einer Drittperson oder einer Mittelsperson erworben wurden. Den Unternehmer trifft in jedem Fall die Pflicht, dem Verbraucher deren Anschrift bekannt zu geben.

[195] Handbuch zu den bes. Geschäftsformen, 380.

[196] 内職商法(naishoku shôhô), w: Nebenerwerbshandelsmethode; モニター商法 (monitâ shôhô), „Monitoring"-Handelsmethode, worunter man eine Absatzmethode versteht, die durch eine Angebot zur Marktbeobachtungstätigkeit lockt.

[197] Handbuch zu den bes. Geschäftsformen, 416 m.w.H. auf Statistiken.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

am Computer, das Adressieren von Briefumschlägen oder das Bemalen von Glas in Frage. [198]

Bei der *„Monitoring"-Vertriebsmethode* verkauft der Unternehmer dem Verbraucher relativ teure Waren wie Futons (Bettwaren), Kimonos und wertvolle Gefässe mit der Aussicht, dass er ein „Monitoring"-Mitglied der Unternehmung werde und damit Tätigkeiten wie schriftliche Produkteumfragen übernehmen könne oder gegen die Entrichtung eines Entgelts (so genannte „Monitoring"-Entgelt) an Produkteausstellungen teilnehmen könne. Nachdem der Verbraucher die Sachen gekauft oder den erforderlichen Kurs absolviert hat, entfällt jedoch die in Aussicht gestellte Monitoring-Gelegenheit und damit das in Aussicht gestellte Entgelt.

Zum Schutz der Verbraucher, die eine Erwerbstätigkeit suchen[199], hat der Gesetzgeber eine *Cooling-off-Regelung von ausnahmsweise 20 Tagen* vorgesehen (Art. 58 Tokutei shô torihiki-hô).[200] Diese Frist berechnet sich wiederum ab Erhalt der Vertragsunterlagen und verlängert sich entsprechend, wenn diese nicht vollständig übergeben wurden.[201] (Im Übrigen sei ergänzend auf lit. b verwiesen.)

4. Würdigung

Die Cooling-off-Regelungen sind in der japanischen Privatrechtsordnung sehr weit verbreitet und stehen für den grundlegenden Gedanken, mit der Einräumung einer nachträglichen Bedenkfrist den Verbraucher vor beeinflussenden Methoden der Unternehmer zu schützen und vor schwierigen und folgenschweren Geschäften zu bewahren.

Mit diesen Cooling-off-Rechten wird damit geschäftsbezogen und systematisch die Privatautonomie des Verbrauchers geschützt. Daraus kann geschlossen werden, dass das Cooling-off-Recht nach japanischer Privatrechtsordnung mehr ist als nur ein in einem Sondergesetz besonders geregeltes Vertragslösungsrecht.[202]

Zusammenfassend bestehen nach Tokutei shô torihiki-hô fünf zwingende Cooling-off- Rechte für besonders verbrauchersensible Geschäftsformen, mit denen der Verbraucher innert Frist voraussetzungslos sein Vertragsangebot widerrufen bzw. seinen Vertrag auflösen kann.

Inhaltlich handelt es sich um Beispiele von Kundenbeeinflussung, denn bei allen Geschäftsformen wird die Entscheidung des Verbrauchers beein-

[198] Handbuch zu den bes. Geschäftsformen, 416.

[199] *Kühlkamp*, 53, Fn 314.

[200] Nur für den Verbraucher stehen bei dieser Geschäftsform u.a. die Bestimmungen zum Cooling-off (Art. 58 Abs. 1), das Anfechtungsrecht (Art. 58-2) und die Berufung auf die verbotenen Handlungen (Art. 52, 52-2) zu, Handbuch zu den bes. Geschäftsformen, 432, 466 ff.

[201] Handbuch zu den bes. Geschäftsformen, 468.

[202] *Saitô*, tatônnement 2 (1998) 228.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

flusst, indem er überrumpelt, irregeführt, belästigt, verlockt wird oder sein Gefühl, seine Bedürfnisse oder seine Not, beispielsweise einer Erwerbstätigkeit nachzugehen, ausgenutzt werden. Oft wird es sich auch um unlautere Kundenbeeinflussungen handeln, die auch unter den lauterkeitsrechtlichen Schutz fallen.[203]

Mit den gesetzlich geregelten Cooling-off-Fristen von 8 oder 20 Tagen stehen und fallen diese modernen verbraucherschützenden Vertragslösungsrechte. Das ist zugleich ihr grosser Nachteil, denn es ist fraglich, ob der Verbraucher bei komplizierten „Kettengeschäften" oder Dauerschuldverhältnissen innert der Bedenkfrist alle relevanten Überlegungen auch tatsächlich treffen kann.[204] Es fragt sich grundsätzlich, ob eine Frist massgebende „Richterin"[205] in Sachen Fairness im Verbrauchervertrag sein kann. Wobei der japanische Gesetzgeber dieses Problem insoweit erkannt hat als heute für diese beiden Geschäftsformen unbefristete Kündigungsrechte bestehen.

Sehr wichtig für den Verbraucher ist dagegen die Pflicht des Unternehmers (bzw. dessen Vertreters), den Namen und den Vertragsgegenstand beim ersten Kundenkontakt preiszugeben und dem Verbraucher bis zum Zeitpunkt des Vertragsangebots *schriftliche Vertragsunterlagen* übergeben zu müssen. Diese Unterlagen müssen die im Gesetz aufgelisteten Angaben zum Vertragsgegenstand, zum Preis und sämtlichen Erfüllungsmodalitäten sowie zum Cooling-off-Recht enthalten. Erst nach dem Erhalt der vollständigen Unterlagen beginnen die Cooling-off-Fristen zu laufen.

Wichtig für den Verbraucher ist auch, dass diese Cooling-off-Rechte ohne Nachteile, ohne Schadenersatzpflicht oder Wertersatzpflicht, geltend gemacht werden können.

Die Idee, dieses Gesetz als „Sondertöpfchen" einzusetzen,[206] das besonders schnell je mit den neuesten, problematischen, besonderen Geschäftsformen „gefüllt" werden kann, erscheint heute, neben dem neuen „grundlegenden" Shôhisha keiyaku-hô (Verbrauchervertragsgesetz) und in einer Zeit der „Koordination des Verbraucherschutzes" und des „einheitlichen Verbraucherbildes", insgesamt aber als überholt.

---

[203] Nach jap. UWG Gesetz Nr. 47/1993 (不正競争防止法, fusei kyôsô bôshi hô, dt. in GRUR int. 1993, 754 ff.) werden die unlauteren Geschäftsmethoden und die irreführenden Angaben über Waren jedoch ausschliesslich strafrechtlich sanktioniert, *Negishi*, 399 f.; *Rahn, Gantram*, Das Japanische am japanischen UWG, GRUR int. 1992, 362 ff., 363.

[204] *Marayama*, Hôgaku Ronshu Nr. 9, Bd. 79 (2000) 18.

[205] Oder "Vormund", *Kawakami*, Hôgaku Nr. 6, Bd. 60 (1997) 1178 ff.

[206] *Nakata*, ZJapanR 19 (2005) 234 spricht von „feuerwehrartiger" Gesetzgebung.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

D. Anfechtungsrechte nach Tokutei shô torihiki-hô

1. Anfechtungsrechte nach Tokutei shô torihiki-hô

Der japanische Gesetzgeber scheint jedoch bewusst den umgekehrten Weg gewählt zu haben, denn auf Ende des Jahres 2004 wurden für diese besonderen Geschäftsformen nach Tokutei shô torihiki-hô zusätzliche, *besondere Anfechtungsrechte nach dem Vorbild des bereits untersuchten allgemeinen Anfechtungsrechts nach Art. 4 Shôhisha keiyaku-hô* in Kraft gesetzt. Grund dafür waren die kritisierten Schutzlücken des Shôhisha keiyaku-hô, vor allem in Bezug auf die fehlenden Sanktionen bei Verletzung der Informationspflichten des Unternehmers.

Es steht damit für jede der behandelten besonderen Geschäftsformen neben dem Cooling-off-Recht ein zusätzliches zivilrechtliches Anfechtungsrecht nach Tokutei shô torihiki-hô bereit, sofern der Unternehmer gegen eine der „verbotenen Handlungen"[207] verstossen hat. Diese „besonderen" Anfechtungsrechte nach Tokutei shô torihiki-hô sind in der Absicht der Gesetzesangleichung an das allgemeine Anfechtungsrecht für Verbraucher nach Art. 4 Shôhisha keiyaku-hô erlassen worden.[208] Vorausgesetzt ist deshalb bei allen Anfechtungsrechten für die besonderen Geschäftsformen wie nach Art. 4 Shôhisha keiyaku-hô, dass der Verbraucher vom Unternehmer irregeführt wurde und deshalb den Vertrag geschlossen hat. Der Irreführungstatbestand knüpft bei den besonderen Geschäftsformen an die jeweils ausdrücklich geregelten *„verbotenen Handlungen"* an.

Bei allen besonderen Geschäftsformen handelt es sich dabei entweder um das „Mitteilen falscher Tatsachen" oder um das „Verschweigen nachteiliger Tatsachen".[209] Es kann insofern auf die Ausführungen zum Anfechtungsrecht des Shôhisha keiyaku-hô (insb. lit. B. 2. c) verwiesen werden. Diese besonderen Anfechtungsrechte sind auch innert der gleichen Frist wie das Anfechtungsrecht nach Art. 7 Shôhisha keiyaku-hô, d.h. binnen 6 Monaten seit Entdeckung der Irreführung und absolut binnen 5 Jahren seit dem Vertragsschluss geltend zu machen (Art. 9-2-4 Tokutei shô torihiki-hô, vgl. Anhang VIII). Ebenfalls identisch sind die Rechtsfolgen. Da eine Regelung fehlt, gilt Art. 121 Minpô, und der Vertrag wird bei Anfechtung ab initio ungültig.[210]

Um den Rahmen hier nicht definitiv zu sprengen, wird im Folgenden exemplarisch auf das „besondere Anfechtungsrecht" bei den Haustürgeschäften eingegangen; für jede andere besondere Geschäftsform existiert jedoch auch ein entsprechendes besonderes Anfechtungsrecht: beim Ge-

[207] Diese waren bereits vor der Revision geregelt.
[208] *Nakata*, ZJapanR 19 (2005) 234.
[209] Handbuch zu den bes. Geschäftsformen, 113 ff., 235 ff.
[210] Handbuch zu den bes. Geschäftsformen, 117 f.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

schäft, das durch Telefonanwerbung zu Stande kommt (Art. 24-2 Tokutei shô torihiki-hô), beim „Kettengeschäft" (Art. 40-3 Tokutei shô torihiki-hô), bei den besonderen Dauerschuldverhältnissen (Art. 49-2-1 Tokutei shô torihiki-hô) und beim Anwerben mit der Aussicht auf eine Erwerbstätigkeit (Art. 58-2 Tokutei shô torihiki-hô).

2. Besonderes Anfechtungsrecht beim Haustürgeschäft

Dem Verbraucher steht ein Anfechtungsrecht bei einem Haustürgeschäft nach Art. 9 Abs. 2 Tokutei shô torihiki-hô zu, wenn der Unternehmer ihn zu einem Geschäft verleitet, indem er über Tatsachen gemäss Art. 6 Abs. 1 Unwahres mitteilt (vgl. Anhang VIII) oder indem er ihm wahre Tatsachen gemäss Art. 6 Abs. 2, die nachteilig sind, bewusst nicht mitteilt und er dadurch irregeführt wurde: Man spricht von den sog. „verbotene Handlungen" des Unternehmers.

Nach Art. 6 Abs. 1 Ziff. 1-4 betreffen die gesetzlich relevanten Tatsachen, über die nichts Unwahres mitgeteilt werden darf, die Art, Qualität und die Eigenschaft der Sache oder die Art des Rechts oder der Dienstleistung sowie deren Preis, Zahlungs- oder sonstigen Erfüllungsmodalitäten.[211]

Nach Art. 6 Abs. 1 Ziff. 6 kann es sich dabei auch um „andere Umstände" handeln, die der Kunde beim Abschluss des fraglichen Kauf- bzw. Dienstleistungsvertrags wissen muss (w: benötigt).

Wird beispielsweise dem Verbraucher anhand eines zerlöcherten Holzstücks vorgemacht, dass die Holzdiele in seinem Haus von Termiten befallen sei, so kann er dazu bewogen werden, einen Reparaturvertrag abzuschliessen. Weiteres Beispiel eines „anderen Umstandes" ist der (Aber)Glaube des Verbrauchers, mit dem ein Unternehmer spielt, wenn er dem Verbraucher den antiken Stempel nur mit Tintenbehälter verkaufen will, da anderenfalls Unglück über die Vorfahren gebracht werde. In beiden Fällen wurde beim Verbraucher durch falsche bzw. tendenziöse Angaben ein Motiv bewirkt.[212] Der Verbraucher befand sich daher beim Abschluss dieser Verträge in einem Motivirrtum.[213]

Nach Art. 6 Abs. 1 Ziff. 7 können die unwahren Tatsachen auch *alle weiteren Umstände betreffen, die geeignet sind, den Willen des Verbrau-*

[211] Es liegt beispielsweise in Bezug auf die Anzahl der Waren eine „unwahre Tatsache" vor, wenn der Unternehmer bzw. sein Vertreter beim Haustürgeschäft vermittelt, dass eine Warenknappheit bestehe und daher besonders schnell „zugegriffen" werden müsse, obschon noch Waren am Lager sind. Ebenfalls „unwahr" in Bezug auf die Quantität der Ware ist es, wenn eine Familie für ihr Einfamilienhaus eine Klimaanlage kaufen will und der Unternehmer erklärt, dass in jedem Stockwerk eine notwendig sei, anderenfalls das Haus nicht richtig gekühlt werden könne, was nicht stimmt.

[212] Handbuch zu den bes. Geschäftsformen, 113 ff.

[213] Eine Täuschung (Art. 96 Minpô) könnte ev. ebenfalls vorliegen.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

chers irgendwie zu beeinflussen.[214] Nach der Lehre muss hier von einem möglichst weiten Anwendungsbereich ausgegangen werden. Macht der Unternehmer dem Kunden weis, dass das Bild, das er zum Kauf anbietet, bis in 2-3 Jahren seinen Wert verdoppelt haben werde, so wäre die „Preisentwicklung" ein weiterer Umstand im Sinne von Ziff. 7.

Für das verbotene Unterdrücken von Tatsachen nach Art. 6 Abs. 2 Tokutei shô torihiki-hô reicht es aus, wenn der Unternehmer weiss, dass die Tatsachen nachteilig für den Käufer sind.[215] Oft wird das Unterdrücken von nachteiligen Tatsachen für den Verbraucher in einer „falschen Prognose" resultieren. Im Gegensatz zu Art. 4 Abs. 2 Shôhisha keiyaku-hô, ist der Anwendungsbereich aber nicht ausdrücklich auf „falsche Prognosen" beschränkt. Angenommen, die Waren A und B stehen zum Verkauf, und Ware A ist diejenige, die für den Verbraucher konkret vorteilhaft ist. Wenn nun der Unternehmer auf den Verkauf von Ware B hinwirkt ohne die Ware A gegenüber dem Kunden zu erwähnen, so spielt es keine Rolle, ob in Bezug auf die gekaufte Ware B Nachteile bestehen. Es reicht nach Art. 6 Abs. 2 Tokutei shô torihiki-hô aus, dass der Unternehmer „A" nicht erwähnte und dadurch seinen Kunden beeinflusst hat.[216]

Ausgeschlossen ist das besondere Anfechtungsrecht, wenn der Verbraucher bereits über die relevanten Tatsachen informiert war.[217] Diskutiert wird der Ausschluss des Anfechtungsrechts, wenn der Unternehmer, von dem die Sache oder das Recht erworben wird, selbst schon irregeführt worden ist. Es ist dann darauf abzustellen, inwiefern der Unternehmer hätte wissen können, dass eine Tatsache unwahr oder inwiefern eine Mitteilung unterdrückt worden ist.[218] Dieser Gedanke findet sich auch bei einer Täuschung durch Dritte (Art. 96 Abs. 2 Minpô).

E. Verhältnis der drei modernen Vertragslösungsrechte zueinander

1. Beispiel: Haustürgeschäft

Nach japanischem Recht steht einem Verbraucher zusammenfassend bei einem Haustürgeschäft, das er hinterher lieber nicht eingegangen wäre,

---

[214] Handbuch zu den bes. Geschäftsformen, 115.
[215] Handbuch zu den bes. Geschäftsformen, 115.
[216] Handbuch zu den bes. Geschäftsformen, 116.
[217] Handbuch zu den bes. Geschäftsformen, 292 ff.
[218] Der Tatbestand der Täuschung durch Dritte (Art. 96 Abs. 2 Minpô) ist nicht anwendbar, da der vorangehende Unternehmer kein beliebiger Dritter, sondern der für das Kettengeschäft massgebliche vorangehende Unternehmer ist. Handbuch zu den bes. Geschäftsformen, 293.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

weil er z.B. den Gegenstand bereits besitzt, zunächst das voraussetzungslose Cooling-off-Recht nach Art. 9 Abs. 1 Tokutei shô torihiki-hô innert 8 Tagen seit der Übergabe der schriftlichen Vertragsunterlagen zur Verfügung.

Kann der Verbraucher ausserdem nachweisen, dass der Umstand, dass er den gekauften Vertragsgegenstand benötigte, „ein wichtiger Vertragsumstand" ist und die Irreführung darauf beruhte, dass ihm der Unternehmer bzw. dessen Vertreter etwas Unwahres mitgeteilt oder etwas Wesentliches über den Vertragsgegenstand verschwiegen hat, so dass er beispielsweise fälschlich annahm, dass es sich um einen neuartigen Staubsauger (ohne Säcke) handelte, den er noch nicht habe, so steht ihm zusätzlich das allgemeine Anfechtungsrecht des Verbrauchervertrags nach Art. 4 Shôhisha keiyaku-hô zur Verfügung, das innert 6 Monaten seit Vertragsschluss geltend gemacht werden muss.

Gelingt dem Verbraucher dieser Beweis nicht, so handelt es sich bei der Tatsache, ob ein Staubsauger „mit oder ohne Sack" funktioniert, in jedem Fall um eine Eigenschaft des Vertragsgegenstands nach Art. 6 Abs. 1 Ziff. 7 Tokutei shô torihiki-hô, die geeignet ist, die Willensbildung des Verbrauchers zu beeinflussen, so dass der Unternehmer ihn hätte über diese schriftlich informieren müssen.[219] Indem er dies unterliess, hat er eine verbotene Handlung begangen, und es kommt das besondere Anfechtungsrecht nach Art. 9-2 Tokutei shô torihiki-hô alternativ zur Anwendung.

2. Grundsatz der Alternativität

Ausgangslage ist also die, dass den japanischen Verbrauchern je nach Geschäftsform u.U. drei moderne Vertragslösungsrechte zur Verfügung stehen können.

Das Anfechtungsrecht des Shôhisha keiyaku-hô steht den Verbrauchern bei allen Arten von Verbraucherverträgen über beliebige Waren und Dienstleistungen (ausser bei Arbeitsverträgen) zu, während die Cooling-off-Rechte und die besonderen Anfechtungsrechte nur bei besonderen Geschäftsformen nach Tokutei shô torihiki-hô gelten.

Nach Art. 11 Abs. 2 Shôhisha keiyaku-hô gehen zwar weitere Sonderregelungen zur Anfechtung von Willenserklärungen dem Shôhisha keiyaku-hô ausdrücklich vor[220], doch wird in der Lehre davon ausgegangen, dass die Cooling-off-Rechte nach Tokutei shô torihiki-hô sowohl in ihrer rechtlichen Gestalt als auch in ihrem Inhalt so verschieden sind, dass sie *neben*

[219] Handbuch zu den bes. Geschäftsformen, 556.

[220] Handbuch zu den besonderen Geschäftsformen, 563; Kommentar des Anwaltsverbandes, 230 ff.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

dem allgemeinen Anfechtungsrecht nach Shôhisha keiyaku-hô zur Anwendung gelangen.[221]

Auch die vor kurzer Zeit erlassenen besonderen Anfechtungsrechte nach Tokutei shô torihiki-hô sind im Falle des Vorliegens einer besonderen Geschäftsform und der Verletzung einer entsprechenden verbotenen Handlung des Unternehmers grundsätzlich neben dem allgemeinen Anfechtungsrecht nach Art. 4 Shôhisha keiyaku-hô anwendbar. Dies wird damit begründet, dass der Regelungszweck der beiden Gesetze und damit auch der beiden Anfechtungsrechte unterschiedlich ist: Das Shôhisha keiyaku-hô diene dem Ausgleich eines allgemeinen Informations- und Machtungleichgewichts, das im Verbrauchervertrag existiert, während das Tokutei shô torihiki-hô dem konkreten, kurzfristigen Schutz vor böswillig beeinflussenden Unternehmern diene.[222]
Nur gemeinsam dienen diese verbraucherschützenden Vertragslösungsrechte daher dem optimalen Schutz der Privatautonomie des Verbrauchers.

3. Unterschiede

Neben diesem unterscheidbaren Schutzzwecken, liegt der wichtigste Unterschied zwischen den Cooling-off-Rechten nach Tokutei shô torihiki-hô und dem Anfechtungsrecht nach Art. 4 Shôhisha keiyaku-hô darin, dass Cooling-off-Rechte voraussetzungslos und ohne Angabe eines Grundes geltend gemacht werden können, während für das Anfechtungsrecht erst eine unwahre Tatsache oder ein Unterdrücken von nachteiligen Tatsachen oder eine falsche Prognose von Seiten des Unternehmers nachgewiesen werden muss.

Dem blanken Übereilungsschutz gemäss den Cooling-off-Regelungen dienen daher knapp bemessene Fristen, die im Fall von Haustürgeschäften, Geschäften per Telefonanwerbung und Geschäften per Dienstleistungsanwerbung bei 8 Tagen und bei den Kettengeschäften und den besonderen Dauerschuldverhältnissen bei 20 Tagen ab Erhalt der gesetzlich geforderten Vertragsunterlagen liegen. Die Frist zur Geltendmachung des allgemeinen Anfechtungsrechts beträgt dagegen 6 Monate ab Kenntnisnahme des Irreführungstatbestandes und dauert absolut 5 Jahre ab Vertragsschluss (Art. 7 Shôhisha keiyaku-hô).

Im Unterschied zum Shôhisha keiyaku-hô fokussiert das Tokutei shô torihiki-hô nicht nur auf den Vertrag und den Vertragsschluss, sondern auf die gesamte Phase vom Anwerben eines Kunden bis hin zum Vertragsschluss.[223] Daraus erklärt sich etwa, dass im Shôhisha keiyaku-hô eine

---

[221] Kommentar des Anwaltsverbandes, 231; *Ukon*, Dôshisha Hôgakkai Nr. 4 Bd. 55, 252.
[222] Handbuch zu den bes. Geschäftsformen, 552 f.; 554 ff.
[223] Handbuch zu den bes. Geschäftsformen, 552.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Pflicht des Unternehmers fehlt, beim ersten Kundenkontakt Angaben zu seinem Namen und zum Vertragsgegenstand zu machen.

Es erklärt sich daraus aber noch nicht, warum das Shôhisha keiyaku-hô keine echte Informationspflicht des Unternehmers dem Verbraucher gegenüber regelt, wohingegen das Tokutei shô torihiki-hô diesen verpflichtet, mit dem Vertragsangebot schriftliche Vertragsunterlagen zuzustellen. Das sind Unterschiede, die für den Fristenlauf dieser Vertragslösungsrechte bedeutsam sind.

Die inhaltlichen Voraussetzungen und die rechtliche Gestalt des allgemeinen Anfechtungsrechts nach Art. 4 Shôhisha keiyaku-hô und der besonderen Anfechtungsrechte nach Tokutei shô torihiki-hô unterscheiden sich dagegen marginal.[224] Der entscheidende Unterschied liegt darin, dass die unwahren Tatsachen und das Unterdrücken von nachteiligen Tatsachen (d.h. die Irreführung) nach Letzterem sich grundsätzlich *nicht auf „wichtige Vertragsumstände" des Vertrags beschränken*, sich dafür aber aus den gesetzlich aufgelisteten „verbotenen Handlungen" des Unternehmers ergeben müssen.[225] Exemplarisch ist damit bei einem Haustürgeschäft folgender Unterschied in den Voraussetzungen der Geltendmachung der beiden Anfechtungsrechte denkbar:

Muss der Unternehmer nach Art. 6 Abs. 1 Ziff. 1 Tokutei shô torihiki-hô und der Verwaltungsverordnung der Unternehmer den Verbraucher über die Art der Ware, die Eigenschaften, die Beschaffenheit und die Wirkungen, die Anzahl der Käufe sowie die benötigte Quantität informieren, so ist fraglich, ob die Anzahl der Käufe oder die benötigte Quantität wichtige Vertragsumstände im Sinne von Art. 4 Abs. 1 Ziff. 1 und Abs. 2 Shôhisha keiyaku-hô sind.

Ein wichtiger Vertragsumstand wäre dagegen zweifellos die Art und die Eigenschaft der Ware. Ebenfalls als wichtiger Vertragsumstand nach Art. 4 Shôhisha keiyaku-hô haben die Angaben zur Art des Rechts oder der Dienstleistung, zum Preis und dessen Zahlungsmodalitäten zu gelten (vgl. Art. 6 Abs. 1 Ziff. 2-5 Tokutei shô torihiki-hô).[226]

Es fehlt im Shôhisha keiyaku-hô eine Generalklausel, die besagt, dass die Irreführung auch alle weiteren Umstände umfassen kann, die einen Einfluss auf die Entscheidung des Verbrauchers haben können (Art. 6 Abs. 1 Ziff. 7 Tokutei shô torihiki-hô).[227] Das Shôhisha keiyaku-hô bezieht sich nur auf jene Umstände, die wichtig sind (vgl. vorne, Ziff. 2 e).

---

[224] Handbuch zu den bes. Geschäftsformen, 238.
[225] Handbuch zu den bes. Geschäftsformen, 555 f.
[226] Handbuch zu den bes. Geschäftsformen, 556.
[227] Handbuch zu den bes. Geschäftsformen, 556.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Es fehlt im Shôhisha keiyaku-hô ferner eine Regelung, dass alle Umstände, die für die Beurteilung des Vertragsschlusses nötig sind (Art. 6 Abs. 1 Ziff. 6 Tokutei shô torihiki-hô), offen zu legen sind.[228]

Damit sind vom Anfechtungsrecht des Tokutei shô torihiki-hô auch die Angaben erfasst, die zu Vertragsmotiven führen.[229] Nach der hier (unter Ziff. 2.c) vertretenen Auffassung erfassen die „wichtigen Vertragsumstände" nach Art. 4 Shôhisha keiyaku-hô auch Motive. Das ist, wie erwähnt, jedoch nicht unumstritten.

Was das „Stellen von falschen Prognosen" betrifft, so gelten die dargelegten Unterschiede nicht, denn dieses ist bereits nach Shôhisha keiyaku-hô nicht auf die „wichtigen Vertragsumstände" beschränkt.[230]

F. Irrtumsregelung im Verhältnis zu diesen modernen Vertragslösungsrechten

1. Verhältnis der beiden Sondergesetze zum Minpô

Auch im Japanischen Recht gilt der Grundsatz „lex specialis derogat lex generalis".[231] Wenn also bestimmte Rechtsgeschäfte durch Sondergesetze oder das japanische Handelsgesetz geregelt werden, gehen die besonderen Bestimmungen den allgemeinen Vertragsbestimmungen des Minpô vor. Das gilt auch für die Spezialvorschriften zum Verbrauchervertrag nach Shôhisha keiyaku-hô und nach Tokutei shô torihiki-hô.

Das *Shôhisha keiyaku-hô* ist einerseits aufgrund fehlender Schutzbestimmungen des Minpô für die Verbraucherseite entstanden, andererseits regelt es einen ganzen Teilbereich des Vertragsrechts, nämlich die Verbrauchervertragsverhältnisse. Es handelt sich damit nicht um einen Teil des Minpô, sondern um einen Teil des Privatrechtsystems mit engen Wechselwirkungen zum Minpô.[232] Für Sachverhalte, die das Shôhisha keiyaku-hô nicht regelt, kommen nach Art. 11 Abs. 1 Shôhisha keiyaku-hô die Regelungen des Minpô zur Anwendung.[233] Ob aber die Regelungen des Shôhisha keiyaku-hô im Vergleich zu denjenigen des Minpô bei Verbraucherverträgen immer vorgehen, womit das Shôhisha keiyaku-hô ein echtes Sondergesetz wäre, wird von einem Teil der Lehre bezweifelt.[234] Wenn dem tatsächlich so wäre, bliebe für allgemeine Vertragslösungsrechte des Minpô

---

[228] Handbuch zu den bes. Geschäftsformen, 557.
[229] Handbuch zu den bes. Geschäftsformen, 556.
[230] Handbuch zu den bes. Geschäftsformen, 557 f.
[231] *Kitagawa/Piltz*, 303.
[232] *Moriyama*, Hôritsu Jihô, Bd. 76 Nr. 1 (2004) 83.
[233] *Mashino*, NBL 683 (2000) 15.
[234] *Hirano*, N 3-366.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

und die bisherige Rechtsprechung zu den allgemeinen zivilrechtlichen Instituten, insbesondere zum Irrtumsrecht, kaum mehr Raum.[235]

Bereits bei der Entstehung des Verbrauchervertragsgesetzes ging der Gesetzgeber jedoch davon aus, dass im System der Willenserklärungen des Minpô eine Lücke besteht, die durch das neue Anfechtungsrecht nach Art. 4 und das Informationsgebot nach Art. 3 Shôhisha keiyaku-hô geschlossen werden sollte.[236] Man sah in Teilen der Lehre zum neuen Shôhisha keiyaku-hô gar eine mögliche Ergänzung für die Fälle, in denen die Irrtumsregelung als allzu zurückhaltend beurteilt wurde.[237]

Das Anfechtungsrecht nach Art. 4 Shôhisha keiyaku-hô dient der Anfechtung von Willenserklärungen mit „Mängeln des Willensentschlusses", was für eine entsprechende Einteilung des Rechtsinstitutes in das System der beiden klassischen Kategorien von „Willenserklärungen des Minpô" spricht.[238] Das erklärt teilweise, warum in Art. 6 Shôhisha keiyaku-hô nur die Anwendbarkeit von Art. 96 Minpô (Täuschung) explizit geregelt ist. Man hatte nämlich einen Rechtsbehelf im Auge, mit dem „Mängel in der Willenserklärung" angefochten werden könnten, ohne dass die subjektive Täuschungsabsicht und die Rechtswidrigkeit der Täuschungshandlung nach Art. 96 Minpô bewiesen werden müssten.[239] In der Lehre wird aber die Meinung vertreten, dass die Irrtumsregelung (Art. 95 Minpô) neben dem neuen Anfechtungsrecht zur Anwendung kommt und Art. 6 Shôhisha keiyaku-hô hätte anders formuliert werden sollen.[240] Gleiches lässt sich aus Art. 11 Abs. 1 Shôhisha keiyaku-hô ableiten: Die Bestimmungen des Minpô sollen immer dann zur Anwendung kommen, wenn das Sondergesetz einen Sachverhalt nicht regelt. Es lässt sich daher argumentieren, dass das Verbrauchergesetz nur „Anfechtungsrechte" regelt (Art. 11, 6), und die Berufung auf die Irrtumsungültigkeit dogmatisch kein Anfechtungsrecht sei, so dass der Irrtum nach Art. 95 Minpô immer neben dem Sondergesetz zur Anwendung kommen kann.

Für den Verbrauchervertrag gelten somit wie für alle Willenserklärungen im Vertragsrecht die allgemeinen Bestimmungen und Institute des Minpô,

---

[235] Nach *Hoshino*, NBL 683 (2000) 16, muss das Verhältnis von „Sondergesetz" und Minpô daher überdacht werden.

[236] *Kawakami*, Sonderband NBL Nr. 54 (1999) 41; *Okino*, NBL Nr. 685 (2002) 17.

[237] *Kubota*, Jurisuto Nr. 1200 (2001) 80.

[238] „Willenserklärungen mit Mängeln" sind die Täuschung und die Drohung; "Willenserklärungen mit fehlendem Willen" sind der Irrtum, die Scheinerklärung und die Mentalreservation.

[239] *Yamamoto Yutaka*, Hôgaku Kyôshitsu Nr. 242 (2000) 91; *Okino*, NBL Nr. 685 (2000) 17.

[240] *Yamamoto Yutaka*, Hôgaku Kyôshitsu Nr. 242 (2000) 94.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

wie Irrtum, Täuschung, Drohung, Sittenwidrigkeit und unerlaubte Handlung.[241]

Das *Tokutei shô torihiki-hô* weist neben straf- und verwaltungsrechtlichen Bestimmungen auch einzelne zivilrechtliche Vorschriften auf, die neben den allgemeinen Bestimmungen des Minpô zur Anwendung gelangen. Sowohl die behandelten Cooling-off-Rechte wie auch die besonderen Anfechtungsrechte nach diesem Gesetz kommen daher von allem Anfang an neben der Irrtumsregelung nach Art. 95 Minpô zur Anwendung.[242] Die Cooling-off-Regelungen setzen im Unterschied zur Irrtumsregelung nicht am fehlerhaften Willen bzw. der fehlerhaften Willensbildung der Partei, sondern beim Vorgang des Vertragsschlusses oder dem Inhalt des Vertrags an.[243]

Das allgemeine Anfechtungsrecht nach Art. 4 Shôhisha keiyaku-hô und die Cooling-off-Rechte sowie die besonderen Anfechtungsrechte des Tokutei shô torihiki-hô sind damit neue Vertragslösungsrechte der Verbraucher[244] und kein Ersatz für die bestehenden klassischen Vertragslösungsrechte.[245]

Einzig diese Alternativität der Rechtsbehelfe wird dem „grundlegenden" Verbraucherschutzgedanken gerecht, alles zu unternehmen, um das Informationsgefälle zwischen Unternehmer und Verbraucher auszugleichen (Art. 1 Shôhisha keiyaku-hô).

2. *Motivirrtum im Verbrauchervertrag*

Unterliegt der Verbraucher einem Motivirrtum, kann er sich nach japanischem Recht (Art. 95 Minpô) nicht voraussetzungslos auf diesen berufen. Das Motiv des Verbrauchers muss geäussert und Vertragsinhalt oder Grundlage des Verbrauchervertrags (Gôi Shugi) gewesen sein, weil die Irrtumsregelung u.a. auf dem Gedanken beruht, dass bei einem irrtümlich geschlossenen Vertrag die Rechtfolgen der Vertragsauflösung möglichst äquivalent auf beide Parteien verteilt werden sollen. Im Unterschied dazu steht im Verbrauchervertrag – das heisst nach Shôhisha keiyaku-hô und Tokutei shô torihiki-hô – der Gedanke im Vordergrund, dass der Verbraucher nicht irregeführt werden dürfe. Damit erscheint der Unternehmer von

---

[241] *Moriyama*, Hôritsu Jihô, Bd. 76 Nr. 1 (2004) 84.

[242] Handbuch zu den bes. Geschäftsformen, 508 ff., 528 ff.

[243] *Kawakami*, Hôgaku seminâ Nr. 10, Bd. 610 (2005) 91.

Vorteilhaft sind die Cooling-off-Regelungen daher auch dann, wenn nicht festgestellt werden kann, welches der wirkliche Wille des Verbrauchers war, d.h. bei allfälligem Dissens, Handbuch zu den bes. Geschäftsformen, 511 ff.

[244] Chikujô Kaisetsu (Kurzkommentar), 101; *Ukon*, Doshisha Hôgakkai Vol. 55 No. 4, 252.

[245] *Kawakami*, NBL Nr. 54 (1999) 39; *Moriyama*, Hôritsu Jihô, Bd. 76 Nr. 1 (2004) 84.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

allem Anfang an weniger schutzbedürftig als der Verbraucher.[246] Es stellt sich also die Frage, ob diese veränderte Ausgangslage nicht auch im Verbrauchervertrag für die Berufung auf einen Motivirrtum Art. 95 Minpô gelten müsse.

Da der Unternehmer bei der Irreführung direkt auf das Erwerbsmotiv des Verbrauchers einwirkt, kann geschlossen werden, dass beim Irregeführten oft nicht zwischen Motiv- und Geschäftswille unterschieden werden kann und damit die traditionelle Berufung darauf, dass der Motivirrtum nach Art. 95 Minpô im Verbrauchervertrag nur bei Äusserung des Motivs geltend gemacht werden könne, unstatthaft wird. Im Gegenteil lässt sich behaupten, dass der Unternehmer den Willen bzw. die Motive des Verbrauchers kannte, weil er sonst nicht Einfluss hätte nehmen können.[247]

Weil den Unternehmer ausserdem aufgrund der puren Existenz dieser beiden Verbrauchergesetze die Pflicht trifft,[248] den Verbraucher nicht irrezuführen, sondern ihn aufzuklären und ihm die relevanten Informationen anzubieten (z.B. Art. 6 Tokutei shô torihiki-hô), trifft ihn auch eine Pflicht, die Vertragsmotive des Verbrauchers zu schützen. Damit lassen sich das Motiv und die Willenserklärung des Verbrauchers als eine Einheit erfassen, woraus geschlossen werden kann, dass im Verbrauchervertrag auch ein nicht geäussertes Motiv als erklärt gelten kann.[249]

Allerdings besteht damit noch immer die Voraussetzung, dass der Motivirrtum im Verbrauchervertrag einen wesentlichen Vertragsinhalt (Yôso) betreffen muss (Art. 95 Minpô). Es fragt sich also, ob das allgemeine Anfechtungsrecht nach Shôhisha keiyaku-hô in diesem Punkt den besseren Verbraucherschutz bietet.

3. „Wichtige Vertragsumstände" nach Art. 4 Shôhisha keiyaku-hô vs. „Yôso" nach Art. 95 Minpô

a) Subjektiv falsche Tatsachen

Eine bloss subjektiv falsche Tatsache vermag für den Verbraucher kein Anfechtungsrecht nach Art. 4 Shôhisha keiyaku-hô zu begründen. Die Berufung auf die Irrtumsnichtigkeit wäre dagegen in diesem Fall grundsätzlich möglich, denn nach herrschender Lehre und Rechtsprechung ist einzig entscheidend, dass das (subjektiv) wesentliche Motiv dem Vertragspartner gegenüber erklärt wurde. Hat also der Verbraucher beispielsweise beim

[246] Handbuch zu den bes. Geschäftsformen, 529.

[247] Handbuch zu den bes. Geschäftsformen, 529.

[248] Im Shôhisha keiyaku-hô ist es zwar nur ein "Informationsgebot", doch ist ernsthaft zu fragen, ob an dem festgehalten werden kann, nachdem der Gesetzgeber mit der Gesetzesänderung des Tokutei shô torihiki-hô die „verbotenen Handlungen" mit einem Vertragslösungsrecht sanktioniert hat.

[249] Handbuch zu den bes. Geschäftsformen, 530.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Kauf des Fisches beiläufig erwähnt, dass er diesen zum Sushi-Essen verwenden möchte, so kann er sich auf einen wesentlichen Motivirrtum nach Art. 95 Minpô berufen, wenn der Fisch nicht frisch genug war, um ihn roh zu essen.

b) „Wichtiger Vertragsumstand" wurde Vertragsinhalt

Die Grenzen zur „Vertragsinhaltswerdung" sind hier fliessend. Fragt der Käufer am Tresen, ob der Fisch frisch genug für Sushi sei und bejaht der Verkäufer dies, so ist „frisch genug zum Sushi-Essen" Vertragsinhalt geworden. Sobald der „wichtige Vertragsumstand" zum Vertragsinhalt geworden ist und sich nach dem Vertragsschluss herausstellt, dass ein Umstand nicht vorlag, handelt es sich um einen Fall von Nichterfüllung (Art. 415 Minpô). Eine Vertragsanfechtung nach Art. 4 Shôhisha keiyaku-hô ist dann gemäss Lehre ausgeschlossen. Dass ein wichtiger Punkt zum Vertragsinhalt geworden ist, schliesst demgegenüber eine Berufung auf die Irrtumsnichtigkeit nach Art. 95 Minpô nicht grundsätzlich aus, sondern ist umgekehrt Voraussetzung für die Irrtumsnichtigkeit nach japanischem Recht.

c) Motiv muss nicht geäussert werden

Geht man davon aus, dass ein geäussertes Motiv „wichtiger Vertragsumstand" sein kann, so liegt der entscheidende Unterschied zwischen den beiden Vertragslösungsrechten nach der Lehre der „getrennten Behandlung der Irrtumsarten" darin, dass der Verbraucher, der seinen Vertrag nach Art. 4 Shôhisha keiyaku-hô anfechten möchte, das tun kann, obschon er sein Motiv dem Unternehmer gegenüber nicht geäussert hat. Der Irrende, der sich auf die Irrtumsnichtigkeit nach Art. 95 Minpô beruft, muss nach dieser Lehrmeinung dagegen immer die Äusserung des Vertragsmotivs beweisen können.

Ob das Motiv geäussert wurde oder nicht, der Verbrauchervertrag ist nach Art. 4 Shôhisha keiyaku-hô auch anfechtbar, sofern das Motiv nicht zum Vertragsinhalt geworden ist.[250]

d) Motiv war vorausgesetzt

Ist ein Umstand „Voraussetzung des Vertragsschlusses"[251], so kann nach einem Teil der Lehre dieser Umstand als „wichtiger Vertragsumstand" im Sinne von Art. 4 Shôhisha keiyaku-hô bezeichnet werden. Was „Voraussetzung" bedeutet, bleibt dabei offen. Nach allgemeiner Zivilrechtslehre kann diese in beliebiger Form erfolgen, so dass hier als „wichtige Vertragsum-

[250] Yamamoto Yutaka, Hôgaku Kyôshitsu Nr. 242 (2000) 91.
[251] Yamamoto Yutaka, Hôgaku Kyôshitsu Nr. 242 (2000) 89 ganz unten, 90.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

stände" im Sinne von Art. 4 Shôhisha keiyaku-hô alle die Fälle in Frage kommen, in denen ein Motiv nicht geäussert wurde und trotzdem vorausgesetzt war.[252] Gemeint ist damit, dass nicht jedes beliebige Motiv, sondern nur „vorausgesetzte" einen „wichtigen Vertragsumstand" bilden können.
Damit wird die Grenzziehung zwischen Motiv „nicht äussern müssen", aber doch „voraussetzen" und „nicht Vertragsinhalt werden lassen" noch schwieriger.

e) Motiv muss nicht erkannt werden

Wird der neuen Lehre der „einheitlichen Behandlung der Irrtumsarten" gefolgt, so liegt der Unterschied von Anfechtungsrecht zu Irrtumsberufung darin, dass nach Art. 4 Shôhisha keiyaku-hô die „Voraussetzung der Erkennbarkeit des Motivs" fehlen darf.[253]
Das entspricht der oben dargelegten Auffassung, dass die für den Vertragsschluss vorausgesetzten Motive „wichtige Vertragsumstände" sind, denn diese sind regelmässig erkennbar für den Unternehmer.

f) Ausnahme: Keine „wichtigen Vertragsumstände" nach Tokutei shô torihiki-hô

Bei den besonderen Anfechtungsrechten nach Tokutei shô torihiki-hô entfällt die Voraussetzung der „wichtigen Umstände" für die Irreführung.[254] Es reicht demnach, wenn objektiv falsche Tatsachen mitgeteilt oder nachteilige Tatsachen unterdrückt wurden, sofern eine verbotene Handlung begangen wurde.

Ausserdem können die Cooling-off-Rechte nach Tokutei shô torihiki-hô im Vergleich zur Irrtumsregelung nach Art. 95 Minpô vollkommen grund- und voraussetzungslos geltend gemacht werden, so dass diesbezüglich die Vorteile der Cooling-off-Regelungen evident sind.

4. Informationspflichten im Verbrauchervertrag

a) Informationsgebot des Shôhisha keiyaku-hô

Art. 3 Shôhisha keiyaku-hô statuiert ein *allgemeines Informationsgebot* für den Unternehmer, doch keine Informationspflicht. Die konkreten Inhalte des Informationsgebots ergeben sich teilweise indirekt a) aus den „objektiv falschen Tatsachen", die mitgeteilt werden, bzw. aus den „nicht mitgeteilten nachteiligen Tatsachen", und b) aus den „wichtigen Vertragsumständen" nach Art. 4 Shôhisha keiyaku-hô. Stehen die Ursachen der Irrefüh-

[252] § 6 lit. B. 2.
[253] *Yamamoto Yutaka*, Hôgaku Kyôshitsu Nr. 242 (2000) 92.
[254] Handbuch zu den bes. Geschäftsformen, 515.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

rung nach Art. 4 Shôhisha keiyaku-hô einmal fest, können auch die Fälle erfasst werden, in denen informiert werden muss.

Wird nicht informiert, ist keine echte Selbstbestimmung des Verbrauchers möglich, so dass sich nach der ratio des Gesetzes (Art. 1 Shôhisha keiyaku-hô) eine Informationspflicht des Unternehmers statt eines Gebotes rechtfertigen würde.

b) Eingeschränkte Informationspflicht nach Tokutei shô torihiki-hô

Das Tokutei shô torihiki-hô sieht dagegen für jede der besonderen Geschäftsformen so genannte „verbotene Handlungen" des Unternehmers vor. Verstösse gegen diese sind seit Ende 2004 mit einem speziellen Anfechtungsrecht des Verbrauchers sanktioniert. Aus der Umschreibung der „verbotenen Handlungen" lässt sich ableiten, welche Informationspflichten der Unternehmer bei den besonderen Geschäftsformen beachten muss.

Sie betrifft beispielsweise für das Haustürgeschäft nach Art. 6 Abs. 1 Ziff. 1-7 Tokutei shô torihiki-hô: die Art, die Wirkung, die Anzahl und die Eigenschaft der Sachen oder die Art des Rechts oder der Dienstleistung sowie deren Preis, Zahlungs- und sonstigen Erfüllungsmodalitäten sowie „alle anderen Umstände", die einen Einfluss auf den Preis haben oder geeignet sind, den Willen des Verbrauchers irgendwie zu beeinflussen.[255] Mit erfasst von diesen Umständen sind die Motive zum Vertragsschluss, über die der Verbraucher irregeführt wird.[256]

c) Informationspflichten aus der Irrtumslehre?

Im Irrtumsrecht und im Minpô im Allgemeinen ist auch keine allgemeine Informationspflicht des Vertragspartners gesetzlich geregelt. Die Lehre ist sich jedoch einig, dass der Unternehmer, welcher den Motivirrtum bzw. die Irreführung des Verbrauchers evoziert, auch für diese einstehen muss.[257]

Da sich eine generelle Informationspflicht des Unternehmers für Verbrauchervertragsangelegenheiten aber weder aus Art. 4 Shôhisha keiyaku-hô noch aus Tokutei shô torihiki-hô ableiten lässt, stellt sich die Frage, ob sich vielleicht Informationspflichten aus dem Irrtumsrecht für den Verbrauchervertrag ableiten lassen.

Da die Feststellung der Ursachen für die Verletzung der Selbstbestimmung nicht in jedem Einzelfall möglich ist und jede individuelle Vereinbarung nach unterschiedlichen Informationen verlangt[258], kann es sich hier im Vorhinein nur um abstrahierte Regeln der Risikoallokation handeln, die aber aufgrund der Einheit des Zivil- bzw. Vertragsrechtssystems zwanglos

[255] Handbuch zu den bes. Geschäftsformen, 115.
[256] Handbuch zu den bes. Geschäftsformen, 113 ff.
[257] *Yamamoto*, Kinhô Nr. 1596 (2000) 12.
[258] *Kawakami*, NBL Nr. 54 (1999) 41 ff.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

aus der allgemeinen Irrtumslehre nach Art. 95 Minpō gezogen werden können. Würdigt man die behandelten Irrtumslehren[259] in Bezug auf den Verbrauchervertrag, so lassen sich die folgende Grundsätze ableiten:

1.) Hat der Unternehmer den Motivirrtum bzw. die Irreführung des Verbrauchers hervorgerufen, soll er für diese einstehen müssen.[260]

2.) Vermochte der Unternehmer irrezuführen, so musste er auch die Motive des Verbrauchers kennen.[261]

3.) Kannte der Unternehmer also die Motive des Verbrauchers bzw. hätte er sie kennen können, hatte er eine Pflicht zu informieren: Anhand der Voraussetzungen der Erkennbarkeit des Irrtums (Kobayashi[262]) lässt sich im Verbrauchervertrag für die Unternehmerseite bestimmen, in welchen Situationen eine Irreführung des Verbrauchers nach Art. 4 Shōhisha keiyaku-hō erkennbar ist bzw. erkennbar sein kann. Dass im Verbrauchervertrag dem Unternehmer aufgrund des Informationsgefälles und seiner Professionalität „mehr" erkennbar ist als dem Verbraucher, erscheint einleuchtend. Entsprechend den Erkennbarkeitskriterien könnte dem Unternehmer im Verbrauchervertragsrecht daher folgerichtig eine Informationspflicht auferlegt werden.[263]

Beispiele: Wenn ich als Ausländerin in ein japanisches Elektrogeschäft gehe und einen Reiskocher kaufe, fragt sich, ob mich der japanische Verkäufer nicht über die unterschiedlichen Elektrowattverträglichkeiten informieren muss, denn er sieht, dass ich Ausländerin bin und weiss/muss wissen, dass ein nicht extra für den Export bestimmtes japanisches Gerät in der Schweiz nicht brauchbar ist. Wenn ein älterer Mensch ein Computergeschäft betritt und nach einem Laserdrucker für seinen PC fragt, und ihm ein solcher verkauft wird und sich hinterher herausstellt, dass sein zehn Jahre alter PC noch keinen Anschluss für einen Laserdrucker (sondern nur einen Tintenstrahldrucker) hat, so fragt sich, ob der Verkäufer nicht hätte fragen müssen, für welchen PC der neue Drucker geeignet sei oder wie der

[259] § 4 lit. A.

[260] *Yamamoto*, Kinhō Nr. 1596 (2000) 12.

[261] Handbuch zu den bes. Geschäftsformen, 529.

[262] *Kobayashi*, Minshōhō Zasshi Bd. 102 (1990) 489.

[263] Es mag eingewendet werden, dass die Theorie der Erkennbarkeit ursprünglich zu Zwecken der Verkehrssicherheit entstanden ist, damit in der Tradition von „pacta sunt servanda" steht und somit nicht geeignet ist, Verbraucherinteressen zu stützen. Nach der hier vertretenen Auffassung ist das jedoch kein Widerspruch, sondern zeigt, dass eine Informationspflicht „bei Erkennbarkeit" nur den Minimalstandard darstellt. Zudem ist nicht einzusehen, warum die Berücksichtigung von Motiven, die jedem Unternehmer aufgrund seiner Professionalität erkennbar sind, „die Verkehrssicherheit" gefährden soll.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

alte Drucker des Käufers ausgesehen habe, so dass er das Problem hätte erkennen können.

4.) Betrachtet man dazu die Fallgruppen, die sich aus der Untersuchung der Irrtumslehre nach § 4 lit. C ergeben haben, so zeigen sich die folgende irrtumssensiblen Fälle als verbraucherrelevant:
- die, im Zusammenhang mit der Eigenschaft eines Kaufgegenstand
- die, im Zusammenhang mit der Person der beteiligten Vertragspartei.
- die, im Zusammenhang mit Sicherungsgeschäften
- die, im Zusammenhang mit Grundstückgeschäften

5.) Diese irrtumssensiblen Fallgruppen können aufgrund des strukturellen Gefälles von Informationsqualität und -quantität, das bei Vertragsschluss zwischen einem Unternehmer und Verbraucher gesetzlich supponiert wird (Art. 1 Shôhisha keiyaku-hô)[264] und aufgrund der spezifischen Professionalität des Unternehmers, die es ihm erlaubt, die wesentlichen Vertragspunkte des fraglichen Rechtsgeschäfts und relevanten Motive des Vertragsschlusses zu erkennen, zu einer allgemeinen Informationspflicht führen; zumindest in den folgenden Fällen:

a) bei Spezialwissen der Unternehmerseite (Kaufverträge, Sicherungsverträge, Bürgschaftsverträge, Kara-Leasing-Verträge)[265]

b) bei grossem Risiko des Verbrauchervertrags für den Verbraucher (Grundstückkauf, Vertragspartner ist wichtig).[266]

Unabhängig davon, ob mit der Theorie der Erkennbarkeit bzw. des Erkennenkönnens oder schlicht mit der Professionalität des Unternehmers, welche das (bessere) Erkennenkönnen ermöglicht, argumentiert wird, lassen sich aus der klassischen Irrtumslehre (zum Motivirrtum) Aussagen zur Informationspflicht des Unternehmers bei Verbraucherverträgen ableiten.

5. Verschulden

Ein wesentliches Unterscheidungsmerkmal zwischen Art. 95 Minpô und Art. 4 Shôhisha keiyaku-hô ist, dass sich ein Verbraucher auch bei selbst

[264] *Yamamoto*, Minshôhô Zasshi Bd. 123 (2001) 508. Artikel 1 Shôhisha keiyaku-hô wird, wie bereits erwähnt, auch als „Gerechtigkeitsregel" bezeichnet, Chikujô Kaisetsu (Kurzkommentar), 101.

[265] *Yamamoto*, Kinhô Nr. 1596 (2000) 10 bezieht die Informationspflicht nicht auf die Erkennbarkeitstheorie, sondern auf die Professionalität des Unternehmers.

[266] Wenn es um finanziell riskante Geschäfte geht, kann man sich auch auf die Rechtsprechung zur unerlaubten Handlung beziehen, die eine Aufklärungspflicht statuiert, zum Ganzen Kubota, Jurisuto Nr. 1200 (2001) 77 ff.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

verschuldeter oder mitverschuldeter „Irreführung" auf das Anfechtungsrecht (Art. 4) berufen kann.[267] Die Berufung auf die Irrtumsnichtigkeit ist dagegen bei grobem Eigenverschulden des Irrenden ausgeschlossen (2. Satz Art. 95 Minpô).
Unabhängig vom Verschulden kann der Verbraucher auch die *Cooling-off-Rechte* nach Tokutei shô torihiki-hô geltend machen.

6. Verjährungsfrist

Es gibt keine Verjährungsfrist für die Geltendmachung der Irrtumsnichtigkeit. Diese kann damit unbeschränkt geltend gemacht werden, während das Anfechtungsrecht innert der Frist von 6 Monaten nachdem der Anfechtungsberechtigte von der Irreführung Kenntnis erlangt hat und absolut innert 5 Jahren ab Vertragsschluss geltend gemacht werden muss (Art. 7 Shôhisha keiyaku-hô).[268]

Die *Cooling-off-Fristen* nach Tokutei shô torihiki-hô sind demgegenüber noch viel knapper, nämlich auf 8 oder 20 Tage festgelegt.

G. Würdigung aus Verbrauchersicht

1. Alternativität

Die Verbraucherseite hat mit Art. 4 Shôhisha keiyaku-hô ein neues allgemeines Vertragslösungsrecht neben der Irrtumsregelung nach Art. 95 Minpô im Verbrauchervertrag gewonnen. Daneben existieren weitere verbraucherschützende Vertragslösungsrechte nach Tokutei shô torihiki-hô, die auf besondere Geschäftsformen beschränkt sind.

2. Praktisch geringe Bedeutung des Anfechtungsrechts

Die Begriffe „wichtige Vertragsumstände" nach Art. 4 Shôhisha keiyaku-hô und „Yôso" („wesentliche Elemente des Rechtsgeschäfts" = „wesentliche Vertragsbestandteile") nach Art. 95 Minpô sind *nicht deckungsgleich*.

Im Grundsatz ist davon auszugehen, dass die Generalklausel „Yôso" nach Art. 95 Minpô enger gefasst ist als diejenige der „wichtigen Vertragsumstände" nach Art. 4 Shôhisha keiyaku-hô, weil die Irrtumsregelung nur wesentliche Vertragsinhalte und Motive, die durch Äusserung zum Vertragsinhalt geworden sind, erfasst. Die „wichtigen Vertragsumstände" nach Art. 4 Shôhisha keiyaku-hô können dagegen auch Motive umfassen, die nicht geäussert, jedoch vorausgesetzt waren.

[267] *Yamamoto Yutaka*, Hôgaku Kyôshitsu Nr. 242 (2000) 91.
[268] *Okino*, NBL Nr. 685 (2000) 22.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Im Detail ergibt sich aber, dass bloss „subjektiv falsche Tatsachen" (z.B. ein Haus sei das höchste in der Umgebung) nicht Gegenstand des Anfechtungsrechts nach Art. 4 Shôhisha keiyaku-hô sein können. Falls diese subjektiv falsche Annahme bei Vertragsschluss geäussert wurde oder nach Irrtumstheorie erkennbar war, dass diese falsche subjektive Annahme für den Irrenden wichtig war, kann aber ein Motivirrtum nach Art. 95 Minpô vorliegen. Wurde das „objektiv falsche" Motiv oder die „objektiv falsche" Eigenschaft der Vertragspartei gegenüber geäussert, so wurde sie zum Vertragsinhalt, und das Anfechtungsrecht ist in diesem Fall wiederum ausgeschlossen. Die Verbraucherseite ist in diesem Fall auf Art. 95 Minpô (oder Art. 566 ff., 570 Minpô) angewiesen.

Daraus folgt, dass der einzige, ausschliessliche Anwendungsbereich des Anfechtungsrechts im Vergleich zur Art. 95 Minpô in der Irreführung durch das Mitteilen „objektiv falscher Tatsachen" liegt, die aber nicht Vertragsinhalt geworden sind: Es geht um messbare (Kalkulations-, Umrechnungs- und Preisfehler sowie Längenmasse), oder sonst wie beweisbare Tatsachen (Übersetzungsfehler), die nicht zum Vertragsinhalt wurden, weil sie der Gegenpartei gegenüber nicht oder höchstens beiläufig eröffnet wurden.

An diesem Punkt wird es nun sehr schwer vorstellbar, wie der Unternehmer beispielsweise um „das Vorliegen einer Spezialbewilligung" oder „die absolvierte Untersuchung" wissen will, wenn dieses Motiv vor oder bei Vertragsschluss nicht vom Irregeführten geäussert wurde. Die Lehre geht in diesem Zusammenhang mit dem Shôhisha keiyaku-hô, wie erwähnt, auch von Motiven aus, die vorausgesetzt oder irgendwie geäussert wurden. So ergibt sich im Vergleich zu Art. 95 Minpô ein minimer ausschliesslicher Anwendungsbereich für das Anfechtungsrecht nach Art. 4 Shôhisha keiyaku-hô: *wenn der Verbraucher sein Motiv dem Unternehmer gegenüber zwar geäussert hat, dieses aber dadurch noch nicht zum Vertragsinhalt geworden ist.*

Wenn also beispielsweise die Frau beim Kauf des Fisches beiläufig erwähnt, dass sie Sushi zubereiten wolle, so äussert sie ihr Motiv zum Fischkauf. Sobald dieses Motiv bzw. dieser Umstand aber zum Vertragsinhalt wird, nämlich zu einer explizit erwünschten Eigenschaft des Fisches, so ist das Anfechtungsrecht nach Art. 4 Shôhisha keiyaku-hô ausgeschlossen. Die Berufung auf Motivirrtum nach Art. 95 Minpô bleibt jedoch grundsätzlich möglich.

Das lässt den Schluss übrig, dass die praktische Bedeutung des Anfechtungsrechts nach Art. 4 Shôhisha keiyaku-hô für die Verbraucherseite im Vergleich zur Berufung auf den Irrtum (Art. 95 Minpô) *gering ausgefallen* ist.[269] Nicht nur wird inhaltlich ebenfalls eine Äusserung des Motivs erwar-

[269] Yamamoto Yutaka, Hôgaku Kyôshitsu Nr. 242 (2000) 95.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

tet und es stellen sich wieder ähnliche Fragen wie bei der Berufung auf Irrtum, sondern die Fristen zur Geltendmachung des Rechts sind für die Verbraucher ungünstiger.

Ausserdem kann sich mit dem neuen Gesetz zur elektronischen Willenserklärung auch der selbstverschuldet Irrende auf Art. 95 Minpô berufen.

3. Praktische Bedeutung der Cooling-off-Regelungen nach Tokutei shô torihiki-hô

Der Vergleich zwischen Irrtumsregelung und Cooling-off-Regeln ist schwieriger, weil Letztere von allem Anfang an nur auf besondere Geschäftsformen beschränkt sind. Ein voraussetzungsloses Vertragslösungsrecht, das jeder Verbraucher innert einer kurzen Bedenkfrist geltend machen kann, ist grundsätzlich ein praktisch bedeutungsvolles Mittel, um einen ungewollten Vertrag aufzulösen. Ein Cooling-off-Recht sorgt darüber hinaus dafür, dass der Unternehmer, der dieses Vertragslösungsrisiko scheut, frühzeitiger informiert. Der Verbraucher seinerseits wird durch faktisch drohende wirtschaftliche Nachteile angehalten,[270] sein Recht massvoll auszuüben. Das Cooling-off-Recht wird daher auch im japanischen Recht *als Steuerungsmittel für einen „fairen Vertrag"* bezeichnet.[271]

Problematisch ist im Vergleich zur Irrtumsregelung die kurz bemessene Bedenkfrist. Es bestehen grosse Zweifel daran, ob ein Verbraucher tatsächlich innert 8 oder 20 Tagen nach Erhalt der Vertragsunterlagen reagieren kann[272] und reagieren können muss. Wieso sollte er nicht erst bei Erhalt der Unterlagen beginnen, weitere schriftliche Vertragsofferten einzuholen? Die Irrtumsungültigkeit, die jederzeit geltend gemacht werden kann, bietet hier wesentlich mehr Hilfe.

4. Mögliche Informationspflicht für Verbraucher aufgrund der Irrtumslehre

Wie erwähnt, steht das blosse Informationsgebot Verbrauchern gegenüber (Art. 3 Abs. 1) im offensichtlichen Widerspruch zum grundlegenden Verbraucherschutzgedanken (Art. 1).[273] Die fehlende gesetzliche Informationspflicht ist überdies nicht nachvollziehbar, weil zumindest untere Gerichtsinstanzen bisher schon eine Informationspflicht bejaht haben und gestützt auf deren Verletzung – sei es aus unerlaubter Handlung oder sei es

[270] Einerseits hat der Verbraucher erheblichen Aufwand zu betreiben, wenn er einen Vertrag nach dem anderen schliesst und auflöst, andererseits wird der Unternehmer längerfristig die Kosten auf die Waren und Dienstleistungen abwälzen.

[271] *Kawakami*, Hôgaku Seminâ Nr. 10, Bd. 610 (2005) 91.

[272] *Kawakami*, Hôgaku Seminâ Nr. 10, Bd. 610 (2005) 91 f.

[273] *Yamamoto*, Minshôhô Zasshi Bd. 123 (2001) 518 f.; *Moriyama*, Hôeitsu Jihô, Bd. 76 (2004) Nr. 1, 84.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

aus culpa in contrahendo – einen Schadenersatzanspruch bejaht haben.[274] Die Negation einer Informationspflicht des Unternehmers in einem neuen Gesetz, das wie dargelegt neben den allgemeinen Bestimmungen des Zivilrechts zur Anwendung kommt, ist somit anachronistisch.[275]

Mit den relativ neuen zivilrechtlichen Anfechtungsmöglichkeiten nach Tokutei shô torihiki-hô (für die Haustürgeschäfte nach Art. 6 Abs. 1 Ziff. 1 Tokutei shô torihiki-hô) ist wenigstens auch eine beschränkte, geschäftsbezogene Informationspflicht des Unternehmers eingeführt worden.

Der Verbraucher, der vorvertraglich nicht oder nicht genügend über die „wichtigen Vertragsumstände" informiert wurde und dem kein Anfechtungsrecht nach Art. 4 Shôhisha keiyaku-hô zusteht, bleibt in jedem Fall die Berufung auf die allgemeinen zivilrechtlichen Vertragslösungsrechte.[276] Im Rahmen von Art. 95 Minpô besteht damit noch die Möglichkeit, sich auf einen Irrtum in Bezug auf die „wesentlichen Vertragsbestandteile" zu berufen, sofern nach Irrtumslehre der Verbraucher sein Motiv dem Unternehmer gegenüber geäussert hat.

Aus der Irrtumslehre lassen sich, wie unter § 8 lit. F. 4.c. gezeigt wurde, Anhaltspunkte für eine echte Informationspflicht des Unternehmers, ableiten.

Bei Spezialwissen sind dem Unternehmer die zentralen Motive eines Vertragsschlusses (Gegenstand, Preis, Wirkungen, Fragen im Zusammenhang mit den Erfüllungsmodalitäten, Fragen von Bewilligungen und persönlichen Qualifikationen) regelmässig *erkennbar*, so dass er generell dafür verantwortlich sein soll, wenn sich der Verbraucher irrte, weil er nicht oder nur ungenügend informiert war.[277] Mit anderen Worten: Die Irreführung des Verbrauchers bei ungenügender oder unterlassener Information soll grundsätzlich im Risikobereich des Unternehmers liegen.[278] Es handelt sich um eine Risikoallokation, die sich dem Sinn nach für den Verbrauchervertrag bereits aus Art. 1 Shôhisha keiyaku-hô ergibt.

---

[274] OLG Ôsaka, Urteil vom 18.2.1994 in Hanrei Taimuzu Nr. 872, 245 ff.; LG Ôsaka, Urteil vom 23.2.1995 in Hanrei Jihô Nr. 1548, 108 ff.

[275] *Ôsuka*, ZJapanR 13 (2001) 21.

[276] Andere Ansätze zur Begründung einer Informationspflicht im Verbrauchervertrag bleiben selbstverständlich offen. Die japanische Lehre versucht, die fehlende Informationspflicht im Verbrauchervertragsrecht etwa mit der Schadenersatzpflicht aus unerlaubter Handlung oder mit einer Analogie zur neu statuierten Aufklärungspflicht gemäss Art. 3 des Sondergesetzes über Finanzdienstleistungsgeschäfte (Einführung dieser Aufklärungspflicht in Art. 3 mit einer ersten Revision von 2003/Nr. 54 des Gesetzes vom 31.5.2000/ Nr. 101 von 2003/Nr. 54.) zu begründen: *Yamamoto*, Kinhô Nr. 1596 (2000) 9 f.

[277] *Kawakami*, Sonderband NBL Nr. 54 (1999) 30 ff.

[278] *Shiomi*, Minshôhô Zasshi Bd. 123 (2001) 656; Yamamoto, FS Rehbinder, 833; kritischer hierzu *Moriyama*, Hôritsu Jihô, Bd. 76 Nr. 1 83 ganz unten, 84 siedelt Moriyama die Verletzung der Informationspflicht neben „einem zwischen Täuschung und Irrtum stehenden, einem beide Tatbestände in sich vereinenden Begriff" an.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

5. Materialisierung von Art. 95 Minpô

Aus dem Nebeneinander von Minpô und Shôhisha keiyaku-hô [279] und Tokutei shô torihiki-hô sowie den modernen und klassischen Vertragslösungsrechten lässt sich damit umgekehrt fordern, dass im Verbrauchervertrag Art. 95 Minpô verbraucherkonform (gemäss Art. 1 Shôhisha keiyaku-hô) ausgelegt und angewendet werden müsste.

Wurde z.B. bisher noch angenommen, dass der Kauf einer Perlenkette an guter Adresse von einem jungen Mann unter der falschen Vorstellung, dass diese besonders wertvoll sei, kein Irrtum in einem wesentlichen Vertragsbestandteile gemäss Art. 95 Minpô darstellte, wenn der Verbraucher beim Kauf sein Kaufmotiv nicht klar genug dargelegt hat, so könnte es künftig sein, dass die „wesentlichen Vertragsbestandteile" nach Art. 95 Minpô grosszügiger ausgelegt würden, nämlich in dem Sinne, dass der Unternehmer vom Typ des jungen Käufers auf einen Laien in Sachen Perlen hätte schliessen können. Das Irrtumsrisiko liegt neu beim Verkäufer, wenn er den Kunden nicht entsprechend über die Qualität, Herkunft und den entsprechenden Wert informiert oder diesen nicht nach seinen Wünschen und Vorstellungen gefragt hat.

Daraus ergibt sich, dass durch die Legiferierung des Shôhisha keiyaku-hô und des Tokutei shô torihiki-hô sowie deren zu Grunde liegenden Informationsparadigmata auch die Irrtumsregelung[280] materialisiert werden kann.

Ein erstes konkretes Beispiel für eine solche Modernisierung von Art. 95 Minpô im Verbrauchervertrag existiert bereits: In Art. 3 des Gesetzes betreffend die elektronischen Willenserklärungen bei Verbraucherverträgen bzw. die Annahme der elektronischen Anträge vom 27. 3. 2001 (vgl. Anhang IX)[281] steht, dass der Ausschluss der Berufung auf die Irrtumsnichtigkeit nach Art. 95 Minpô bei grob fahrlässiger Verursachung des Irrtums durch den Verbraucher gegenüber einem Unternehmer aufgehoben wird, sofern es sich um einen Verbrauchervertrag handelt, der mittels elektronischer Willenserklärungen auf Distanz erfolgt ist.[282]

---

[279] *Shiomi*, Hôgaku Seminâ Nr. 549 (2000) 10.

[280] *Kawakami*, Sonderband NBL Nr. 54 (1999) 30 ff.; *Yamamoto*, FS Rehbinder, 833; *Yamamoto Yutaka*, Hôgaku Kyôshitsu Nr. 234 (2000) 62, in Bezug auf die mögliche Erweiterung des Vertrauensprinzips nach Art. 1 Abs. 2 Minpô.

[281] 電子消費者契約および電子承諾通知に関する民法の特例に関する法律, (Denshi Shôhisha Keiyaku oyobi denshi shôdaku tsûchi ni kansuru Minpô no tokurei ni kansuru Hôritsu) w.: Sondergesetz zum Minpô in Bezug auf den elektronischen Verbrauchervertrag bzw. die Annahme der elektronischen Anträge: Gesetz Nr. 95/2000, in Kraft seit dem 29.6.2001. Das Gesetz dient der Konkretisierung eines allgemeinen IT-Rahmengesetzes, Nr. 14/2000, das seit dem 6.1.2001 in Kraft ist.

[282] Es muss also ein Verbrauchervertrag durch elektronischen Verkehr, ein Rechnersystem, das auf elektromagnetischer Übertragung basiert, geschlossen worden sein (Art.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Art. 3 Ziffer 1 und 2 knüpfen an den Irrtumsbegriff nach Art 95 Minpô an und setzen folgende zusätzliche Voraussetzungen: Der Irrende muss beim Vertragsschluss entweder keinen entsprechenden oder nur einen fehlerhaften Willen gehabt haben. Es findet also eine Beschränkung auf den Inhaltsirrtum statt.[283]

Zweck dieses Gesetzes ist es, Sonderregelungen zum Minpô für Fehlvorstellungen bei der Abgabe von elektronischen Willenserklärungen unter Abwesenden[284] und solchen im elektronischen Verbrauchervertrag aufzustellen (Art. 1). Grund für diese Erweiterung der Irrtumsungültigkeit nach Art. 3 ist, dass mit elektronischen Mitteln (noch) schneller Fehler entstehen.[285] Weitere Gründe sind: Die Initiative im elektronischen Geschäftsverkehr geht oft vom Unternehmer aus; es ist für den Unternehmer einfach, die nötigen Informationen auf verständliche Art anzubieten. Die *Verkehrssicherheit liegt somit hauptsächlich in der Hand des Unternehmers* (es liegt in seiner Macht, umfassend zu informieren[286]), so dass eine Herabsetzung der Anforderungen an die Berufung auf die Irrtumsnichtigkeit durchaus gerechtfertigt ist.[287] Dieses Gesetz bringt damit neu dem irrenden Verbraucher[288] die Möglichkeit, sich im Fall elektronisch abgegebener Willenserklärungen auch bei grobem Verschulden auf einen Motivirrtum nach Art. 95 Minpô zu berufen[289], sei es, dass er eine Sache gar nicht wollte, sei es, dass er einen anderen Vertragsinhalt wünschte.[290] Bedingung ist, dass der Irrtum sich auf die Willenserklärung zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bezog und nicht auf einen späteren.

Es wird sich hier die Frage stellen, ob die Rechtsprechung aus Verbraucherschutz- und Beweisgründen im E-Commerce nicht auch ihr Erfordernis der „Motiväusserung" etwas einschränken muss.[291]

---

3). Bedingung eines solchen Rechnersystems ist es, dass es ein sog. CPU (Computer Processing Unit) enthält. Es können daher auch I-Podes und gewisse Handys unter diese Definition fallen, *Yamamoto*, Minpô, 197.

[283] *Yamamoto*, Minpô, 197 f.

[284] Der direkte, persönliche Mailverkehr ist vom Anwendungsbereich des Art. 3 ausgeschlossen, *Yamamoto* Yutaka, Jurisuto Nr. 1215 (2001) 79.

[285] *Nakayama* (Hrsg.), Sonderband NBL Nr. 93 (2004) 240; Yamamoto, Minpô, 197.

[286] Von dieser Macht hängt ab, was der Verbraucher auswählt und welche Fehler er begeht, *Kôno*, NBL Nr. 718 (2001) 30.

[287] *Nakayama* (Hrsg.), Sonderband NBL Nr. 93 (2004) 249 f.

[288] Das Verbraucherverhältnis wird gleich wie in Art. 2 Shôhisha keiyaku-hô negativ definiert, *Nakayama* (Hrsg.), Sonderband NBL Nr. 93 (2004) 241, 243 und entspricht damit der Zwecktheorie nach deutschem und schweizerischem Recht.

[289] Beide Irrtumsarten werden von Art. 3 erfasst, *Nakayama* (Hrsg.), Sonderband NBL Nr. 93 (2004) 249.

[290] *Kôno*, NBL Nr. 718 (2001) 30.

[291] A.M. *Kôno*, NBL Nr. 718 (2001) 30.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Es existieren zwei Ausnahmen von der Anwendbarkeit dieser Gesetzesbestimmung:

1.) Wenn der Unternehmer auf dem Bildschirm technische Massnahmen getroffen hat, um die Willenserklärungen des Verbrauchers gehörig zu bestätigen.

2.) Wenn der Verbraucher beispielsweise klar ausgedrückt hat, dass er keiner Bestätigung seitens des Unternehmers bedürfe, so kann er sich später als grob fahrlässig Irrender nicht auf Art. 95 Minpô berufen.

Zusammenfassend kommt der japanische Gesetzgeber mit dieser Erweiterung der Irrtumsregelung (Art. 95 Minpô) der Verbraucherseite im E-Commerce zu Recht entgegen.[292]

Zugleich entfällt aber beim E-Commerce einer der einzigen Vorteile, nämlich die Anfechtungsberechtigung bei selbstverschuldetem Irrtum, den das Anfechtungsrecht nach Art. 4 Shôhisha keiyaku-hô gegenüber der Irrtumsregelung nach Art 95 Minpô brachte.

[292] Wobei zu berücksichtigen ist, dass der E-Commerce in Japan im Vergleich zu Europa nicht sehr verbreitet ist, v.a. aus Respekt vor den technischen Unsicherheiten, *Nakayama* (Hrsg.), Sonderband NBL Nr. 93 (2004) 249.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

§ 9 „Ausnahmsweise beachtlicher Motivirrtum" im Verhältnis zu den modernen verbraucherschützenden Widerrufsrechten nach BGB

A. Widerrufsrechte für Verbraucher im allgemeinen Schuldvertragsrecht des BGB

1. Umsetzung von EU-Richtlinien zum Verbrauchervertragsschutz

Nach dem Prinzip der „Mindestharmonisierung"[1] wurden pflichtgemäss und sukzessive die EU-Verbraucherschutzrichtlinien ins deutsche Privatrecht umgesetzt. Diese teils bestehenden und teils neu legiferierten Verbraucherschutzbestimmungen sind mit dem Gesetz zur Modernisierung des deutschen Schuldrechts vom 26.11.2001, das per 1.1.2002 in Kraft getreten ist, einheitlich ins BGB integriert worden.[2]

Massgebend waren die Regelungen der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.5.1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz (zit. FARL).[3] Diese führten zum deutschen Fernabsatzgesetz vom 30.6.2000, das zu allgemeinen verbraucherschützenden Widerrufsrechtsregelungen in §§ 361a,b BGB a.F. und einem speziellen Widerrufsrecht für Fernabsatzverträge im FernAbsG führte[4], die im Zuge der Schuldrechtsmodernisierung mit §§ 355-359 BGB allgemein und speziell für den Fernabsatzvertrag § 312d BGB ins allgemeine Schuldrecht eingegliedert und geregelt wurden.

Wichtig war ausserdem die Umsetzung der Richtlinie 99/44/EG vom 25.5.1999 (zit. RL zum Verbrauchsgüterkauf)[5], die zur Definition des Verbrauchers und des Unternehmers in § 13 und § 14 BGB sowie zu zahlreichen Verbesserungen im Verbrauchsgüterkauf (§§ 474-479 BGB) führte[6],

---

[1] *Bülow/Artz*, NJW 2000, 2053.

[2] BGBl. I, 3138 ff.; zur systematischen und ausführlicheren Darstellung der durch die Schuldrechtsmodernisierung bewirkten Gesetzesänderungen: *Dörner/Staudinger*, 9 ff.

[3] ABl. EG Nr. L 144, 19 ff.

[4] BGBl. I, 897.

[5] ABl. EG Nr. L 171, 12 ff.

[6] *Meller-Hannich*, 245 ff.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

die den Verbraucher vor Willensstörungen, insbesondere vor „beeinträchtigter Abschlussfreiheit" [7] schützen sollten.[8]

Zentral waren auch die Art. 10, 11 und 18 der Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. 6. 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs (zit. E-Commerce-RL),[9] deren Umsetzung zu § 312e BGB führte.

Erste und wichtige europäische Richtlinie zum Verbraucherschutz war aber bereits diejenige über ausserhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge 85/577/EWG vom 20. 12. 1985[10], die zu einem Haustürwiderrufsgesetz vom 16.1.1986 (HausTWG) führte. Das Widerrufsrecht bei Haustürgeschäften wurde mit der Schuldrechtsmodernisierung als § 312- § 312a und § 312f BGB dem BGB eingegliedert.

Damit sind seit der Schuldrechtsmodernisierung die folgenden verbraucherrelevanten Regeln im BGB geregelt: §§ 13f. BGB zur Definition des Verbrauchers und des Unternehmers, §§ 305 ff. BGB zum erweiterten AGBG-Recht der Verbraucher, § 312 BGB zum Haustürgeschäft, §§ 312b-d BGB zu den Fernabsatzgeschäften, § 312e BGB zum elektronischen Geschäftsverkehr, §§ 355 ff. BGB zur Ausübung und Wirkung der verbraucherschützenden Widerrufsrechte, §§ 474 ff. BGB zum Verbrauchsgüterkauf, §§ 481 ff. BGB zu den Teilzeitwohnrechten und §§ 491 ff., § 499 BGB zu den Verbraucherkreditgeschäften. Es wurden damit zahlreiche *neue oder neu eingegliederte bzw. neue koordinierte verbraucherschützende Widerrufsrechte im BGB* geregelt.[11] Daneben hat die Schuldrechtsmodernisierung zu wesentlichen Neuerungen im Leistungsstörungs-, Verjährungs- und Kaufrecht geführt, auf die alle hier nicht eingegangen werden kann.

Seither hat die EU die Richtlinie 2002/65/EG über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher vom 23.9.2002 erlassen[12], was seit Ende 2004 zu einer Ausweitung des Widerrufsrechts für Fernabsatzgeschäfte auf Finanzdienstleistungen in § 312d BGB geführt hat.[13] Damit ist

---

[7] *Wolf*, 87 ff., insb. 118 ff.

[8] *Staudet/Langer/Schaffelhuber*, JKR 2001, 253.

[9] ABl. EG Nr. L 178, 1 ff.

[10] ABl. EG Nr. L 372, 32 ff.

[11] *Palandt/Heinrichs*, Vorb. zu § 312 N 1 f.; *Mü-Ko/Wendehorst* Vorb. zu § 312bf N 1 ff.; *Mankowski*, 235 ff., 796 ff., 804 f., 893 ff.; grundlegend zur Umsetzung der Fernabsatzrichtlinie bereits *Grigoleit*, NJW 2002, 1151 ff.; *Lorenz*, JuS 2000, 833 ff.; *Fuchs*, ZIP 2000, 1273 ff.; *Bülow/Artz*, NJW 2000, 2049 ff.; *Martinek*, NJW 1998, 207 ff.

[12] Abl. EG L Nr. 271 16 ff.

[13] Gesetz zur Änderung der Vorschriften über Fernabsatzverträge bei Finanzdienstleistungen (FernAbsVtrÄndG) vom 2.12.2004, BGBl. I, 3102.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

die Ausnahmebestimmung für Finanzdienstleistungen, die ursprünglich in § 312d Abs. 3 Nr. 3 BGB geregelt war, weitgehend aufgehoben.

Zudem wurde in den letzten Jahren weiter intensiv über die neuen EU Richtlinienbestimmungen zum Verbot von unlauteren Praktiken im Geschäftsverkehr zwischen Unternehmer und Verbraucher diskutiert (2005/29/EG).[14]

Die pflichtgemässe Umsetzung von EU-Recht darf sich jedoch nicht nur auf die Legiferierung von Verbraucherschutzbestimmungen beschränken, sondern muss sich auch in *richtlinien-konformer Auslegung* umsetzen.[15] Diese Pflicht der deutschen Richter folgt aus der mitgliedschaftlichen Umsetzungspflicht.[16]

2. Kodifizierung der verbraucherschützenden Widerrufsrechte

a) Verbraucherverhältnis

Sämtliche verbraucherschützenden Vertragsbestimmungen knüpfen an das Verbraucherverhältnis an. Grund dafür ist die „weithin" angenommene bzw. strukturelle Unterlegenheit eines Verbrauchers beim Vertragsschluss mit einem Unternehmer.[17] Das Gesetz will damit besondere Rechtsfolgen an die grundsätzlich „gegensätzlichen Motivationen" von Unternehmern und Verbrauchern im Vertrag anknüpfen.[18]

Die Begriffe des Verbrauchers und des Unternehmers sind bereits im Gesetz vom 27.6.2000 in §§ 13 BGB definiert worden.[19] Mit der Schuldrechtsmodernisierung wurden diese Definitionen (§ 13 und § 14 BGB) übernommen. Das Verbraucherverhältnis ist damit seit 2000 einheitlich für das gesamte Schuldvertrags- und Zivilrecht sowie das Zivilprozessverfahren durch die Vertragsbeziehung zwischen Verbraucher und Unternehmer

---

[14] *Micklitz*, Europäisches Verbraucherrecht, 493 ff.; § 7 UWG zur Regelung der „unzumutbaren Belästigungen" entspricht dieser RL, *Köhler* zu § 7 UWG N 4 in: *Köhler Helmut/Bornkamm Joachim* in: Beck'sche Kurz-Kommentare Bd. 13a, Wettbewerbsrecht, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Preisangabenverordnung, 2006, München.

[15] Z.B. Realkreditverträge müssen nach EU-Recht unter das Haustürwiderrufsrecht fallen, Fall "Heininger" EuGH 13.12.2001, NJW 2002, 281 ff.; bestätigt in BGH 10.9. 2002, NJW 2003, 199 ff.; im Zusammenhang mit der Auslegung von § 312d Abs. 4 Nr. 5 BGB, BGH 3.11.2004, NJW 2005, 53 ff.

[16] Zum Ganzen *Meller-Hannich*, 75 ff., insb. 83 ff.

[17] *Medicus*, AT/Stud., N 557; *Wiedenmann*, 43 ff. m.w.H.; *Meller-Hannich*, 133 f.; *Canaris*, AcP 200 (2000) 360 f.

[18] *Meller-Hannich*, 133.

[19] Mit dem „Gesetz über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von Vorschriften auf den Euro" vom 27. 6. 2002, BGBl. I, 897, kam es zu diesen Definitionen und der einheitlichen Regelung der Widerrufsrechte im Verbrauchervertrag nach §§ 361a,b BGB a.F., *Wiedenmann*, 26 f.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

bestimmt.[20] Vorher existierten im deutschen Privatrecht zahlreiche unterschiedliche materiale Regelungen zum Verbraucherverhältnis.[21]

Verbraucher ist nach § 13 BGB, wer eine natürliche Person ist und ein Rechtsgeschäft schliesst, das weder dem Zweck der „gewerblichen" noch der „selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann". Es wurde damit zwar eine negative Umschreibung gewählt[22], positiv aber ausgedrückt, liegt ein Verbrauchervertrag vor, wenn der Vertrag überwiegend dem privaten Gebrauch dient.[23] Ein privater Gebrauch liegt dann vor, wenn er den eigenen Bedürfnissen dient und für die Freizeit oder für die Familie erfolgt.[24]

Auch ein Arbeitnehmer, der zu so genannten „abhängig-beruflichen" Zwecken konsumiert, kann nach dieser Definition ein Verbraucher sein. Dies ist in der Lehre allerdings umstritten.[25] Die Frage, ob ein Arbeitnehmer den im Personalbüro geschlossenen Aufhebungsvertrag mit einem Widerrufsrecht nach § 312 BGB auflösen könne, wurde mit Urteil des BAG vom 27.11.2003 verneint, weil das Personalbüro ein Ort sei, an dem erwartungsgemäss arbeitsrechtliche Fragen geregelt würden. Die Grundsatzfrage, ob einem Arbeitnehmer Verbrauchereigenschaft zukomme, bleibt damit aber weiterhin offen.[26]

Zusammenfassend ist man also nicht aufgrund eines faktischen Konsumierens oder einer Eigenschaft schlechthin Verbraucher, sondern nur, wenn man in der gesetzlich definierten Rolle gemäss § 13 BGB auftritt.[27]Sämtliche weiteren und umgangssprachlichen Verbraucherbegriffe lassen sich damit abgrenzen.[28]

---

[20] BGH 24.2.2005, NJW 2005, 1273 ff.; *BaRo/Schmidt-Räntsch* § 13 N 9, § 14 N 10.

[21] *Medicus*, FS Kitagawa, 471 ff., 472; *Medicus*, FS Kramer, 211 ff., 213 m.w.H.

[22] *Mankowski*, 243 ff., 258 ff.

[23] Hk-VertriebsR/*Micklitz* § 312b N 16; *Palandt/Heinrichs* § 13 N 3; § 312b N 9. Es wurde damit eine negative Definition gewählt, *Mankowski*, 243 ff., 258 ff.

[24] *Meller-Hannich*, 119 ff.

[25] Ob und welches Arbeitsverhältnis unter die Definition des Verbraucherverhältnisses fällt, ist unklar: *Meller-Hannich*, 124 ff.; *Lorenz*, JuS 2000, 2050, ders. NJW 2005, 1889 ff., 1890.

[26] *Thüsing Gregor/Leder Tobias*, Neues zur Inhaltskontrolle von Formulararbeitsverträgen, BB 59 (2004) 42 ff., 43. Den Diskussionsansatz beim "Überrumplungsmoment des Arbeitnehmers" und der ratio des Widerrufsrechts nach § 312 BGB anzusetzen, erscheint unter dem Titel von § 13 BGB aber nicht ganz korrekt. Da der Gesetzgeber die unselbständige Tätigkeit nicht vom Anwendungsbereich ausgenommen hat, kann allein der Vertragsschluss zu überwiegend „privaten Zwecken" massgebend sein, gleichgültig um welchen Vertragstypus es sich handelt. Unproblematisch ist die Frage daher für Medicus, AT/Stud., N 559.

[27] *Medicus*, FS Kramer, 211 ff., 213 f.

[28] a.A. *Meller-Hannich*, 117 f. m.w.H.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Unternehmer nach § 14 BGB kann dagegen sowohl eine natürliche als auch eine juristische Person sein, die beim konkreten Geschäft gewerblich oder zu selbständig-beruflichen Zwecken handelt.
Ein Handeln eines Unternehmers liegt bereits dann vor, wenn das fragliche Geschäft im Zuge der Aufnahme einer Existenzgründung (Miete von Geschäftsräumen) oder einer selbständigen Tätigkeit (Gründung einer Praxisgemeinschaft) erfolgt.[29]

Bestehen Zweifel, so gilt aufgrund des Wortlauts von § 13 BGB, dass eine Vertragspartei Verbraucher ist. Der Unternehmer hat somit im Streitfall zu beweisen, dass die „Verbrauchereigenschaft" nicht vorliegt.[30] Umgekehrt hat der Verbraucher nachzuweisen, dass der Vertragspartner Unternehmer ist und daher für ihn das verbraucherschützende Widerrufsrecht zur Verfügung steht, doch hat er beispielsweise bei eBay-Geschäften keine Möglichkeit, dies zu erkennen, so dass für eine Beweiserleichterung plädiert wird.[31]

Besteht sowohl privater wie auch gewerblicher Zweck bei der Anschaffung eines Autos, so wird auf den überwiegenden Zweck abgestellt.[32]

b) Verbraucherschützende Widerrufsrechte im BGB

Mit der Schuldrechtsmodernisierung sind die Vorschriften über die *„besonderen Vertriebsformen"*, sei es der Direktvertrieb an der Haustüre u.Ä. oder der Fernabsatzvertrieb, unter dem gleichnamigen Titel in den §§ 312-312f BGB geregelt worden.

Für diese besonderen Vertriebsformen ist dem Verbraucher im Verbraucherverhältnis je ein situativ angelegtes Widerrufsrecht, für die Haustürgeschäfte nach § 312 BGB und für die Fernabsatzgeschäfte nach § 312d BGB eingeräumt worden.[33] Aufgabe dieser Widerrufsrechte ist es, den Verbraucher anlässlich dieser besonderen Vertriebsformen im Geschäftsverkehr, die für ihn gewisse Nachteile, für den Unternehmer gewisse Vorteile bringen können, in seiner Selbstbestimmung zu schützen.[34] Auf den sachlichen und persönlichen Anwendungsbereich dieser Widerrufsrechte wird nachfolgend im Einzelnen eingegangen.
Praktisch ohne inhaltliche Veränderung wurden die Bestimmungen zu den

---

[29] BGH 25.2.2005, NJW 2005, 1275 ff.

[30] *MüKo/Micklitz*, vor §§ 13, 14 BGB N 66; Hk-VertriebsR/*Micklitz* § 312b N 12.

[31] BGH 3.11.2004, NJW 2005, 53 ff.; *Mankowski*, JZ 2005, 454 ff.; *MüKo/Wendehorst* § 312b N 20.

[32] *Palandt/Heinrichs* § 13 BGB N 4.

[33] *Mankowski*, 235 ff., 625 ff., 739 ff. Die Fernabsatzgeschäfte umfassen gemäss § 312 b Abs. 2 BGB auch den elektronischen Geschäftsverkehr und seit der Gesetzesänderung vom 2.12.2004 auch die Finanzdienstleistungen (FernAbsVtrÄndG vom 2.12.2004, BGBl. I, 3102).

[34] *Reiner*, AcP 203 (2003) 8.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Teilzeit-Wohnrechtsverträgen (§§ 481-487 BGB) mit einem Widerrufsrecht in § 485 Abs. 1 BGB vom gleichnamigen Sondergesetz (TzWrG) ins BGB eingegliedert.[35] Ausserdem ist ein Widerrufsrecht für Verbraucherdarlehensverträge in § 495 BGB und ein solches für Ratenlieferungsverträge in § 505 BGB vorgesehen.

Ausserhalb des BGB bleiben das Widerrufsrecht für den Fernunterrichtsvertrag (§ 4 Abs. 1 FernUSG)[36] und das Widerrufsrecht des Versicherungsnehmers (§ 8 Abs. 4 VVG) geregelt.[37]

c) Teil des Schuldvertragsrechts

Obschon damit die zentralen Verbraucherschutzbestimmungen des Schuldrechts seit der Schuldrechtsmodernisierung im BGB integriert sind, ist die alte Diskussion um den Sonderrechtscharakter des Verbrauchervertragsrechts in der Lehre noch nicht beendet.[38] Das erstaunt indes nicht, ging es doch bei der Diskussion im Wesentlichen auch darum, dass die privatautonome Vertragsgestaltung im Verhältnis von Verbraucher und Unternehmer zu Unrecht eingeschränkt sei.[39] An diesem grundsätzlichen Vorwurf vermag auch die Integration der verbraucherschützenden Bestimmungen im BGB nichts zu ändern.

Wichtiger erscheint daher zu erkennen, dass jeder für einen kurzen Vertragsmoment Verbraucher sein kann und dass es umgekehrt keine „Nur-Verbraucher" gibt sowie, dass an die blosse Verbrauchereigenschaft noch keine Rechtsfolgen geknüpft sind.[40] Das sind gewichtige Hinweise dafür, dass die Einbettung der engen rollenspezifischen Verbraucher- und Unternehmerbegriffe in den Allgemeinen Teil des BGB und der übrigen verbraucherschützenden Bestimmungen in das allgemeine Schuldvertragsrecht passend ist.

Die verbraucherschützenden Bestimmungen sind deshalb auch nicht vergleichbar mit den arbeits- oder mietrechtlichen Bestimmungen. Diese

[35] *Mü-Ko/Micklitz* vor §§ 13, 14 BGB N 66; *Palandt/Heinrichs* § 13 N 3; *Lorenz/Riehm* N 146 ff., N 152.

[36] Zu allen älteren und weiteren Erscheinungsformen von verbraucherschützenden Widerrufsrechten: *Reiner*, AcP 203 (2003) 1 ff., 3; *Meller-Hannich*, 152 ff., 154, insb. Fn 197, wonach sich wie bisher auch der zu unternehmerischen Zwecken an einem Fernkurs Teilnehmende auf das Widerrufsrecht berufen kann.

[37] I.d.F. vom 21.7.1994, BGBl. I, 1630.

[38] *Wiedemann*, 33 ff. m.w.H. Im Gegenteil wirft er die Frage auf, ob der integrative Ansatz nicht noch mehr "Spannungen" erzeuge und das BGB "überfrachte".

[39] *Dauner-Lieb*, Auf dem Weg zu einem europäischen Schuldrecht?, NJW 2004, 1431 ff., 1433; dies. bereits in: Verbraucherschutz durch Ausbildung eines Sonderprivatrechts für Verbraucher, in: Systemkonforme Weiterentwicklung oder Schrittmacher der Systemveränderung?, 1983, Berlin, 19 ff., 23 f.; *Hommelhoff*, 1 ff..; zum Meinungsstand „von aussen" betrachtet: *Krejci*, FG Mayrhofer, 122 ff.

[40] *Meller-Hannich*, 117 f., 119 ff., 120 f.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

sind auf einen Vertragstypus beschränkt bzw. begründen einen solchen und regeln ausserdem ein Dauerschuldverhältnis. Die vollzogene Integration der verbraucherschützenden Bestimmungen im BGB hilft diesen Rahmen besser zu verstehen.[41]

3. Widerrufsrecht bei Haustürgeschäften

a) Anwendungsbereich von § 312 BGB

Ein Haustürgeschäft nach § 312 Abs. 1 Ziff. 1-3 BGB liegt vor, wenn es sich um einen entgeltlichen Verbrauchervertrag von mindestens 40 Euro handelt, zu dem der Verbraucher am Arbeitsplatz[42] oder im Bereiche seiner Privatwohnung oder derjenigen eines Dritten[43] durch mündliche Verhandlung veranlasst wurde oder der anlässlich vom Unternehmer organisierten Freizeitveranstaltungen oder im Anschluss an ein unerwartetes Ansprechen in öffentlichen Verkehrsmitteln geschlossen wurde.

Diese gesetzliche Aufzählung galt ursprünglich als abschliessend. Sie wird aber von der Lehre, gestützt auf den „Fall Heiniger", als enumerativ aufgefasst. [44] Zu Recht wird darauf hingewiesen, dass sich die Methoden des traditionellen Direktvertriebs geändert hätten und daher auch die „neuen elektronischen Methoden eines Direktvertriebs" nach teleologischen Kriterien auch unter § 312 BGB subsumiert werden müssten.[45] Ausserhalb dieser gesetzlich aufgezählten, typisiert-gefährlichen Tatbestandsvoraussetzungen bzw. Situationen nach § 312 BGB steht jedoch grundsätzlich kein Widerrufsrecht zur Verfügung. Der Vertragsschluss der Mutter auf dem Schulhausplatz der Kinder oder vor dem einzigen Quartierladen des Dorfs ist daher beispielsweise nicht vom geltenden Schutzbereich erfasst.

---

[41] Die einheitliche Definition von Verbrauchern und Unternehmern für das ganze Zivilrecht kann dagegen auch per Sondergesetz erzielt werden, wie die japanische Regelung gezeigt hat. Wieso also bereits die Aufnahme der Definitionen im BGB eine Ausdehnung des Verbraucher- und Unternehmerverhältnisses auf andere „als schutzwürdig empfundene Personengruppen" geradezu hervorrufen soll (*Wiedenmann*, 39 f.), bleibt nicht nachvollziehbar.

[42] Strittig ist, ob auch der Arbeitsplatz eines Selbständigerwerbenden umfasst sei, Hk-BGB *Schulte-Nölke* § 312 N 8.

[43] Es muss nicht die Privatwohnung des Verbrauchers, darf aber auch nicht diejenige des Unternehmers sein, Hk-BGB *Schulte-Nölke* § 312 N 8.

[44] *Palandt/Heinrichs* § 312 N 10; *MüKo/Ulmer* § 312 N 33; nach *Bros* müssten aber auch andere Situationen, wie jene in Heimen oder Anstalten oder an dem Sportplatz, bei denen die Verbraucher überrascht werden, erfasst werden, N 205.

[45] So *Mankowski* 274 f.; kommt allerdings auch zum Schluss, dass sich Direkt- und Fernvertrieb gegenseitig ausschliessen und dass der Negativkatalog bei den Fernabsatzgeschäften nach § 312d Abs. 4 BGB ein vom Gesetzgeber bewusst gesetzter sei und nicht über die Ausweitung des Anwendungsbereichs der Haustürgeschäfte ersetzt werden könne.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Liegt eine dieser Situationen bei Vertragsschluss vor, so wird ein Überraschungs- oder *Überrumplungselement unterstellt* und gesetzlich davon ausgegangen, dass der Verbraucher zum Vertrag „bestimmt" worden ist. Zur möglichst einfachen Vertragslösung wird ihm daher im Gegenzug ein Widerrufsrecht nach § 355 BGB oder ein Rückgaberecht nach § 356 BGB zugestanden. Zentral ist, dass diese Verbraucherschutzbestimmung nicht mehr durch Parteivereinbarung wegbedungen werden kann (§ 312f BGB).[46]

Die Verbraucherverträge können inhaltlich beliebig ausgestaltet werden[47], sie müssen nur in irgendeiner Form „entgeltlich" sein. Erfasst sind beispielsweise auch Bürgschaftsverträge, die eine Entgeltlichkeit für den Verbraucher zur Folge haben können.[48] Ausgeschlossen sind dagegen beispielsweise reine Vereinsbeitritte, da diese in ihrem Kerngehalt nicht entgeltlich sind.[49] Eine Vereinskündigung mit entsprechendem Abfindungsanspruch fällt dagegen wiederum unter das Haustürwiderrufsrecht.[50]
Unbestrittenermassen kann daher auch ein Realkreditvertrag, der an der Haustüre geschlossen wird, widerrufen werden. Nur bewirkt dies noch nicht, dass der mit dem Kredit finanzierte Vertrag auch betroffen wäre.[51]

Der Begriff der „mündlichen Verhandlung" erfasst jede Art von persönlicher Kontaktaufnahme, denn Direktvertrieb in den vertrauten Räumlichkeiten (Ziff. 1 und 2) ist nichts anderes als eine aggressive Verkaufsmethode.[52] Nicht erfasst vom Terminus der „mündlichen Verhandlungen" am Arbeits- oder Wohnort des Verbrauchers ist jedoch die Werbung per Telefon ohne einen anschliessenden Hausbesuch.[53]

Ausserdem sind sämtliche Haustürgeschäfte, die durch Initiative der Verbraucher in ihrem persönlichen Umfeld zu Stande gekommen sind[54] – sei es nur durch Ausfüllen einer Antwortkarte – vom Anwendungsbereich von § 312 BGB ausgeschlossen. Kommt also beispielsweise ein Unternehmer auf Anfrage des Verbrauchers zu diesem nach Hause und werden ihm danach in der Küche zehn verschiedene Kataloge mit Storenstoffen von einem eloquenten Vertreter präsentiert, worauf er einen auswählt und

---

[46] *Brox*, N 201.

[47] Zu allen möglichen Inhalten, *Mankowski*, 225.

[48] *Brox* N 220; entsprechend der durchgehend ablehnenden Haltung in der Literatur (*Lorenz/Riehm*, 65, Fn 7).

[49] *Palandt/Heinrichs* § 312 N 8.

[50] BGH 2.7.2001, BGHZ 148, 201 ff., 206.

[51] BGH 10.9.2002, NJW 2003, 199 ff.

[52] Mit vielen Hinweisen auf Judikatur, *Mankowski*, 224 ff.

[53] BGH 16.1.1996, BGHZ 132, 1 ff.

[54] In BGH 16.1.1996, NJW 1996, 929 f., 930 handelte es sich um einen Fall von Telefonwerbung ohne nachträglichen Hausbesuch, der damit nicht unter den Anwendungsbereich der Haustürgeschäfte fiel.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

somit ein Werkvertrag über nach Mass angefertigte Sonnenstoren zu Stande kommt, dessen Markisestoff aber, wie sich später herausstellen wird, zwar noch regenfest ist, aber nach jedem Regen viele dunkle Faltknitter hinterlässt, so liegt kein Haustürgeschäft nach § 312 BGB vor. Kein Haustürgeschäft liegt ferner vor, wenn bereits vor dem Geschäft eine Geschäftsverbindung bestanden hat.[55] Ähnlich ist der Ausschlussfall, dass ein Verbraucher den Unternehmer (oder den Vertreter) in dessen Wohnung zur mündlichen Verhandlung aufsucht; hier fehlt nach Meinung des Gesetzgebers mangels Überraschungseffekt ebenfalls das Schutzbedürfnis.[56]

Generell *ausgeschlossen vom Anwendungsbereich* des Widerrufsrechts nach § 312 BGB sind gemäss § 312a BGB Verträge, für die ein spezielles Widerrufs- oder Rückgaberecht geregelt ist: z.B. Verbraucherdarlehensverträge (§§ 491 ff. BGB) oder Teilzeit-Wohnrechtsverträge (§§ 481 ff. BGB). Direkt- und Fernvertrieb, also Haustür- und Fernabsatzgeschäfte schliessen sich nach § 312b-d BGB gegenseitig definitionsgemäss aus.[57] Das wird allerdings von Mankowski, der sich hierzu auf die alten Regeln zum Fernabsatz- und Haustürwiderrufsgesetz beruft, angezweifelt.[58] Unbestritten ist, dass das Widerrufsrecht bei Fernabsatzgeschäften demjenigen bei Haustürgeschäften nach gemäss § 312a BGB vorgeht.[59]

b) Würdigung

Der sachlich-situative und persönliche Anwendungsbereich entspricht demjenigen des alten Haustürwiderrufsgesetzes.[60] Dieses Widerrufsrecht bringt damit mit Ausnahme von § 312f BGB keine substanzielle Verbesserung für die Verbraucher. Es ist nun aber gemeinsam mit den anderen zentralen verbraucherschützenden Widerrufsrechten im allgemeinen Schuldrecht geregelt, was die Bedeutung und die Koordination des Verbraucherschutzes fördert.

Das Widerrufsrecht bleibt wichtig, solange an der Haustüre noch immer Verträge über Treuhand-[61] oder Darlehensgeschäfte[62]geschlossen sowie Kaufverträge über Versicherungen, Telefonabonnemente und Haushaltsartikel vereinbart werden können, die allesamt zünftig ins Geld gehen können.

---

[55] OLG Hamm, NJW 1994, 2159.

[56] BGH 30.3.2000, NJW 2000, 3498 ff.

[57] *Fuchs*, ZIP 2000, 1273 ff.,1287; *Palandt/Heinrichs*, § 312a N 2.

[58] *Mankowski*, 274 f.

[59] *Mü-Ko/Ulmer* § 312 N 7.

[60] *Lorenz/Riehm* N 119.

[61] In BGH 2.7.2001, BGHZ 148, 201 wurde der Treuhandvertrag sogar durch einen recht komplizierten "Beteiligungsantrag" gegen Entgelt zum Erwerb eines Anteils an einem Immobilienfonds geschlossen.

[62] BGH 16.1.1996, NJW 1996, 929 f.; BGH 10.9.2002, NJW 2003, 199 ff.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Nicht einzusehen ist, warum das Überrumplungselement beim Vertragsschluss im einzigen Quartierladen unter dem Druck der Augen der anderen Dorfbewohner geringer sein soll als an der Haustüre.

Ebenfalls nicht einleuchtend ist, warum das Überrumplungselement grösser sein soll, wenn der Unternehmer die Freizeitveranstaltung selber organisiert oder wenn dieser an eine Freizeitveranstaltung oder an einen Ausflugsort seine Verkäufer hinschickt, um möglichst gute Geschäfte zu machen.

Offen bleibt auch, ob es für einen Verbraucher tatsächlich einfacher ist, einem Vertreter die Türe zu weisen, der zwar auf Bitten des Verbrauchers zu diesem nach Hause gekommen ist, nun aber mit zehn Stoffkatalogen und Eloquenz bewappnet, diesem etwas verkaufen „muss" (denn sonst hätte sich seine Anreise nicht gelohnt und er hätte seine Provision nicht verdient), als einem Vertreter, der zufällig an der Türe steht. Bedenkt man überdies, dass der Verbraucher vielleicht alt und gehbehindert ist und damit faktisch einen Vertreter zu sich bestellen muss, so besteht kein Grund, warum dieser Verbraucher nach dem Kauf eines speziell angefertigten Storenstoffs, der nicht knitterfrei ist, diesen Vertrag nach dem ersten Regenfall nicht widerrufen können soll (d.h. innert der 14-tägigen Widerrufsfrist).

Sodann ist aus Verbrauchersicht nicht einleuchtend, dass alle so genannten Bagatellschäden unter 40 Euro inhaltlich nicht erfasst sind. Diese dürften nicht selten sein und können kumuliert einen erheblichen Betrag ausmachen. Wenn allerdings der zeitliche Abstand zwischen den einzelnen Vertragsschlüssen nicht zu gross ist, dürfte man eine Gesetzesumgehung nachweisen können.

4. Widerrufsrechte bei Fernabsatzverträgen

a) Allgemeiner Anwendungsbereich nach §§ 312b-d BGB

Die Bestimmungen über die Fernabsatzgeschäfte nach § 312b-d BGB betreffen sämtliche Verbraucherverträge über Warenlieferungen und über die Erbringung von Dienstleistungen einschliesslich von Finanzdienstleistungen[63], die unter ausschliesslicher Verwendung von Fernkommunikationsmitteln abgeschlossen werden, es sei denn, es liege eine gesetzliche Ausnahme vom Anwendungsbereich nach § 312b Abs. 3 BGB vor.[64]

Als Fernkommunikationsmittel werden in § 312b Abs. 2 BGB Medien definiert, die zur Anbahnung und zum Vertragsschluss aus der Ferne dienen. Im Gegensatz zu den Haustürgeschäften besteht *kein persönlicher Kontakt zwischen den Vertragspartnern, bei dem beide physisch anwesend*

[63] FernAbsVtrÄndG vom 2.12.2004, BGBl. I, 3102.
[64] *Lorenz/Riehm* N 125 f.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

sind.[65] Fernkommunikationsmittel sind nach Gesetz beispielsweise Briefe, Kataloge, Fax- und Telefondienste, Fernseh- und Hörfunkdienste oder das Netz.[66] Diese Aufzählung ist nicht abschliessend. Es liegt daher etwa auch ein Fernabsatzgeschäft vor, wenn ein Bote zum Vertragsschluss eingesetzt wird, der dem Verbraucher gegenüber auftritt, aber keine Angaben über den Inhalt und die Vertragsleistung machen kann.[67]

Die Bestimmungen zu den Fernabsatzverträgen betreffen damit auch den Vertragsschluss im Netz, sofern es sich um einen Verbrauchervertrag handelt (§§ 312b Abs. 1 und 2, 312e Abs. 3 BGB). Unter den Anwendungsbereich fallen aber auch die wichtigen, althergebrachten Versandhandelsgeschäfte und Telefonverkäufe[68], die nicht unter die Haustürgeschäfte u.Ä. nach § 312 BGB subsumierbar sind.

Vorausgesetzt wird zudem, dass der Verbrauchervertrag *ausschliesslich* durch ein Fernkommunikationsmittel geschlossen wird. Eine bloss einseitige Benutzung von Fernkommunikationsmitteln oder die zwischenzeitliche und anfängliche persönliche Kontaktaufnahme an der Haustüre schliessen daher beispielsweise die Anwendung von §§ 312b-d BGB aus.[69] Dagegen liegt ein Fernabsatzgeschäft vor, wenn der Verbraucher einseitig mit einem Fernkommunikationsmittel (z.B. einem Prospekt) angeworben wurde und es im Anschluss zu einem Vertrag kommt.[70]

Ausserdem muss sich der betriebliche Anbieter dabei ausschliesslich eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebssystems bedienen.[71] Damit wird die gelegentliche Verwendung eines Fernkommunikationsmittels zum Vertragsschluss vom Anwendungsbereich ausgeschlossen. Die gelegentliche Vereinbarung eines Arzttermins per Telefon oder das Bestellen einer Theaterkarte per Netz sind daher nicht vom Anwendungsbereich der §§ 312b-d BGB erfasst.

Der *sachliche Anwendungsbereich* der Fernabsatzverträge umfasst Waren und Dienstleistungen einschliesslich der Finanzdienstleistungen. Der Begriff der Waren umfasst bewegliche Sachen und Wertpapiere; nicht erfasst sind also etwa beispielsweise Fernabsatzverträge über Strom- oder Wasserversorgung[72] oder über Immobilien. Der Begriff der Dienstleistun-

---

[65] *Fuchs*, ZIP 2000, 1287; *Mü-Ko/Wendehorst* Ergbd. § 312d N 48.

[66] BGH 21.10.2004, NJW 2004, 3699 ff.; *Palandt/Heinrichs* § 312b N 6, 8.

[67] Die Deutsche Post AG wird vom Unternehmer eingesetzt, um eine Unterschrift beim Verbraucher einzuholen; anders der Fall, wenn der Bote vom Verbraucher angesprochen würde, BGH 21.10.2004, JZ 2005, 357 ff., 358.

[68] *Mü-Ko/Wendehorst* Ergbd. § 312d N 48.

[69] *Micklitz*, Vertragsabschlussmodalitäten, 203 f.

[70] *Mü-Ko/Wendehorst* Ergbd. § 312d N 51.

[71] *Palandt/Heinrichs*, § 312b N 6, 8.

[72] Hk-VertriebsR/*Micklitz*, § 312b N 29; differenzierend *Mü-Ko/Wendehorst* Ergbd. § 312d N 37.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

gen ist weit aufzufassen. So sind beispielsweise Providerverträge mit Verbrauchern, die im Netz geschlossen werden, unter diesen.[73] Der Begriff der Finanzdienstleistung wird mit „Bankdienstleistungen sowie Dienstleistungen im Zusammenhang mit Kreditgewährung, Versicherungen, Altersversorgung von Einzelpersonen, Geldanlage oder Zahlung" gesetzlich definiert (§ 312 Abs. 1 BGB).[74] Unklar ist, ob auch die Leasingverträge erfasst sind.[75]

Zweck des Widerrufs- oder Rückgaberechts im Fernabsatzvertrag nach § 312d BGB i.V.m. §§ 355 ff. BGB ist es, die Willensstörungen auszugleichen, die beim Einsatz dieses Vertriebssystems mit Fernkommunikationsmitteln beim Vertragsschluss aufgrund des mangelnden Augenscheins und ungenügender Information entstanden sind.[76] Es geht darum, dass diese Fernkommunikationsmittel keinen Vergleich von Preis und Gegenstand oder Leistung vor dem Vertragsabschluss erlauben.[77] Meist kennt der Verbraucher den Unternehmer auch nicht. Er kann auf Distanz auch nicht sehr viel über dessen Ruf erfahren. Allgemein soll das Widerrufsrecht dazu dienen, die Diskrepanz zwischen (Sach-)Kenntnissen der Unternehmer und der Verbraucher über die Ware bzw. Dienstleistung, die im Fernabsatz noch grösser geworden ist, auszugleichen.[78] Damit steht der gesetzlich geregelte Grundsatz fest, dass jedem Verbraucher eines Fernabsatzvertrags ein Widerrufsrecht zustehen muss; die folgenden *Ausnahmen sind daher restriktiv anzuwenden*:[79]

Ein langer *Negativkatalog* regelt wie in der EU-Richtlinie den generellen Ausschluss vom Anwendungsbereich des Fernabsatzgeschäfts.

Nach § 312b Abs. 3 Ziff. 1-3 BGB ausgeschlossen sind die Fernunterrichtsgeschäfte, die Teilzeitnutzungsgeschäfte von Wohnungen und die Versicherungsgeschäfte, da für diese Geschäfte eigene Widerrufsrechte eingeräumt werden.[80]

Nach § 312b Abs. 3 Ziff. 4 BGB sind ausgenommen Veräusserungsgeschäfte von Grundstücken und anderen dinglichen Rechten an Grundstücken, da diese Geschäfte qualifizierte Formvorschriften voraussetzen.

---

[73] Hk-VertriebsR/*Micklitz*, § 312b N 28 f., 58 f.

[74] Die RL (2002/65/EG) liess wenig Spielraum, insbesondere sollte auch dem Regelungsbedarf im Versicherungsrecht nachgekommen werden, *Felke/Jordans*, NJW 2005, 710.

[75] *Härting/Schirmbacher* CR 2005, 48.

[76] Hk-VertriebsR/*Micklitz* § 312b N 47, 68.

[77] *Micklitz*, Vertragsabschlussmodalitäten, 208.

[78] *Mankowski*, 235 f.

[79] BGH 3.11.2004, NJW 2005, 53 ff.

[80] Kritik bei *Brox* N 209; *Mu-Ko/Wendehorst* § 312b N 72; allerdings ist für die Versicherungsverträge ein entsprechendes Vertragslösungsrecht vorgesehen, *Härting/Schirmbacher*, CR 2005, 48.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Ausserdem sind nach § 312b Abs. 3 Ziff. 5 BGB regelmässige Lieferungsgeschäfte von Lebensmitteln und Getränken sowie aller sonstigen Haushaltsgegenstände des täglichen Bedarfs vom Anwendungsbereich ausgeschlossen, da diese Geschäfte dem Verbraucher vertraut seien.[81] Die Gegenstände entsprechen nach der Lehre etwa dem Sortiment eines Supermarktes und umfassen daher beispielsweise Zeitungen, CDs, Videos, Haarföhne und Kassettengeräte.[82]

Entsprechend fehlt nach Ansicht des Gesetzgebers dem Verbraucher das Schutzbedürfnis bei der Erbringung von Unterkunfts-, Beförderungs- und Freizeitleistungen, die der Unternehmer für eine bestimmte Dauer oder zu einem gewissen Zeitpunkt erbringt (§ 312b Abs. 3 Ziff. 6 BGB).

Nach § 312b Abs. 3 Ziff. 7 BGB sind schliesslich noch Leistungen durch Automaten (Getränke-, Geldwechsel- oder Fahrkartenautomaten) und öffentliche Fernsprechanlagen vom Anwendungsbereich ausgeschlossen, weil diese Vertragstypen unmittelbar mit dem Verbraucher geschlossen werden.[83]

Begrüssenswert ist, dass mit der Gesetzesänderung per Ende 2004 die alten Ausnahmetatbestände gemäss § 312b Abs. 3 Ziff. 3 BGB in Bezug auf die Finanzdienstleistungen gestrichen wurden.
Sinnvoll ist aus Verbrauchersicht zudem die gesetzliche Aufnahme des Günstigkeitsprinzips in § 312b Abs. 5 BGB.[84]

Beschränkt wird der Anwendungsbereich ausserdem nach revidiertem § 312b Abs. 4 BGB bei Fernabsatzgeschäften im Dauerschuldverhältnis.[85] Bei Dauerschuldverhältnissen im Online-Banking oder mit Mobilfunkteilnehmern können damit beispielsweise immer nur die Rahmenverträge widerrufen werden.[86] Den Dauerschuldverhältnissen angeglichen werden mehrere Verbraucherverträge, die in einem zeitlichen Zusammenhang von nicht mehr als einem Jahr stehen. Bei diesen gelten die Informationspflichten des Unternehmers nach § 312d Abs. 4 BGB nur für den ersten Vertrag. Widerrufbar bleibt aber jeder einzelne Fernabsatzvertrag.[87]

Ausserdem ist nach Art. 312d Abs. 4 BGB das Widerrufs- bzw. Rückgaberecht bei den folgenden Fernabsatzgeschäften *ausgeschlossen*:

---

[81] Zu Recht kritisch *Mü-Ko/Wendehorst* § 312b N 81 m.w.H. Sie schlägt vor, darauf abzustellen, ob ein Produkt ein Alltagsprodukt sei oder nicht.

[82] *BaRo/Schmidt-Räntsch* § 312 b N 42; *Palandt/Heinrichs*, § 312b N 15.

[83] *Palandt/Heinrichs* zu § 312b N 17; *Mü-Ko/Wendehorst* § 312b N 89.

[84] Das Günstigkeitsprinzip bedeutet, dass im Zweifelsfall die für den Verbraucher jeweils günstigste Bestimmung gelten soll.

[85] *Härting/Schirmbacher*, CR 2005, 48 f., zum Ausnahmekatalog alten Rechts: *Lorenz*, JuS 2000, 839 f.; *Mankowski*, 235 ff., 792.

[86] *Härting/Schirmbacher*, CR 2005, 49 m.w.H.

[87] Sog. „zusammenhängende Verträge" oder solche mit „Reihencharakter", *Mü-Ko/Wendehorst* Ergbd. § 312d N 94 ff.; *Härting/Schirmbacher*, CR 2005, 49.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

- bei Warenlieferung bzw. -anfertigung auf speziellen Kundenwunsch (Nr. 1),[88]
- bei Audio-Videoaufzeichnungen und die Softwarelieferungen (Nr. 2: „online-downloads", sofern die Datenträger entsiegelt sind),
- bei Zeitungslieferungen (Nr. 3), [89]
- bei Wett- und Lotteriedienstleistungen (Nr. 4) und
- bei der Versteigerungen im Fernabsatz nach § 156 BGB (Nr. 5, wobei „Internet-Auktionen" keine echten Versteigerungen sind.[90])
- Seit Ende 2004 sind neu die Warenlieferungen und die Erbringungen von Finanzdienstleistungen, die Preisschwankungen auf dem Finanzmarkt unterliegen, auf welche der Unternehmer keinen Einfluss hat, auch vom Widerrufsrecht ausgeschlossen (Nr. 6).

Besonders geregelt wurde in diesem Zusammenhang auch, dass das Widerrufsrecht nach § 312d Abs. 3 BGB bei einer Finanzdienstleistung erlischt, wenn beide Parteien den Vertrag auf Wunsch des Verbrauchers vor Ablauf der Widerrufsfrist vollständig erfüllt haben. [91] Zudem besteht kein Widerrufsrecht bei Finanzdienstleistungen, wenn es sich um einen Verbraucherkreditvertrag gemäss § 495 BGB handelt (§ 312d Abs. 5 BGB). Im Zweifelsfall gilt jedoch das Günstigkeitsprinzip nach § 312b Abs. 5 BGB.

b) Informationspflichten und Transparenzgebot

Neben der Regelung des verbraucherschützenden Widerrufsrechts (§ 313d BGB) wurde für die Fernabsatzgeschäfte eine allgemeine Informations-

---

[88] Vorgefertigte Serienbauteile, die der Verbraucher bestellt hat und zusammensetzt, fallen nicht unter diese Ausnahmeklausel, BGH 19.3.2003, NJW 2003, 1665 ff.; betr. Bestellung eines Notebooks mit speziell gewünschten Anfertigungen, entschied BGH 2.4.2003, dass der Widerruf des Verbrauchers zuzulassen sei, wenn die Spezialanfertigungen ohne grossen Aufwand wieder abgetrennt werden können (VIII ZR 295/01).

[89] Keine Zeitschrift oder Illustrierte i.S.v. von § 312d I BGB ist beispielsweise die Werbeanzeige für einen Filmkalender, BGH 27.3.2003, NJW 2004, 1114 ff., 1115.

[90] D.h., dass Verbraucherkaufverträge im Internet, die nicht durch Zuschlag, sondern durch Angebot und Annahme entstehen, widerrufen werden können (BGH 3.11.2004, NJW 2005, 53 ff.). Mit diesem Entscheid hat der BGH eine verbraucherfreundliche Rechtsanwendung von § 312d Abs. 4 Nr. 5 BGB eingeleitet.

Zudem sind Versteigerungen im Netz, bei welchen trotz Zuschlages noch ein Vorbehalt besteht, auch wieder ausgenommen, so dass in diesem Fall ein Widerrufsrecht neben der Irrtumsanfechtung nach § 119 BGB besteht, *Palandt/Heinrichs* zu § 312d N 15; Abgrenzung zu den Fällen von „Verkäufen mit Höchstgebot", die nicht unter die Ausnahmeklausel fallen, *Mankowski*, JZ 2005, 444 ff., 445; aktuelle Angaben zum Widerrufsrecht bei Online-Auktionen bei *Hoffmann Helmut*, Die Entwicklung des Internetrechts, NJW 2005, 2595 ff.; ders., Die Entwicklung des Internetrechts von Anfang 2001 bis Mitte 2002, NJW 2002, 2602 ff.

[91] *Härting/Schirmbacher*, CR 2005, 49.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

pflicht und ein Transparenzgebot (§ 312c BGB) statuiert, die besagen, dass ein Unternehmer dem Verbraucher die relevanten Informationen des Verbrauchervertrags verständlich erbringen müsse.[92] Es entstand eine Reihe von speziellen verbraucherschützenden Informationspflichten des Unternehmers, die ein Informationsdefizit des Verbrauchers bei Fernabsatzgeschäften von allem Anfang an verhindern sollen.

Es entstand hierzu eine besondere Informationspflichten-Verordnung nach Bürgerlichem Recht vom 2.1.2002[93] (zit. BGB-InfoV), die inhaltliche Informationspflichten für den Fernabsatzvertrag (§ 1 BGB-InfoV) und damit auch für den elektronischen Geschäftsverkehr (§ 3 BGB-InfoV) festlegt. Mit der Revision der Fernabsatzbestimmungen per Ende 2004 wurden diese Informationspflichten bereits erstmals angepasst.[94]

Die verbraucherschützenden Informationspflichten sind hier von besonderem Interesse, weil deren Verletzung zur beliebig langen Ausübung des Widerrufsrechts des Verbrauchers berechtigt, weil die Frist für die Ausübung des Widerrufsrechts erst beginnt, wenn alle Informationen erbracht worden sind (§ 312d Abs. 2 und 3 BGB). Damit ist die *Wechselseitigkeit von gehöriger Informationspflicht einerseits und verbraucherschützendem Vertragslösungsrecht andererseits ausdrücklich gesetzlich geregelt.*

Die Informationspflichten des Unternehmers waren ursprünglich in formfreie vor und schriftliche nach dem Vertragsschluss unterteilt (§ 312c Abs. 1 und 2 BGB).[95] Seit der Gesetzesänderung von Ende 2004 statuiert § 312c Abs. 2 BGB bei Finanzdienstleistungen grundsätzlich immer „schriftliche" vorvertragliche Informationspflichten. [96] Nur bei den übrigen Fernabsatzgeschäften genügen noch nachvertragliche schriftliche Informationspflichten, wobei diese auch vor Vertragsschluss stattfinden dürfen.[97]

Vorliegend interessieren in Bezug auf den fehlerhaften Willensbildungsprozess (den Motivirrtum) primär die vorvertraglichen Informationspflichten[98]: Der Unternehmer hat dem Verbraucher gemäss § 312c Abs. 1 BGB diese Informationen rechtzeitig vor Eintritt der vertraglichen Bin-

---

[92] *Palandt/Heinrichs* § 312c N 1; *Mü-Ko/Wendehorst* § 312c N 1.

[93] BGBl. I, 342, i. d. F. vom 5.8.2002 (BGBl. 3002).

[94] VO über Informations- und Nachweispflichten nach bürgerlichem Recht i.d.F. vom 2.12.2004, BGBl. I, 3104.

[95] BT-Drucks 14/6040, 168. Die Textform im Sinne von § 312c Abs. 1 BGB richtet sich dabei nach § 126b BGB.

[96] Nach § 312 c Abs. 3 BGB sind die Vertragsunterlagen samt AGB als Urkunde, d.h. auf Papier, zu übersenden. Härting/Schirmbacher, 2005, 52.

[97] *Härting/Schirmbacher* CR 2005, 51; *Mü-Ko/Wendehorst* Ergbd. § 312c N 2 spricht daher neu von einem „dreigleisigen System" der Informationspflichten.

[98] Die inhaltlich aber den nachvertraglichen schriftlichen Informationspflichten gemäss § 312c Abs. 2 BGB weitgehend entsprechen (vgl. § 1 Abs. 2 und Abs. 3 BGB-InfoV).

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

dungswirkung zur Verfügung zu stellen. Es gilt dabei ein minimales Verbot der Irreführung, indem der Unternehmer über den Zweck und seine Identität gemäss § 312 c Abs. 1 BGB informieren muss.[99] BGB-InfoV § 1 Abs. 1 (Nr. 1-12) bestimmt den weiteren Inhalt dieser Informationspflichten.[100] Diese zwölf inhaltlichen Punkte sollen den Verbraucher befähigen, selbstbestimmt und frei zu entscheiden, ob der Verbrauchervertrag geschlossen werden soll oder nicht.[101]

Der Unternehmer muss Angaben machen zu seiner

- Identität und zu seiner „*ladungsfähigen*"[102] *Kontaktadresse* (Nr. 1-3) inklusive zu seinem Eintrag im öffentlichen Unternehmensregister und zu seinen Vertretern und anderen gewerblichen Mitarbeitern, mit denen der Verbraucher in seinem Wohnsitzland zu tun haben wird.[103]

Ausserdem hat er die folgenden Informationen zum Vertragsgegenstand zu erteilen:

- *Wesentliche Merkmale* der Ware oder Dienstleistung (Nr. 4)

Gemeint sind damit in erster Linie die „essentialia negotii." Der Begriff der „wesentlichen Merkmale" geht aber über diese hinaus. Die „wesentlichen Merkmale" sind auch nicht identisch mit der „Beschaffenheitserklärung" nach § 434 BGB, denn die Informationen sollen dem Verbraucher ermöglichen, das konkrete Ergebnis bei Vertragsschlusses möglichst klar zu erkennen und ihm eine Entscheidungsgrundlage bieten, ob er den Vertrag eingehen will oder nicht.[104]

---

[99] *Härting/Schirmbacher* CR 2005, 49; praktisch wird es sich als Unternehmer empfehlen, die Informationen zu den Waren und Dienstleistungen ständig auf der eigenen Homepage bereitzuhalten.

[100] *Mü-Ko/Wendehorst* Ergbd. § 312c N 7 ff., auch dazu, inwiefern diese Informationspflichten den europäischen Standard überschreiten.

[101] *Schöttle*, NJW 2005, 1979 ff., 1980; *Härting/Schirmbacher* CR 2005, 48.

[102] Wurde aufgrund der Rechtsprechung mit der Gesetzesänderung von 2004 eingeführt; z.B. OLG Hamburg 27.3.2003, NJW 2004, 1114 ff. betreffend der Anschrift des Unternehmers, die nach § 1 Abs. 1 BGB-InfoV „ladungsfähig" im Sinne des Prozessrechts sein müsse, anderenfalls der Informationspflicht nicht genüge getan werde.

[103] *Härting/Schirmbacher*, CR 2005, 50.

[104] *Ba&o/Schmidt-Räntsch* § 1 BGB-InfoV N 6 ff. m.w.H., a.A. *Mü-Ko/Wendehorst* Ergbd. § 312c N 23, die von reinen Beschaffenheitsangaben ausgeht. Dazu steht etwas im Widerspruch, wenn *Wendehorst* später diese Informationspflicht (Nr. 4) als „Vertragsbedingung" charakterisiert, über die eigentlich nicht informiert werden könne, da es sich um eine Konsensfrage handle, a.o.O. N 70.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

- Mindestlaufzeit des Vertrags und Vorbehalt einer Ersatzlieferung (Nr. 5 und 6)
- Gesamtpreis der Ware oder Dienstleistung, sofern dieser angegeben werden kann, ansonsten reicht die Angabe der Berechnungsgrundlagen (Nr. 7)[105]
- Zusätzliche Kosten aus Lieferung und Versand (Nr. 8)
- Zahlungs-, Lieferungs- und Erfüllungsmodalitäten (Nr. 9)
- *Informationen über das Widerrufsrecht (Nr. 10)*

Diese Informationspflicht des Unternehmers wurde mit der Gesetzesänderung per Ende 2004 ebenfalls ausgeweitet. Der blosse Hinweis auf das Widerrufs- und Rücktrittsrecht reicht erstens nicht mehr, sondern der Unternehmer muss hervorheben, wenn kein solches Vertragslösungsrecht besteht. Zweitens muss über die Einzelheiten der Ausübung informiert werden, damit der Verbraucher weiss, an wen, wie und wohin er seine Widerrufs- bzw. Rücktrittserklärung mit welchen Rechts- und Kostenfolgen zu richten hat.[106]

Ausserdem muss der Unternehmer den Verbraucher über die

- zusätzlichen Kommunikationskosten[107] und die Gültigkeitsdauer des Vertragsangebots (Nr. 11-12) informieren.[108]

Daneben existieren neuerdings besondere Informationspflichten für Fernabsatzgeschäfte mit Finanzdienstleistungen nach § 1 Abs. 2 Nr. 1-6 BGB-InfoV, wobei hier nur zwei herausgegriffen werden:

- Angabe der Aufsichtsbehörde, d.h. der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (Nr. 1).
- Hinweise auf besondere Risiken des Finanzmarkts (Nr. 2).[109]

Wird eine dieser Informationen nicht erteilt, so kann der Verbraucher sein Widerrufs- und Rücktrittsrecht im Fernabsatzgeschäft gemäss § 312d Abs. 2 oder 3 BGB u.U. beliebig lange ausüben.[110]

---

[105] Als Informationspflicht auf einer Anwaltshomepage beispielsweise reicht damit ein Hinweis auf das Rechtsanwaltsvergütungsgesetz, *Schöttle*, NJW 2005, 1979 ff., 1980.

[106] *Schöttle*, NJW 2005, 1979 ff., 1980.

[107] Z.B. muss die Höhe des Tarifs einer Service-Rufnummer angegeben werden, Schöttle, NJW 2005, 1979 ff., 1980.

[108] *MüKo/Wendehorst Ergbd.* § 312c N 50 ff.

[109] *Härting/Schirmbacher*, CR 2005, 50.

[110] *MüKo/Wendehorst Ergbd.* § 312c N 142.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Erleidet der Verbraucher ausserdem einen Schaden durch die Informationspflichtverletzung, so kann er zusätzlich einen Schadenersatzanspruch aus Vertrag nach § 280 Abs. 1 BGB oder aus culpa in contrahendo nach § 313 Abs. 2 BGB geltend machen.[111] Ausnahmsweise berechtigt die Berufung auf den Schadenersatzanspruch nach deutscher Lehre auch auf die Vertragsauflösung im Sinne einer Naturalrestitution nach § 249 BGB.[112] Umschreibt der Unternehmer beispielsweise die Vertragsleistung (Nr. 4) nicht klar, so muss er akzeptieren, dass jede „nicht unerhebliche Abweichung von der Beschaffenheit" einen Gewährleistungsanspruch nach §§ 434 BGB entstehen lässt.[113] Die Irrtumsanfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB steht dem Verbraucher zumindest theoretisch auch offen, doch hierzu später. Lauterkeitsrechtliche Unterlassungsansprüche nach § 2 UklaG bleiben ebenfalls vorbehalten.

Die Beweislast liegt nach der Lehre aufgrund von § 355 Abs. 2 BGB beim Unternehmer.[114]

c) Fernabsatzverträge per Telefon im Besonderen

Rechtsgeschäfte, die per Telefon angebahnt werden, sind alltägliche Fernabsatzverträge nach § 312 b-d BGB. Da diese Geschäfte aber nicht nur in Abwesenheit der Parteien, sondern auch immer mündlich zu Stande kommen, hat der Gesetzgeber zusätzliche Vorschriften legiferiert:

Nach § 312c Abs. 1 BGB muss der Unternehmer den Verbraucher zu Beginn des Gesprächs über seine Identität (seinen Namen und den des Arbeitgebers) und den Zweck des Geschäfts offen informieren. Die entsprechenden Angaben dürfen nicht erst vor Vertragsschluss erteilt werden. § 1 Abs. 3 BGB-InfoV schränkt für die Fernabsatzgeschäfte per Telefon Informationspflicht des Unternehmers soweit ein, dass dieser die Informationen im Sinne von § 1 Abs. 1 BGB-InfoV nur anbieten müsse,[115] es sei denn, der Verbraucher habe eine Vorauszahlung geleistet.

Kommt der Vertrag direkt am Telefon zu Stande, so entfällt von der Sache her die Pflicht zur nachträglichen schriftlichen Information nach § 312c Abs. 2 2.S. BGB. Anderenfalls gilt, wie für alle anderen Fernabsatz-

---

[111] *Palandt/Heinrichs* § 312c N 12; Fuchs ZIP 2000, 1278 ff., 1280; *Grigoleit*, NJW 2002, 1151 ff., 1155.

[112] Ausführlich *Canaris*, AcP 200 (2000) 273; *Fleischer*, 91; *Grigoleit*, NJW 1999, 900 f. mit Besprechung des hierzu wichtigen BGH-Urteils vom 26.9.1997, NJW 1998, 302; *Lorenz/Riehm* N 129; seit jeher a.A. *Medicus*, AT/Stud. N 109, v.a. wegen der Missachtung des Verschuldungsdogmas gemäss § 123 BGB.

[113] *Mü-Ko/Wendehorst Ergbd.* § 312c N 138.

[114] *Mü-Ko/Wendehorst Ergbd.* § 312c N 147; *Bülow/Artz* NJW 2000, 2049.

[115] Falls der Unternehmer alle diese Informationen anbietet, kann auf die Angaben zur ladungsfähigen Anschrift verzichten werden (Nr. 3). *Mü-Ko/Wendehorst Ergbd.* § 312c N 73 ff.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

verträge, dass bis zur vollständigen Erfüllung des Vertrags die vollständigen Vertragsbestimmungen dem Verbraucher in Textform übergeben werden müssen (§ 312c Abs. 2 Ziff. 1 BGB).[116] Zumindest muss der Verbraucher die Anschrift der Niederlassung des Unternehmers wissen, damit er allfällige Beanstandungen vorbringen kann (§ 312c Abs. 2 2.S. BGB).

In jedem Fall gilt aber auch bei Telefongeschäften § 241a BGB: Sämtliche unbestellten Leistungen begründen keine Ansprüche gegenüber dem Verbraucher.[117] Faktisch wird damit ein Unternehmer auch den Beweis antreten müssen, dass er die oben genannten Informationspflichten anlässlich des Telefongesprächs erbracht hat, denn anderenfalls kann sich ein Verbraucher darauf berufen, dass er die Ware nicht bestellt habe. Zumindest sind dem Unternehmer die Einwände verwehrt, dass die Leistung nicht für den Verbraucher gewesen sei oder er irrtümlich von einer Bestellung ausgegangen sei und der Verbraucher dies erkannt habe (§ 241 a Abs. 2 BGB).

Lauterkeitsrechtlich besteht neben diesen schuldrechtlichen Vorschriften ein Schutz nach § 7 Abs. 2 Ziff. 2 UWG[118], der jede Werbung am Telefon ohne Einwilligung des Verbrauchers verbietet[119] und sanktioniert, ohne dem Verbraucher jedoch das viel wirkungsvollere Vertragsauflösungsrecht zuzuweisen. Im Übrigen gelten die gleichen Rechtsfolgen wie für die allgemeinen Fernabsatzgeschäfte (lit.b) beschrieben wurde.

d) Fernabsatzverträge per elektronischem Geschäftsverkehr § 312e BGB

aa. Anwendungsbereich von § 312e BGB

Jeder Verbraucher, der einen Vertrag im elektronischen Geschäftsverkehr schliesst, geht per definitionem einen Fernabsatzvertrag im Sinne von § 312b-d BGB ein, indem er ein elektronisches Kommunikationsmittel nutzt.[120] Dieser Verbraucher kann sich daher auf zusätzliche Pflichten des Unternehmers aus § 312e BGB berufen.

§ 312e BGB definiert den „Vertrag im elektronischen Geschäftsverkehr" als einen Vertrag, der durch den Einsatz eines Tele- oder Mediendienstes[121]

---

[116] Handelt es sich um ein Finanzdienstleistungsgeschäft, das telefonisch angebahnt werden soll, so müssen die besonderen Informationen nach § 1 Abs. 2 BGB-InfoV nicht angegeben werden, Härting/Schirmbacher, CR 2005, 51.

[117] *Bülow/Artz*, NJW 2000, 2056; kritisch *Medicus* AT/Stud. N 104 m.w.H.

[118] *Köhler*, NJW 2004, 2125.

[119] Die Werbung per E-Mail, per automatischem Telefonbeantworter und per Faxgerät nach § 7 Abs. 2 Ziff. 3 UWG ist überdies sogar nur mit Einwilligung aller Erklärungsempfänger zulässig, *Köhler*, NJW 2004, 2125.

[120] BT-Drucks 14/6040), 170; *Palandt/Heinrichs* § 312c N 12; *Micklitz*, Vertragsabschlussmodalitäten, 210 f.

[121] Die Begriffe stammen aus dem deutschen Teledienstgesetz und einem Mediendienstestaatsvertrag. Es werden mit diesen alle elektronischen Kommunikationsmittel umfasst:

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

seitens des Unternehmers gegenüber dem Kunden zu Stande kommt, wobei die Dienste individuell abrufbar sein müssen. Nicht erfasst von dieser Definition sind die „medialen Grossdienste", wie Rundfunk oder Fernsehen.[122]

Der Begriff „Kunde" zeigt auch im deutschen Recht, dass § 312e BGB *keine eigentliche Verbraucherschutzbestimmung* ist, sondern auf alle Fernabsatzverträge des Unternehmers (§ 14 BGB) im Netz anwendbar ist, demnach auch auf diejenigen zwischen Unternehmer und Unternehmer.[123]

§ 312e BGB sieht kein spezielles Widerrufsrecht für Verträge im elektronischen Verkehr vor. Es gilt das allgemeine Widerrufsrecht der Verbraucher für Fernabsatzverträge gemäss § 312d i.V.m. §§ 355 ff. BGB, was sich nur indirekt aus § 312b Abs. 1 und 2 BGB i.V.m. § 312d BGB sowie aus § 312e Abs. 3 2.S. BGB ergibt. Selbstverständlich können im E-Commerce auch andere Widerrufsrechte geltend gemacht werden, beispielsweise, wenn ein elektronischer Verbraucherdarlehensvertrag geschlossen wird (§ 495 BGB).[124]

Nicht erfasst nach § 312e Abs. 2 BGB ist dagegen der ausschliesslich individuelle E-Mail-Verkehr zwischen einem Unternehmer und seinem Kunden.[125] Diese Art von Fernabsatzvertrag wird mit dem klassischen per Brief- oder Telefonverkehr gleichgestellt. Die für das Online-Geschäft übliche „unbegrenzte Zahl nicht individualisierter potenzieller Kunden" fehlt dem individuellen E-Mail-Verkehr.[126]

Damit ergibt sich, abgesehen von den spezifischen Informationspflichten, auf die gleich einzugehen sein wird, für den Verbraucher eines elektronischen Fernabsatzvertrags nichts grundlegend anderes als für den eines anderen Fernabsatzvertrags. Insbesondere ändert die Ausweitung des Anwendungsbereichs auf alle Unternehmer-Kundenverhältnisse nichts am „Informationsmodell" des Verbraucherschutzes. Es bedeutet nur, dass jeder Unternehmer, der eine Homepage im Internet mit Bestellmöglichkeiten via E-Mail eingerichtet hat, bereits auf die Informationspflichten nach § 312e BGB und § 3 BGB-InfoV achten muss. Im Unterschied zum Einsatz der

---

Als Teledienste gelten beispielsweise das Internet-Shopping (Warenbestellung via Internetdatenbanken), das Telebanking, alle Arten von Datendiensten wie Börsen-, Verkehrs- und Wetterdaten und die übrigen Nutzungsdienste des Internets. Als Mediendienste gelten Text-, Ton- oder Bildinformationen, die über elektromagnetische Schwingungen angeboten werden: *Micklitz*, Vertragsabschlussmodalitäten, 210 f.

[122] Hk-BGB/*Schulte-Nölke* zu § 312e N 2.

[123] Der elektronische Fernabsatzvertrag zwischen Unternehmern untersteht nur § 312e BGB, *Palandt/Heinrichs* SMG § 312e N 3; *Grigoleit*, NJW 2002, 1152 und Fn 14, wobei einschränkend unter Unternehmern bloss § 312 Abs. 1 Nr. 4 BGB zwingend ist.

[124] Hk-BGB *Schulte/Nölke* zu § 312e N 12.

[125] *Micklitz*, Vertragsabschlussmodalitäten, 210 f.

[126] *Lorenz*, JuS 2000, 838.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

übrigen Fernkommunikationsmittel wird bei der elektronischen Vertriebsform kein ausschliessliches Vertriebssystem des Anbieters mehr vorausgesetzt, so dass auch der gelegentliche oder teilweise Einsatz des Mediums Internet[127] bei Vertragsschlüssen ausreichend ist für die Anwendbarkeit dieser besonderen Informationspflichten.

bb. Vertragsschluss im Netz

Um das Verhältnis von Irrtumsanfechtung zum Widerrufsrecht und zu den Informationspflichten dieses speziellen Fernabsatzvertrags im Anschluss beurteilen zu können, ist an dieser Stelle kurz auf den Vertragsschluss im Netz im Allgemeinen (§§ 145 ff. BGB) einzugehen.[128] Es ist unbestritten, dass der Mausklick als elektronisch übermittelte Erklärung und alle elektronisch ermittelten Erklärungen als Fortführungen oder Ausdrucksmittel des menschlichen Willens gelten. Sowohl E-Mails als selbst formulierte Willenserklärungen als auch die rein elektronisch übermittelten Erklärungen, wie Online-Erklärungen, gelten als Willenserklärungen im Rechtssinne.[129] Auch die so genannten Computererklärungen, die „automatisch" durch ein Datenverarbeitungssystem und das entsprechende Programm zu Stande gekommen sind, werden als dem Anlagebetreiber zurechenbare, eigene Willenserklärungen angesehen.[130] Verträge im Netz kommen daher bei Übereinstimmung zweier elektronischer Willenserklärungen nach den allgemeinen Regeln des Schuldrechts zu Stande.[131] Welches in concreto die Willenserklärung ist und ob eine invitatio ad offerendum oder eine verbindliche Offerte (§ 145 BGB) vorliegt, bestimmt sich durch Auslegung.[132] Generell trägt der Absender das Risiko des Zugangs einer Willenserklärung. Die Erklärung selbst wird, wie bereits erwähnt, objektiv aus Sicht des Empfängers beurteilt. Wie bereits zum Erklärungsirrtum erörtert, muss sich ein „Klickender" auch bei fehlendem Erklärungsbewusstsein seine abgegebene Willenserklärung anrechnen lassen.[133]

Nicht eindeutig geklärt ist im Zusammenhang mit § 147 BGB, welche Verträge im Netz als Verträge zwischen Abwesenden oder als solche zwi-

---

[127] *Micklitz*, Vertragsabschlussmodalitäten, 210 f.

[128] Statt vieler, für das deutsche und schweizerische Recht: *Langer*, 246 ff., 299 ff.

[129] *Brox*, N 147, 149; *Döner* AcP 202 (2002) 363; vgl. vorne zum Erklärungsirrtum, § 5. A. 4.

[130] BGH 26.1.2005, NJW 2005, 975 ff.; *Palandt/Heinrichs*, Einf. zu § 116 N 1; *Rehbinder/Schmaus*, 315.

[131] *Döner* AcP 202 (2002) 374 ff.; *Soergel/Wolf* vor § 145 N 108 ff.; *Langer*, 339; LG *Münster* 21.1.2000, NJW 2000, 730 ff. m.w.H.

[132] BGH 7.11.2001, NJW 2002, 363 ff., 364; BGH 26.1.2005, NJW 2005, 975 ff.; *Rehbinder/Schmaus*, 317 f.

[133] *Palandt/Heinrichs*, Einf. zu §116 N 17; *Wildemann*, 10 ff.; von *Bernuth*, 174.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

schen Anwesenden gelten. Je nach Abschlussform unterscheiden sich die Vertragsschlüsse im Netz:[134]

Ein Vertragsschluss per E-Mail wird nach h. L. aufgrund der räumlichen Trennung als ein Vertrag unter Abwesenden (§130) BGB betrachtet.[135] Das bedeutet, dass für einen erfolgreichen Vertragsschluss die Annahmeerklärung per Netz dem Erklärungsempfänger zugehen muss. Nach § 312e Abs. 1 2. Satz BGB ist das der Fall, wenn der Erklärungsempfänger die Erklärung „unter gewöhnlichen Umständen abrufen" kann. Vorausgesetzt sind damit der Zugang der Erklärung im Machtbereich des Empfängers, der von der Lehre als ein dem Empfänger zugänglicher Bereich definiert wird .[136] Dieser liegt konkret in der Speicherung der Erklärung auf dem eigenen oder einem fremden Rechner bei Zugriff auf die persönliche Mailbox.[137] Von einem Teil der Lehre wird neben dem objektiven Machtbereich noch eine subjektive Widmung der eigenen E-Mail Adresse zum Empfang von rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen verlangt.[138] Eine tatsächliche Kenntnisnahme der Erklärung ist jedoch nicht erforderlich, denn auf diesen Zeitpunkt abzustellen, hiesse, dem Erklärungsempfänger allein die Vertragsentstehungsmacht zu erteilen.[139]

---

[134] *Rehbinder/Schmaus*, 314 f., unterscheiden daher die häufigsten Vorkommen: das Online-Shopping, den Vertragsschluss per E-Mail und denjenigen durch unmittelbare Kommunikation, z.B. Chatforen und die verschiedenen Arten der Übertragung von Willenserklärungen, 322 ff.: das Speichern und Abrufen, die direkte Übermittlung.

[135] *Brox*, N 147; *Dörner*, AcP 202 (2002) 363 ff.; *Thot*, 52.

[136] *Soergel/Hefermehl* zu § 130 N 8.

[137] *Palandt/Heinrichs* zu § 130 N 7a; *Dörner*, AcP 202 (2002) 371; in der Literatur besteht zum Thema des Zugangs der elektronischen Willenserklärung jedoch keine Einigkeit: *Brox*, N 150 und Wildemann, 10 gehen etwa davon aus, dass erst dann von "Zugang der Willenserklärung" zu sprechen sei, wenn die Nachricht effektiv zur Kenntnis genommen wurde, dies hiesse zum Beispiel nach Abruf der Mailbox. Andere, wie *Larenz/Wolf* § 26 N 25, von *Bernath*,178, gehen davon aus, dass schon von "Zugang der Willenserklärung" gesprochen werden könne, wenn die E-Mail im Mail-Server (sei es dem eigenen oder einem zwischengeschalteten) eingegangen ist, nach von *Bernath* hat man ab Empfang im "elektronischen Briefkasten" etwa einen Tag Zeit diesen auf eingetroffene Nachrichten hin zu überprüfen; nach Dilger, 27 f., muss die Willenserklärung in der Mailbox in „lesbarer Form" gespeichert sein.

Die überwiegende Lehrmeinung geht beim Geschäftsgebrauch einer E-Mail-Adresse (z.B. im Briefkopf) davon aus, dass sich der Empfänger im Geschäftsverkehr wie an seinem Briefkasten, seinem Postfach oder seinem Telefaxanschluss an seiner E-Mail-Adresse behalten lassen muss, *Dörner* AcP 202 (2002) 368; *Bierekoven*, 29 ff.; *Soergel/Hefermehl* zu § 130 BGB N 13.; *Heun*, CR 1994, 593.

[138] So die Abrufbarkeit nach § 312e Abs. 1 Ziff. 4 BGB gemäss *Langer*, 312; a.A. *Dilger*, 28; *Ernst Stefan*, Der Mausklick als Rechtsproblem – Willenserklärung im Internet NJW-CoR 1997, 165 ff., 167.

[139] *Dörner*, AcP 202 (2002) 365 f.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Ein Vertragsschluss im Netz durch direkte Online-Erklärungen, die einen unmittelbaren Dialog mit Rückfragemöglichkeiten darstellen, wie etwa bei Videokonferenzen per Netz oder bei Chatforen üblich, wird dagegen als Vertrag unter Anwesenden beurteilt.[140] Er bleibt aber trotzdem ein Fernabsatzgeschäft nach §§ 312 b-d BGB, das im elektronischen Verkehr i.S.v. § 312e Abs. 1 BGB zu Stande gekommen ist.

cc. Informationspflichten

§ 312e Abs. 1 Ziff. 1-4 BGB stellt neben den allgemeinen Vertragsregeln spezielle Pflichten für den anbietenden Unternehmer im E-Commerce auf, wobei Ziff. 4 den Mindeststandard setzt, dass der Vertragstext mit samt den Allgemeinen Geschäftsbedingungen elektronisch zur Verfügung stehen muss.

Dem Kunden sind die technischen Schritte, die zum Vertragsschluss führen, und die Hilfsmittel zur Korrektur zur Verfügung zu stellen, bevor er seine Bestellung aufgibt (§ 312e Abs. 1 BGB, § 3 BGB-InfoV Nr. 1).

Nach § 3 der BGB-InfoV Nr. 2 hat der Unternehmer folgende Informationspflichten zu erbringen: Er muss über die einzelnen technische Schritte, die zum Vertragsschluss führen, informieren sowie darüber, ob der Vertragstext gespeichert werde oder nicht und wie der Kunde die Eingabefehler entdecken kann; darüber hinaus hat er alle für den Vertragsschluss zur Verfügung stehenden Sprachen und „sämtliche einschlägigen Verhaltenskodizes, denen sich der Unternehmer unterwirft", zugänglich zu machen. Danach hat der Unternehmer die Bestellung des Kunden immer unverzüglich zu bestätigen (§ 312e Abs. 1 BGB, § 3 BGB-InfoV Nr. 3).

Ratio dieser Informationspflichten ist die Behebung von besonderen Informationsdefiziten und Zwangssituationen, die durch den Einsatz dieses besonderen Fernabsatzkommunikationsmittels (§ 312 b Abs. 1 und 2 BGB) entstehen. Diese Informationspflichten bestehen daher auch neben den allgemeinen aus Fernabsatzgeschäft (§ 1 BGB-InfoV).[141] So hat das OLG München beispielsweise entschieden, dass „interne Links" nicht ausreichend seien, um den Verbraucher vor seinem Vertragschluss zu informieren. Die Informationen müssten „zwangsläufig" auf dem Bildschirm des Interessenten erscheinen.[142]

---

[140] *Dörner*, AcP 202 (2002) 375; *Bierekoven*, 25.

[141] *Mü-Ko/Wendehorst* § 312c N 155.

[142] OLG München 12.2.2004, NJW-RR 2004, 1345 ff.; a.M. *Palandt/Heinrichs* § 312c N 7.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

dd. Würdigung

§ 312e BGB dient der Förderung des *Fairness im Geschäftsverkehr im Internet*, der für alle Unternehmer *zu einer erheblichen Marktausweitung* geführt hat.[143]

Die Ausweitung der speziellen Informationspflichten nach § 312e BGB auf alle Unternehmer-Kundenverhältnisse im E-Commerce ändert nichts am „Informationsmodell" des Verbraucherschutzes. Sie ist sachlich ohne weiteres gerechtfertigt, denn die Zwangslagen, die sich aus den technischen Besonderheiten des Mediums ergeben, sind für alle Benutzer die gleichen. Ausserdem ist im elektronischen Geschäftsverkehr noch weniger ersichtlich (als beim Einsatz anderer Fernkommunikationmittel), wer Kunde des Unternehmers ist.

Allgemein gilt, dass der elektronische Fernabsatzvertrag auch zu Stande kommt, wenn die Informationspflichten nach § 312e BGB nicht erfüllt wurden.[144] Besondere Regelungen finden sich zudem weder in § 312e BGB noch in § 3 der BGB-InfoV für den Fall, dass der Kunde nach Abgabe der Erklärung (e contrario § 312e Abs. 1 Ziff. 1 BGB) seine allenfalls fehlerhafte Erklärung korrigieren möchte. In diesen Fällen muss mit den allgemeinen Irrtumsregeln nach § 119 BGB vorgegangen werden.

Bei einem individuellen Rechtsgeschäft per E-Mail entfällt zwar das hier interessierende Widerrufsrecht nach § 313d BGB und die übrigen allgemeinen Rechtsfolgen bei Informationspflichtverletzung (nach lit.c) nicht, aber die speziellen Vorschriften zur Verhinderung von Eingabefehlern und die speziellen Informationspflichten, an die das Widerrufsrecht angeknüpft wird, entfallen. Für den individuellen E-Mail-Verkehr zwischen Verbraucher und Unternehmer ist es demnach ausreichend, wenn der Unternehmer gemäss § 312e Abs. 2 i.V.m. § 312 Abs. 1 Ziff. 4 BGB den Vertragstext mit den Allgemeinen Geschäftsbedingungen elektronisch zur Verfügung stellt.

5. Gemeinsame Bestimmungen zu den verbraucherschützenden Widerrufsrechten

Es wird im Folgenden gemeinsam auf den Zweck, die Rechtsnatur und die Ausübung der behandelten Widerrufsrechte eingegangen.

[143] Hk-BGB *Schulte/Nölke* zu § 312e N 1.
[144] *Palandt/Heinrichs* § 312 N 11; *Lorenz/Riehm* N 143.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

a) Zweck

Verbraucherschützende Widerrufsrechte sind Widerrufsrechte[145], die im Zusammenhang mit dem Verbraucherschutz für den Verbraucher legiferiert wurden. Es handelt sich damit um das verbraucherschützende Instrument schlechthin, das durch die Definition des Verbraucherverhältnisses im BGB und des gemeinsamen Titels „Widerrufs- und Rückgaberechte bei Verbraucherverträgen" (§§ 355-360 BGB) an Kontur[146] und Gewicht gewonnen hat.

Dogmatisch dienen sowohl das Widerrufsrecht für Haustür- wie auch das für Fernabsatzgeschäfte dem *Schutz der ungestörten Willensbildung* (des Verbrauchers), indem sich dieser auch ohne Angabe eines Grundes von einem Vertrag lösen können soll. In beiden Fällen wird der Schutz an die besondere Vertriebsart geknüpft, im ersten Fall rein situativ und im zweiten Fall auch an das verwendete Vertriebsmittel.[147]

Wie für das japanische Recht lässt sich daher auch hier erkennen, dass die Gründe für die Regelung eines Widerrufsrechts im Vertragsrecht vielseitig sind: Entweder handelt es sich um inhaltlich besonders komplizierte oder folgenschwere Geschäfte für die Verbraucher oder um solche, die in problematischen Vertragssituationen entstehen.

b) Rechtsnatur

Die Rechtsnatur der Widerrufsrechte gilt seit der Schuldrechtsmodernisierung als vereinheitlicht. Das Widerrufsrecht nach § 355 BGB gilt seither mehrheitlich als *Unterfall des Rücktrittsrechts*[148], auch als Mittelstellung zwischen Anfechtungs- und Rücktrittsrecht.[149]

Klar ist mit dem Gesetzeswortlaut von § 355 BGB, dass vom alten System der „schwebenden Unwirksamkeit" zur „schwebenden Wirksamkeit" des Verbrauchervertrags gewechselt wurde.[150] Das neue Konzept passt besser zur Vorstellung, dass der Verbraucher grundsätzlich erst einmal einen Erfüllungsanspruch hat, um sich klar zu werden, ob er das Widerrufsrecht

---

[145] Das BGB kennt etwa den Widerruf von Willenserklärungen in § 130 BGB, ein allgemeines Widerrufsrecht in § 109 BGB und besondere Widerrufsrechte bei der Schenkung (§§ 530 BGB), die der Irrtumsregelung übrigens vorgehen (BGH 27.9.1991, NJW 1992, 183 ff.) sowie ein Widerrufsrecht beim Auftrag (§ 671 BGB), der Auslobung (§ 658 BGB) und der Anweisung (§ 790 BGB).

[146] *Meller-Hannich*, 151 ff., 155.

[147] *Lorenz*, 53 f. ; wobei nach *Meller-Hannich* zu Recht kein einheitlicher Begriff der Widerrufsrechte existiert, sondern diese in situative, vertragsbezogene und rollenspezifische unterteilt werden können, 152 ff.

[148] *Mü-Ko/Ulmer* FernAbsG N 8, 30; *Lorenz/Riehm* N 439 f.

[149] *Mankowski*, 53 f.; *Lorenz* , 53 f.

[150] Statt Vieler *Mankowski*, 36 ff., 53 ff.; zur früheren Rechtslage auch *Meller-Hannich*, 156 ff.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

überhaupt ausüben will.[151] Auf die Rechtsfolgen des Widerrufs sind nach § 357 BGB kohärent subsidiär die Rücktrittsfolgen anwendbar.

Das eigentliche Widerrufsrecht kann auch durch ein *Rückgaberecht* ersetzt werden, sofern das Gesetz ein solches vorsieht (§ 356 BGB).[152] Beim Haustürgeschäft (§ 312 Abs. 1 Ziff. 2 BGB) und beim Fernabsatzgeschäft mit Waren (§ 312d Abs. 1 Ziff. 2 BGB) ist es vorgesehen. Die Ausübung des Rückgaberechtes erfolgt mit der Zurücksendung der Ware, die damit auch Widerrufsrechtsausübung ist.

Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang, dass im Zuge der Umsetzung der RL zum Verbrauchsgüterkauf neben diesen speziellen Widerrufsrechten für alle synallagmatischen Verträge das Rücktrittsrecht des Gläubigers bei nicht vertragsgemäss erbrachter Leistung nach § 323 Abs. 1 BGB eingeführt worden ist.

c) Ausübung

Die Ausübung der verbraucherschützenden Widerrufsrechte nach §§ 312 BGB ist unter einem separaten Titel „Widerrufs- und Rückgaberechte bei Verbraucherverträgen" (§§ 355-360 BGB) gemeinsam und koordiniert geregelt. Ähnliche Vorschriften waren bereits im Jahre 2000 mit den §§ 361a, b BGB a.F. geregelt worden.[153]

Räumt das Gesetz ein Widerrufsrecht ein, so kann es vom Verbraucher innerhalb von 14 Tagen voraussetzungslos und schriftlich oder durch Rücksendung der Ware geltend gemacht werden (§ 355 Abs. 1 BGB).

Bei einem Kauf auf Probe beginnt die zweiwöchige Widerrufsfrist (bei korrekter Belehrung) erst mit der Billigung des Kaufvertrags von § 312d BGB.[154] Für Sukzessivlieferungsverträge beginnt die Frist mit der letzten Lieferung.[155] Die Beweislast für den Fristbeginn trägt in allen Fällen jedoch der Unternehmer (§ 355 Abs. 2 4. S. BGB).

Der Fristenlauf beginnt nur, wenn der Verbraucher schriftlich über sein Widerrufsrecht informiert worden ist, wobei nebst dem Widerrufsrecht Anschrift und Name des betrieblichen Anbieters mitgeteilt sein müssen (§ 355 Abs. 2 2S. BGB).[156] Die Widerrufsbelehrung muss zudem darüber aufklären, dass der Verbraucher zu einem Wertersatz verpflichtet wird bei bestimmungsgemässem Gebrauch der Ware (§ 355 Abs. 2 i.V.m. § 357 Abs. 3 BGB).

---

[151] *Lorenz*, JuS 2000, 2051.

[152] *Lorenz/Riehm* N 453.

[153] *Mü-Ko/Ulmer* zu § 361 BGB a.F. N 14 ff.

[154] BGH 17.3.2004, NJW-RR 2004, 7058 ff.

[155] *Lorenz/Riehm* N 121.

[156] Fristenlauf beginnt nicht, wenn der Verbraucher nicht über den Anfangszeitpunkt des Fristenlaufs informiert wurde, insofern bereits §§ 2-3 HWiG (BGH 2.7.2001, BGHZ 148, 201 ff.).

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Ist die Belehrung erst nach Vertragsschluss erfolgt, beträgt die Widerrufsfrist 1 Monat (§ 355 Abs. 2 3.S. BGB). Wurde der Verbraucher zu keinem Zeitpunkt über sein Widerrufsrecht informiert, so erlischt das Widerrufsrecht nicht (§ 355 Abs. 3 BGB). Es galt ursprünglich eine absolute Frist von 6 Monaten seit Vertragsschluss für die Ausübung des Widerrufsrechts, die aber vom EuGH als gemeinschaftsrechtswidrig erklärt wurde[157], so dass nach revidiertem *§ 355 Abs. 3 Nr. 3 BGB ein zeitlich unbegrenztes Widerrufsrecht besteht,* wenn der Verbraucher nicht ordentlich über sein Widerrufsrecht informiert worden ist.[158] Das gilt nach § 355 Abs. 3 BGB auch, wenn der Unternehmer seinen übrigen Mitteilungspflichten gemäss § 312 c Abs. 2 Nr. 1 BGB nicht nachgekommen ist.[159]

Die Widerrufserklärung hat in Textform im Sinne von § 126 b BGB zu ergehen, was bedeutet, dass sie auch elektronisch erfolgen kann, sofern die Wiedergabe der Schriftzeichen dauerhaft ist. Eine mündliche Erklärung auf einem Telefonbeantworter oder einer Voice-Mailbox würde dagegen die Voraussetzung nicht erfüllen.[160] Eine Begründung ist dagegen nicht nötig. Die Ausübung kann daher auch konkludent durch Rücksendung der Ware erfolgen.

Nach Anlage 2 zu § 14 der BGB InfoV genügt die Widerrufsbelehrung den gesetzlichen Anforderungen, wenn sie dem formulierten Muster entspricht: „Sie können Ihre Vertragserklärung innerhalb von 2 Wochen ohne Angabe von Gründen in Textform (z.B.) widerrufen. Die Frist beginnt frühestens mit Erhalt dieser Belehrung. Zur Wahrung der Widerrufsfrist genügt die rechtzeitige Absendung des Widerrufs. Der Widerruf ist zu richten an....“ Es folgen Angaben über die Widerrufsfolgen sowie betreffend Geschäft, Ort, Datum und Unterschrift.

d) Rechtsfolgen

Ist das Widerrufs- oder das Rückgaberecht nach § 355 Abs. 1 BGB wirksam ausgeübt, so wird die Vertragsbindung beseitigt, und der Verbrauchervertrag ist ex nunc unwirksam. Dem Widerrufenden steht ein Rückabwicklungsanspruch ex nunc auf seine bereits erbrachten Leistungen zu.[161]
Der anbietende Unternehmer hat im Gegenzug Anspruch auf *Rückerstattung der Ware* (§ 357 BGB), wobei Erfüllungsort der Ort der belegenen Sache ist. Die Rücksendung auf Kosten des Unternehmers ist bei „paketfä-

---

[157] Fall „Heiniger“, NJW 2002, 281 ff.; BGBl. 2002 I, 2850.
[158] *Medicus*, AT/Stud., N 575.
[159] *Härting/Schirmbacher*, CR 2005, 53.
[160] *Lorenz*, JuS 2000, 837.
[161] *Lorenz/Riehm*, N 440 f.; das bedeutet, dass kein Zinsanspruch auf den bereits gezahlten Leistungen ab Zahlung besteht, sondern lediglich einer ab Rechtshängigkeit, BGH 2.7. 2001, BGHZ 148, 201 ff., 207 f.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

higen Sachen" vorgeschrieben.[162] Sofern der Verbraucher eine Teilzahlung oder seine Gegenleistung noch nicht erbracht hat, dürfen ihm nach revidiertem Fernabsatzrecht dabei auch die Rücksendekosten bei einem Bestellwert unter 40 Euro auferlegt werden (§ 357 Abs. 2 BGB).[163]

Nach § 346 Abs. 2 BGB führen Verbrauch, Veräusserung, Verarbeitung, Verschlechterung, Belastung und Untergang der Ware etc. zu einer *Wertersatzpflicht des Verbrauchers*, weil das Widerrufsrecht im Gegensatz zum allgemeinen Rücktrittsrecht innert Frist zulässig ist, auch wenn den anbietenden Unternehmer keinerlei Verschulden trifft (§ 357 Abs. 1 und 3 BGB, § 345 Abs. 2 BGB).[164] Beim Widerruf von Finanzdienstleistungsverträgen ist allerdings explizit kein Wertersatz geschuldet, wenn der Verbraucher mangelhaft informiert worden ist (§ 312d Abs. 6).[165] Diese gesetzliche Pflicht zum Wertersatz entfällt nur, wenn der Gläubiger die Verschlechterung oder den Untergang der Ware irgendwie zu vertreten hat oder der Schaden auch beim Unternehmer eingetreten wäre oder wenn sich der Mangel der Ware erst bei der Verarbeitung gezeigt hat (§ 375 Abs. 3 und § 364 Abs. 3 1. S. Nr. 1, 2 BGB). Wenn der Untergang oder die Schlechterstellung der Ware zufällig oder fahrlässig (unter „Wahrung der eigenüblichen Sorgfalt", § 346 Abs. 3 1. S. Nr. 3) geschehen ist, bleibt die Wertersatzpflicht des Verbrauchers bestehen.[166] Voraussetzung ist allerdings, dass der Verbraucher bis zum Vertragsschluss in Textform über diese Rechtsfolgen korrekt informiert worden ist (§ 357 Abs. 3 BGB).

Umstritten ist in der Lehre auch, ob diese Wertersatzpflicht erst besteht, wenn der Verbraucher von seiner Rückgewährspflicht nach § 275 BGB befreit ist[167] oder ob sie grundsätzlich besteht und der Verbraucher daher versuchen kann, sich nach Massgabe von § 242 BGB von ihr zu befreien, indem er beispielsweise die Ware wiederbeschafft oder repariert.[168] Unklar

---

[162] *Lorenz/Riehm*, N 445 ff., 446.

[163] Allerdings sind keine Hinsendekosten geschuldet. Der Verbraucher kann also im Widerrufsfall auch den Versandkostenanteil, den er bezahlt hat, zurückfordern, LG Karlsruhe 19.12.2005 (Az. 10 6 794/05); allgemein zu den Rücksendekosten: *Lorenz/Riehm*, N 446; *Härting/Schirmbacher*, CR 2005, 53.

[164] *Lorenz/Riehm*, N 445 ff., 447 ff. m.w.H., gewichtige a.M.: *Medicus*, Schuldrecht I, N 578; *Micklitz*, Europäisches Verbraucherrecht, 611.; *Mü-Ko/Wendehorst* Ergbd. § 312d N 8.

[165] *Mü-Ko/Wendehorst* Ergbd. § 312d N 135.

[166] *Palandt/Heinrichs* zu § 364 N 13-13b, der Verbraucher darf grundsätzlich davon ausgehen, dass er die Ware sorgfältig benutzen darf, auch nach Ausübung des Widerrufsrechts, denn es wird davon ausgegangen, dass er sich nicht sogleich einen Ersatz beschaffen kann; *Lorenz*, NJW 2005, 1889 ff., 1892 f. m.w.H. zur Diskussion.

[167] Der Verbraucher muss also alles unternommen haben, was in seiner Macht steht, um die Ware wieder zu beschaffen.

[168] *Lorenz*, NJW 2005, 1889 ff., 1892 f.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

ist auch die Höhe des Wertersatzes, die sich aufgrund des Gesetzes nach Massgabe der Gegenleistung bestimmt.[169]

6. Zusammenfassende Würdigung

Die Kritik an dem gesetzlich geregelten Verbraucherbegriff (in § 13 BGB), der nicht auf die konkrete Schutzwürdigkeit einer Person, sondern einzig auf den Geschäftsabschluss zu Privatzwecken abstellt, hat auch mit der Schuldrechtsmodernisierung und der Integration der zentralen Verbraucherschutzbestimmungen im BGB nicht abgenommen: Mit den Definitionen von §§ 13 BGB würden etwa zwei neue „Menschengruppen" geschaffen, die von Gesetzes wegen ungleich behandelt werden sollten[170] oder es sei Raum geschaffen worden für die beliebige Ausdehnung weiterer „schutzwürdiger" Personengruppen.[171]

Die einheitliche Definition des Verbraucherbegriffs in § 13 BGB ist dagegen zu begrüssen. Sie zeigt erstens ein Bekenntnis zum „Verbraucherschutz"[172] und führt zweitens zur Vereinheitlichung der Rechtsprechung und damit zur Rechtssicherheit.[173]

Trotz der Schuldrechtsmodernisierung sind noch immer einige Verbraucherschutzbestimmungen ausserhalb des BGB geregelt, so dass weder von einem eigenständigen Verbrauchervertragsrecht noch innerhalb des BGB von einem einheitlichen Verbraucherschutzkonzept ausgegangen werden kann, denn die Bestimmungen sind nicht unter einem einheitlichen Titel geregelt, sondern verstreut. Es kann auch nicht von einer sehr schlanken Regelung des Verbrauchervertragsschutzes im BGB ausgegangen werden, denn es sind rund vierzig Bestimmungen zu diesem Thema geregelt. Eine Folge ist, dass das Verhältnis von besonderen verbraucherschützenden Widerrufsrechten und Informationspflichten zu den überkommenen Vertragslösungsrechten, hier beschränkt auf die Irrtumsregelung, erst noch näher bestimmt werden muss.

Die besonderen Widerrufsgründe, die der Fernvertrieb (Fernabsatzgeschäfte § 312b-d BGB) und der Direktvertrieb (die Haustürgeschäfte nach § 312 BGB) begründen, werden immerhin durch einheitliche Regeln zur Ausübung des Widerrufsrechtes nach §§ 355ff. BGB ergänzt. Das schafft

---

[169] *Canaris*, FS Wiedemann, 3 ff., 12 ff., 23 f.; *Arnold, Arnd/Dötsch, Wolfgang*, Verschärfte Verbraucherhaftung beim Widerruf?, NJW 2003, 187 ff., 188, die einen Verpflichtung zum Ersatz des objektiven Wertes der Ware oder Dienstleistung vorschlagen.

[170] *Adomeit*, NJW 2004, 581; *Bydlinski*, AcP 204 (2004) 368 ff.; *Dauner-Lieb, Barbara*, Auf dem Weg zu einem europäischen Schuldrecht?, NJW 2004, 1431 ff., 1433.

[171] *Wiedenmann*, 39 ff.

[172] *Mankowski*, 247.

[173] Im UWG, das per 8.7.2004 in Kraft getreten ist, werden die Verbraucher in die Schutzzweckbestimmung von § 1 UWG aufgenommen, wobei bereits selbstverständlich §§ 13-14 BGB massgebend sind, *Köhler*, NJW 2004, 2121 ff.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Sicherheit in der Ausübung und hilft, die Kenntnisse um die Widerrufsrechte zu verbreiten. Einheitliche Regelungen sind damit als verbraucherfreundlich zu qualifizieren. Negativ fällt jedoch die Wertersatzpflicht nach §§ 357 Abs. 3, 346 Abs. 2 BGB auf, weil den Verbraucher auch „keine Schuld" trifft, wenn er sein Widerrufsrecht ausübt (bzw. ausüben muss), weil er bei Vertragsschluss von falschen Vorstellungen ausgegangen ist. Insbesondere leuchtet nicht ein, wieso dem Verbraucher das Risiko für den marktbedingten sofortigen Wertverlust einer Ware (wie z.B. einem Motorfahrzeug) zugeteilt werden soll. Im Resultat bewirkt damit § 357 Abs. 3 BGB ein etwas fragwürdiges, aber effektives Hemmnis bei der Ausübung jedes verbraucherschützenden Widerrufsrechts.[174]

Trotz der inhaltlichen Unterschiede liegt den behandelten verbraucherschützenden Widerrufsrechten letztlich der gleiche Gedanke zu Grunde: Im Direktvertrieb und im Fernabsatz sollen sich die Verbraucher gegenüber dem Unternehmer ohne Angabe eines Grundes innert einer Frist vom Vertrag lösen können.

Die Verwendung von Fernkommunikationsmitteln (§ 312b-e BGB) schliesst den direkten Kontakt aus, wie er bei den Haustürgeschäften nach § 312 BGB nötig ist. Wesentlicher Inhalt dieser verbraucherschützenden Widerrufsrechte und Informationspflichten ist, dass der Unternehmer den Verbraucher über den Vertrag, seinen Inhalt und Zweck, so weitgehend zu informieren hat, dass ihm eine fehlerfreie Willensbildung über die Waren und Dienstleistungen sowie deren Eigenschaften und Preise inklusive weiterführenden Preisbestandteile möglich wird. Erst, wenn alles Mögliche von Unternehmerseite unternommen wurde, beginnt die 14-tägige Widerrufsfrist des Verbrauchers zu laufen, und dieser kann sich immer noch nachträglich überlegen, ob er am bereits abgeschlossenen Vertrag festhalten möchte.

Zu begrüssen sind die besonderen Informationspflichten für die Finanzdienstleistungeschäfte nach § 1 Abs. 2 BGB-InfoV und insbesondere diejenigen für den elektronischen Geschäftsverkehr nach § 312e BGB, die auch Fernabsatzgeschäft nach § 312 d BGB darstellen. In Anbetracht der Tatsache, dass das „falsche Datenmaterial" oder die falsche „Softwareeinstellung" die Grundlage von fehlerhaften Willenserklärungen des Erklärenden bilden können, meist aber nicht von dieser gleichen Person stammen, erscheint es bei einem Verbrauchervertrag im Netz besonders streng, den Erklärenden an einer Erklärung festzuhalten, zu der er überhaupt nichts, auch nicht auf der Stufe der Willensbildung, beigetragen hat. Zudem rechtfertigen die technischen Schwierigkeiten dieses Mediums besondere Informationspflichten.

---

[174] *Mü-Ko/Wendehorst* Ergbd. § 312d N 8; *Lorenz/Riehm* N 447 ff. m.w.H. zu dieser Diskussion.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Den Betreiber einer Website treffen damit zusätzliche, spezielle Pflichten, wie das Zurverfügungstellen von technischen Hilfsmitteln zur Korrektur bei Eingabefehlern (Bestätigungs-Klick).

In jedem Fall gilt § 241a Abs. 1 BGB, so dass bei Zusendung von unbestellter Ware auch ein konkludenter Vertragsschluss ausgeschlossen wird.

Alle hier zitierten Urteile des BGH zu den behandelten „neuen" verbraucherschützenden Widerrufsrechtsbestimmungen sind insgesamt erfreulich, denn sie zeigen, dass am Grundgedanken des Verbraucherschutzes festgehalten und in diesem Sinne das Recht angewendet wird.

B. Vergleich zur Irrtumsregelung nach § 119 Abs. 2 BGB

1. Einschränkung des Vergleichs

Weil es vorliegend um die Abgrenzung dieser Rechtsbehelfe aus der Verbraucherschutzperspektive geht, wird auf die Möglichkeiten der Irrtumsanfechtung (§ 119 BGB) und der Ausübung des Widerrufsrechts (§ 355 BGB) juristischer Personen[175] nicht eingegangen.

2. Im Allgemeinen

a) Zum Schutz vor Willensstörungen

Zunächst erscheinen die Schutzzwecke der verbraucherschützenden Widerrufsrechte und der Irrtumsanfechtung verschieden: Die Widerrufsgründe nach § 312 ff. BGB dienen dem *abstrahierten Schutz* vor Beeinträchtigung der Abschlussfreiheit von Verbrauchern und betreffen besondere Situationen des Vertragsschlusses.[176] Die Irrtumsanfechtung nach § 119 BGB dient dagegen dem *individuell-konkreten Schutz* des wirklich beeinträchtigten Willens und betrifft den Vertragsinhalt.[177] Beide lassen sich aber als Rechtsbehelfe zum Schutz vor Willensstörungen[178] bei Vertragsschluss zusammenfassen; schliesslich sind die Grenzen zwischen ungewollten Vertragsschlusssituationen und ungewollten Vertragsinhalten fliessend; überdies hat der Gesetzgeber diese Grenzen normativ verwischt. Beide Rechtbehelfe bewirken, dass Selbstbestimmung im rechtsgeschäftlichen Verkehr realisiert und die Unfreiheit im Willen[179] bei Vertragsschluss verhindert

---

[175] Obschon sich beispielsweise fragen lässt, ob ein Idealverein oder eine Stiftung zu Recht von der Definition des Verbrauchers nach § 13 BGB ausgeschlossen sind, HK-VertriebsR/*Micklitz*, 2002, N 15, 52.

[176] Zum Ganzen *Lorenz*, 88 ff., 213 ff.; *Brox*, N 201 ff.

[177] *Palandt/Heinrichs*, § 119 N 1.

[178] Begriff der Willensstörungen stammt von *Wolf*, 87 ff.

[179] *Mankowski*, 303 f.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

wird. Sie dienen im Resultat gleichermassen der materialen Vertragsfreiheit des Verbrauchers.[180]

Der Schutz vor Willensstörungen ist mit der klassischen Irrtumsanfechtung nach § 119 BGB selbstverständlich *breiter*, weil er auf alle Vertragsformen anwendbar und weil er nicht auf bestimmte Situationen zugeschnitten ist. Der Schutz vor Willensstörungen mit den verbraucherschützenden Widerrufsrechten ist zwar kein grundloser, aber ein *voraussetzungsloser*: Der Verbraucher kann sich, ohne dass er einem Eigenschaftsirrtum unterliegt und diesen nachweist, auf das Widerrufsrecht berufen. Trotzdem handelt es sich um Sachverhalte von Willensstörungen bei Vertragsschluss.

Hat A beispielsweise spontan per Telefon mit einem Verkäufer einen Kaufvertrag über einen Gartengrill abgeschlossen, weil er aufgrund des schönen Sommerwetters bereits seit ein paar Tagen den Wunsch zu grillen verspürte, sich aber erst nach dem Telefongespräch und dem Vertragsschluss überlegt, dass er den Grill aus ökologischen, ökonomischen und taktischen Gründen besser beim benachbarten Gartenbaugeschäft gekauft hätte, so kann A, ohne sich in einem Irrtum befunden zu haben, den Vertrag nach drei Tagen widerrufen (§ 312d BGB). Eine Störung des Willensbildungsprozesses, d.h. eine Willensstörung, lag trotzdem vor, denn der Verbraucher war in der betreffenden Situation gleich einem Irrenden gerade nicht fähig, eine kompetente Entscheidung bzw. die Entscheidung, die seinem wirklichen Willen entsprochen hätte, zu fällen.

Beide Willensstörungstatbestände lassen sich zudem von denjenigen Willensstörungen abgrenzen, die bewusst von aussen provoziert werden. Gemeinsam ist diesen insofern die Abgrenzung von der Täuschung nach § 123 BGB und der irreführenden Werbung nach § 13a UWG. Es interessiert daher hier gleichermassen, warum die in ihrem Willen gestörte Partei zu schützen ist und was ihren Schutz jeweils legitimiert, wenn es sich nicht um eine bewusste oder absichtliche Täuschung handelt.

Allfällige *Informationspflichtwidrigkeiten des Unternehmers spielen* sowohl bei der Irrtumsanfechtung als auch bei der Ausübung des Widerrufs eine Rolle, weil diese die Selbstbestimmungsfähigkeit des Verbrauchers beeinflussen. Kann sich ein Verbraucher nicht auf seinen Irrtum im Beweggrund nach § 119 Abs. 2 BGB berufen, weil er zu wenig informiert war, so bedeutet das eine einseitige Benachteiligung.[181] Es fragt sich im Einzelfall allerdings, wann ein Unternehmer eine Information schuldet und wann nicht, falls dies nicht geregelt ist.

Für eine Irrtumsanfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB bleibt neben dem Sachgewährleistungsanspruch grundsätzlich auch nach der Schuldrechtsmodernisierung, wie bereits erwähnt, nur Raum, wenn es sich um eine ver-

[180] *Reiner*, AcP 203 (2003) 13 ff., 13, 18.
[181] A.A. *Mankowski*, 397.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

kehrswesentliche Eigenschaft handelt, die keinen Sachmangel gemäss §§ 434 BGB darstellt.[182] Die verbraucherschützenden Widerrufsrechte nach §§ 312, 312b-d, 312e BGB i.V.m. § 355 BGB sind dagegen alternativ zu anderen Rechtsbehelfen, inklusive der Sachmängelhaftung nach §§ 434 BGB, anwendbar.

Sind jeweils mehrere verbraucherschützende Bestimmungen, die in Konkurrenz zueinander stehen, auf einen Sachverhalt anwendbar, so gilt allgemein das *Günstigkeitsprinzip*. Es ist die für den Verbraucher günstigste Bestimmung anzuwenden (z.B. § 312c Abs. 4 BGB).[183]

b) Alternativität

Aufgrund der gemeinhin als unterschiedlich aufgefassten Schutzzwecke wird in der Lehre von der alternativen Anwendbarkeit von verbraucherschützenden Widerrufsrechten (§ 312, §§ 312b-d i.V.m. §§ 355 BGB) und Irrtumsanfechtung ausgegangen.[184] Wie auch bei einer Anfechtung mehrere Anfechtungsgründe geltend gemacht werden können, kann die Erklärung sowohl widerrufen als auch angefochten werden.[185]

Einschränkend hierzu ist hinzuzufügen, dass die Widerrufsrechte nach § 355 Abs. 1 BGB nur *innert zwei Wochen seit Vertragsschluss* geltend gemacht werden können. Wird der Verbraucher nicht richtig informiert, schiebt sich der Beginn der Widerrufsfrist hinaus, wobei spätestens in sechs Monaten seit der Übergabe der Sache das Recht nach § 335 Abs. 3 BGB erlischt.[186] Die verbraucherschützenden Widerrufsrechte können unbefristet geltend gemacht werden, wenn der Unternehmer dem Verbraucher nicht vorschriftsmässig über sein Widerrufsrecht informiert hat (§ 355 Abs. 3 BGB). Die Irrtumsanfechtung muss dagegen erst innert 10 Jahren seit Abgabe der fraglichen Willenserklärung erfolgen (§ 121 Abs. 2 BGB), allerdings unmittelbar nach Kenntnis des Irrtumstatbestandes (§ 121 Abs. 1 BGB). Damit ist die Verjährungsfrist für die Irrtumsanfechtung viel länger

---

[182] *Lorenz/Riehm*, N 573; BGH vom 26.10.1978, NJW 1961, 160 ff.; Zum Ganzen *Huber*, 11 ff.

[183] *Palandt/Heinrichs*, § 312b N 21.

[184] *Meub*, Zivilrecht, SchAT, 312 ff.

[185] *Reiner*, AcP 203 (2003) 39 geht entsprechend dem sog. „Wirksamkeitsmodell" a.a.O. 7 ff. davon aus, dass eine widerrufene Erklärung anfechtbar bleibe und umgekehrt.

[186] *Mankowski Peter*, Zur Neuregelung der Widerrufsfrist bei Fehlen einer Belehrung im Verbraucherschutzrecht, JZ 2001, 745 ff., insb. 748f. mit entsprechender Kritik zu den 6 Monaten, welche dem Autor zu kurz erscheinen und insb. bei Verbraucherkreditverträgen als Aufforderung zu „belastungsfreier" erster Zeit und dann zu späteren belasteten Jahren führen könnte. Sehr interessant sind die Ausführungen zur Entstehungsgeschichte der 6 Monate, die offenbar in Anlehnung an § 474 BGB a. F. – der n.b. neu geänderten, da zu kurzen Sachgewährleistungsrügefrist – entstanden ist. *Mankowski* fordert selber eine Frist bis zu 5 Jahren bei mangelnder Belehrung.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

und nach Ablauf der 6-monatigen Widerrufsfrist kann faktisch nicht mehr von einer Alternativität der Rechtsbehelfe die Rede sein[187], sofern keine Informationspflichtwidrigkeit des Unternehmers vorgelegen hat und der Irrtum erst nach sechs Monaten bemerkt worden ist.

c) Rechtsnatur

Gemeinsam ist dem Widerrufsrecht und dem Anfechtungsrecht, dass sie rechtsgestaltend die Rechte der anderen Vertragspartei berühren.[188]

3. Mit dem Widerrufsrecht bei Haustürgeschäften im Speziellen

Bei Haustürgeschäften u.Ä. ist die Irrtumsanfechtung nach § 119 Abs. 1 BGB grundsätzlich neben dem Widerrufsrecht der Haustürgeschäfte nach § 312 BGB zur Vertragsauflösung bei Willensstörungen zulässig.

Wenn keiner der abschliessend aufgezählten typisierten Haustürtatbestände nach § 312 Ziff. 1-3 BGB erfüllt ist, kommt damit grundsätzlich nur die Irrtumsanfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB zur Anfechtung von Willensstörungen der Verbraucher zur Anwendung. Praxisrelevante Beispiele sind, wie bereits erwähnt (lit. B. 3.a), der Vertragsschluss vor dem einzigen Dorfladen oder wenn ein Verbrauchervertrag auf vorangegangene Initiative des gehbehinderten Kunden an der Haustüre zu Stande gekommen ist. Weil die Irrtumsanfechtung situations- und vertragsunabhängig konzipiert ist, kann sie neuen technischen Vertriebsformen schneller gerecht werden als der abschliessende gesetzliche Katalog von § 312 BGB.

Umgekehrt ist für eine Irrtumsanfechtung nach § 119 Abs. 2 ein subjektives und objektives Abweichen von einer Vorstellung über eine Eigenschaft des Verbrauchergutes vorausgesetzt. Ob bei einem Verbrauchsgüterkauf an der Haustüre beispielsweise die Knitterfestigkeit des Markisestoffes eine solche dauerhafte, charakteristische Eigenschaft des Sonnenstorens ist und daher ein Irrtumstatbestand nach § 119 Abs. 2 BGB vorliegt, ist fraglich, denn auch besonders angefertigte Sonnenstoren bleiben in der Regel primär ein Sonnenschutz. Ob der Sonnenstorenstoff beim Ein- und Ausrollen verknittert, erscheint nebensächlich. Der Verbraucher wäre in dieser Situation, wollte er sich auf Irrtum berufen, darauf angewiesen, dass er nachweisen kann, dass der Verkäufer erkannt hatte, dass die „Knitterfestigkeit" für ihn eine massgebende Eigenschaft war.

Liegt keine verkehrswesentliche Eigenschaft vor und ist der Vertreter auf Initiative des Verbrauchers erschienen (lit.B.3.a), wären in diesem Beispiel sowohl Widerrufsrecht wie auch Irrtumsanfechtung ausgeschlossen.

Anders ist der Fall gelagert, wenn es sich um die Durchlässigkeit des Stoffes für UV-Strahlen handelt. Hier liegt objektiv betrachtet eine unmit-

[187] *Meub*, Zivilrecht, SchAT, 312 ff.
[188] *Medicus*, AT BGB, N 81.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

telbare Eigenschaft nach § 119 Abs. 2 BGB vor, und die Irrtumsanfechtung wäre möglich.

4. Mit dem Widerrufsrecht bei Fernabsatzgeschäften im Speziellen

Bestellt ein Verbraucher beispielsweise bei der Fahrradvermietung in der 500 km entfernten Stadt X per Faxgerät zwei Fahrräder für ein Wochenende und findet er schliesslich zwei alte Fahrräder ohne Gangschaltung vor, so kann er sich sowohl auf einen Eigenschaftsirrtum nach § 119 Abs. 2 BGB berufen, sofern die Gangschaltung als dauerhafte, charakteristische Eigenschaft des Kaufgegenstandes angesehen wird, und zudem seine Erklärung nach § 312d BGB widerrufen.

Diejenigen Fälle, die der Gesetzgeber bewusst vom Anwendungsbereich der Fernabsatzgeschäfte ausgenommen hat, sind aus Verbrauchersicht von allem Anfang nur der Berufung auf Eigenschaftsirrtum zugänglich. Besonders interessant sind die Fälle von § 312b Abs. 3 und § 312d Abs. 4 BGB: Handelt es sich beim Verbrauchervertrag im Fernabsatz beispielsweise um die Lieferungen von Lebensmitteln und alltäglichen Haushaltsgegenständen inklusive CDs und Videos, Softwarelieferungen und Zeitungsabonnementsbestellungen sowie um Versicherungsverträge, so fragt sich aus Sicht des Verbrauchers, welche tatsächlich verbraucherrelevanten Konsumgüter und Leistungen denn überhaupt noch unter den Anwendungsbereich der Fernabsatzverträge von § 312b - d BGB fallen.

Als Lehrbeispiel für ein Fernabsatzgeschäft wird etwa der Kauf eines Notebooks per Internet-Versand eines Studenten behandelt.[189] Allerdings drängt sich dabei sofort die Frage auf, ob heute, da fast jeder Haushalt über mindestens ein Notebook verfügt, dieses sich nicht bereits zum „alltäglichen Haushaltsgegenstand", den man im Supermarkt (der nur gross genug sein muss) kaufen kann, entwickelt hat. Wie steht es mit der Miete eines Fernsehers im Supermarkt? Handelt es sich dabei um Verbraucherverträge über „Haushaltsgegenstände" (deren Anwendungsbereich zusätzlich immer breiter ausfallen kann), kommt der Irrtumsanfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB aus Verbrauchersicht grosse Bedeutung zu.

Nur eine Anfechtung wegen Eigenschaftsirrtums ist beispielsweise auch dann möglich, wenn sich der Verbraucher den telefonisch bestellten Holztisch auf ein spezielles Mass zuschneiden liess.[190]

Wird ein Auto per „echter Internet-Auktion" vom Verbraucher erstanden, so ist ebenfalls nur die Irrtumsanfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB

[189] *Klaus Reischl*, Grundfälle zum neuen Schuldrecht, JuS 2003, 44.
[190] § 312d Abs. 4 Nr. 1.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

möglich, wobei sich bei der Beurteilung des Zuschlages nach § 156 BGB eine verbraucherfreundliche Rechtsanwendung erkennbar macht.[191]

Nur der Irrtumsanfechtung zugänglich sind die Willenserklärungen, die zwar mit einem Fernkommunikationsmittel, aber nicht aus dem entsprechenden Vertriebssystem abgegeben wurden.

5. Bedeutung der verbraucherschützenden Informationspflichten für die Irrtumsregelung

Die speziellen verbraucherschützenden Informationen sollen die Unsicherheit von Verbrauchern reduzieren und Hilfeleistung bei der Entscheidung bieten, ob ein Vertrag eingegangen werden soll. Diesen Zweck erfüllen die Informationspflichten nach BGB-InfoV relativ gut: Kommt der Unternehmer seinen Pflichten nach, so weiss der Verbraucher gemäss § 1 BGB-InfoV beim Vertragsschluss eines Fernabsatzgeschäfts, wer sein Vertragspartner ist, wo dieser unter welcher Firma niedergelassen ist (Nr. 1-3) und welches die wesentlichen Merkmale der Ware oder Dienstleistung (Nr. 4) sind. Zudem erfährt er, welches der Preis inklusive Steuer und die anderen Preisbestandteile (Nr. 6-7) sind sowie welches die zusätzlichen Kosten sind, die bei der Benutzung des Fernkommunikationsmittels entstehen (Nr. 11). Er erfährt weiter sämtliche Einzelheiten zur Lieferung und zu den Lieferkosten (Nr. 7, 8). Bei richtiger Information kennt der Verbraucher eines Fernabsatzvertrags im Netz ausserdem gemäss § 3 BGB-InfoV die einzelnen technischen Schritte, die zum Vertragsschluss führen (Nr. 1), und weiss, ob der Vertragstext gespeichert wird oder nicht (Nr. 2), wie er seine Eingabefehler entdecken kann (Nr. 3) und hat alle für den Vertragsschluss nötigen Sprachen sowie „sämtliche einschlägigen Verhaltenskodizes, denen sich der Unternehmer unterwirft", zur Verfügung gestellt (Nr. 4) sowie den entsprechenden elektronischen Zugang angeboten.

Fehlen diese gesetzlich statuierten Informationen, so schafft der Unternehmer Anreize, dass der Verbraucher einen Fernabsatzvertrag eingeht, den er gar nicht eingehen will. Aus diesem Grunde wurden bekanntlich die verbraucherschützenden Widerrufsrechte eingeführt (über die der Verbraucher ebenfalls informiert werden muss). Damit lässt sich dem Unternehmer, der die verbraucherschützenden Informationspflichten unterlässt, das Risiko für die Willensstörung des Verbrauchers zuweisen. Unterlässt er die gesetzlich geforderten Informationen, so soll er auch für einen Irrtum,

[191] Verbraucherkaufverträge im Internet, die nicht durch Zuschlag, sondern durch Angebot und Annahme entstehen, können widerrufen werden (BGH 3.11.2004, NJW 2005, 53 ff.). Zudem sind Versteigerungen im Netz, bei welchen trotz Zuschlags noch ein Vorbehalt besteht, auch wieder vom Anwendungsbereich ausgenommen, so dass in diesem Fall ein Widerrufsrecht neben der Irrtumsanfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB besteht, *Palandt/Heinrichs* zu § 312d N 13.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

meist wohl einen Motivirrtum, des Verbrauchers einstehen müssen. Das ergibt sich bereits schon aus dem gemeinsamen Schutzzweck der Widerrufs- und Irrtumsrechte. Diese Risikozuweisung gilt auch, wenn der konkrete Sachverhalt nicht von einem der Widerrufstatbestände nach §§ 312 ff. BGB erfasst ist.

Diese Lösung entspricht auf der Ansicht von Wendehorst, die in den fehlenden Angaben zur Beschaffenheit des Vertragsgegenstandes (§ 1 Abs. 1 Nr. 4 BGB-InfoV) ein Risiko der Sachmängelhaftung des Unternehmers (§ 437 BGB) sieht.[192]

Es lässt sich daraus der Schluss ziehen, dass die speziellen verbraucherschützenden Informationspflichten aus § 1 BGB-InfoV Nr. 1-11 und § 3 BGB-InfoV Nr. 1-4 konkrete Anhaltspunkte dafür bieten, wann ein ausnahmsweise beachtlicher Motivirrtum nach § 119 Abs. 2 BGB entstehen kann.

C. Würdigung aus Verbrauchersicht

1.) Sowohl verbraucherschützende Widerrufsrechte wie auch die Irrtumsregelung dienen dem Schutz vor Willensstörungen und der Gewähr materieller Selbstbestimmung von Verbrauchern.

2.) Die verbraucherschützenden Widerrufsrechte bei Haustürgeschäften u.Ä. und Fernabsatzgeschäften nach § 312 und § 312b BGB i.V.m. §§ 355 BGB können daher vom Verbraucher grundsätzlich alternativ zur Irrtumsanfechtung § 119 BGB angerufen werden.

3.) Für die Rechtsgeschäfte an der Haustüre des Verbrauchers u.Ä. kann nach neuerer Lehre von einer Ausweitung der typisiert-gefährlichen Situationen ausgegangen werden.

4.) Hat also beispielsweise eine gehbehinderte Person den massgefertigten Markisestoff aus obigem Beispiel mit ihrem Faxgerät bei einer Firma bestellt, die auf Versandhandel eingerichtet ist, so könnte sie sich auf das verbraucherschützende Widerrufsrecht nach § 312d BGB berufen. Die gleiche gehbehinderte Person, die aber zu Hause – ursprünglich auf eigenes Verlangen (denn sie kann sich ja nicht gut fortbewegen) – einige Wochen später von einem Vertreter der Firma besucht wird und den Kaufvertrag abgeschlossen hat, kann sich weder auf das Widerrufsrecht bei Fernabsatzgeschäften noch auf dasjenige bei Haustürgeschäften berufen, obschon sich die mangelnde Regenfestigkeit bzw. Knitterfestigkeit des

[192] *MüKo/Wendehorst* Ergbd. § 312d N 138.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Markisestoffes in beiden Fällen erst nach der Montage und dem ersten Regen erkennen lässt.

5.) Der Vertragsschluss im E-Commerce ist ein besonderes Fernabsatzgeschäft, auf das sowohl die besonderen Regelungen nach § 312e BGB als auch die Regelungen nach §§ 312b-d BGB und somit auch das Widerrufsrecht nach § 312b BGB i.V.m. §§ 355 BGB Anwendung finden, sofern es sich um einen Verbrauchervertrag handelt. Im Bereiche des privaten Geschäftsverkehrs per E-Mail steht dem Verbraucher zwar das Widerrufsrecht nach § 312b-d BGB zu, nicht aber die besonderen Informationen nach § 312e Abs. 2 BGB.
Der persönliche Geltungsbereich von § 312e BGB ist aber allgemein weiter als derjenige der übrigen Fernabsatzgeschäfte, da diese Bestimmung auch Geschäfte von Unternehmern mit Unternehmern umfasst, was ohne weiteres einleuchtet, denn im E-Commerce lässt sich kaum mehr unterscheiden, wer Verbraucher im Sinne von § 13 BGB ist und wer nicht. Vor den besonderen technischen Schwierigkeiten dieses Mediums sind zudem auch Unternehmer nicht gefeit.

6.) Zusammenfassend bleibt also ein Verbraucher immer dann einzig auf die Irrtumsanfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB angewiesen, wenn der Verbrauchervertrag *unter „körperlicher Anwesenheit" des Unternehmers geschlossen wird, aber keine Haustürsituation im Sinne von § 312 BGB vorliegt:* Das ist bei der grossen Mehrheit der Alltagsgeschäfte in beliebiger Höhe in Läden und Dienstleistungsbetrieben, beispielsweise am Bankschalter, der Fall. Handelt es sich etwa um einen Mietvertrag über eine Kamera, der im Laden abgeschlossen wird, wo die Kamera aber nicht die erwünschten Funktionen aufweist, oder um einen Werkvertrag über die Anfertigung eines Kirschbaumtisches, den ein Privater mit dem Schreiner in dessen Werkstatt abgeschlossen hat, so kommt keine der erwähnten besonderen Verbraucherschutzbestimmungen zur Anwendung, und der Verbraucher ist einzig auf die Irrtumsanfechtung gemäss § 119 Abs. 2 BGB angewiesen.

7.) Nachteil der Irrtumsanfechtung eines Verbrauchsgüterkaufvertrags bleibt nach deutschem Recht, dass sie nur geltend gemacht werden kann, wenn es sich um eine verkehrswesentliche Eigenschaft handelt, die keinen Sachmangel darstellt. (Es sind die Bestimmungen von § 437 BGB zu berücksichtigen.)

8.) Weitere Nachteile der Irrtumsanfechtung sind, dass die Gegenpartei sowie Dritte für allfällige aus der Anfechtung entstehende Schäden nach

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

§ 122 BGB zu entschädigen sind. Andererseits trifft den Verbraucher auch bei einem Widerruf nach §§ 357 Abs. 3, 346 Abs. 2 BGB die Pflicht zur Leistung von Wertersatz bei der Rückgabe des Vertragsgegenstandes.

9.) Vorteil der Irrtumsanfechtung ist die längere Frist zur Geltendmachung: Obschon der Irrtum unverzüglich seit Kenntnisnahme geltend zu machen ist, kann die Irrtumsanfechtung gemäss § 121 BGB absolut während 10 Jahre seit der Abgabe der fehlerhaften Willenserklärung erfolgen. Die verbraucherschützenden Widerrufsrechte müssen dagegen innert 14 Tagen seit der korrekten Belehrung über das Widerrufsrecht geltend gemacht werden (§ 355 Abs. 2 BGB).

10.) Die Irrtumsanfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB ist für Verbraucherverträge im Netz und im übrigen Fernvertrieb und dem Direktvertrieb nicht anders als bei einem klassischen Vertrag. Die Probleme der Irrtumsanfechtung sind damit grundsätzlich die althergebrachten: Der anfechtbare Eigenschaftsirrtum nach § 119 Abs. 2 BGB ist auf die Fälle von falschen Vorstellungen über unmittelbare „Charakteristika auf Dauer" beschränkt. Motivirrtümer werden daher auch über die Vertragslösungsrechte wegen „Störung der Geschäftsgrundlage" und wegen „culpa in contrahendo" berücksichtigt.

11.) Unter Mitberücksichtigung dieser weiteren zivilrechtlichen Vertragslösungsrechte kann der Risikobereich für einen Motivirrtum wie folgt zugeteilt werden:
- Wenn der Irrtum vom Erklärungsempfänger fahrlässig veranlasst wird, liegt die Risikosphäre bei diesem (§ 311 Abs. 2 BGB).
- Wenn der Irrtum dem Erklärungsempfänger hätte auffallen müssen, so liegt die Risikosphäre bei diesem.
- Wenn der Irrtum vom Erklärungsempfänger geteilt worden ist und auch für diesen Grundlage des Geschäfts (§ 313 BGB) gewesen ist, so müssen beide Parteien gleichermassen vom Vertrag zurücktreten können.

12.) Der Irrtumsnachweis im E-Commerce kann für den Verbraucher vor diesem Hintergrund zusätzlich erschwert sein:
Wieso sollte ihm jemand glauben, dass er eine andere Taste, ein anderes Icon, einen anderen Klick betätigen wollte? Speziell ist zudem auf das Problem des Inhaltsirrtums nach § 119 Abs. 2 BGB hinzuweisen, denn dass fehlerhafte Erklärungen, die auf einem Codierungsversehen des Programmierers oder auf einem syntaktischen Programmierfehler des Programminstallateurs oder auf einem Missverständnis zwischen Programmierer und Anwender oder auf falsch eingegebenem Datenmaterial irgendeiner Aus-

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

hilfskraft beruhen, erstens gleichbehandelt werden sollen und zweitens in jedem Fall ein unbeachtlicher Motivirrtum sein sollen, vermag aus Sicht des Verbrauchers nicht zu befriedigen. Die Lehre scheint trotzdem mehrheitlich davon auszugehen, dass die allgemeinen zivilrechtlichen Regelungen zum Vertragsschluss und zum Irrtumsrecht des BGB zur juristischen Handhabung von mangelhaften Willenserklärungen im Netz ausreichen und es daher keiner Erweiterung der Irrtumsanfechtungbedürfe.[193]

13.) Durch die neuen verbraucherschützenden Informationspflichten nach § 1 BGB-InfoV lässt sich neu eine noch feinere Risikoallokation für die Irrtumsanfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB vornehmen:

Fehlen Angaben über den Unternehmer (Nr. 1-3) oder die wesentlichen Merkmale der Ware oder Dienstleistung (Nr. 4) oder deren Preis inklusive Steuer oder andere Preisbestandteile (Nr. 6), so lässt sich präzisieren, dass Sachverhalte vorliegen, die zumindest dafür sprechen, dass der Unternehmer fahrlässig irregeführt hat oder solche Umstände vorliegen, bei denen ihm der Irrtum des Verbrauchers (in diesen Punkten) hätte auffallen müssen.

Aufgrund der Informationspflichten nach § 3 BGB-InfoV im E-Commerce lässt sich ebenfalls eine solche Risikoallokation vornehmen, nämlich, dass der Unternehmer, der im E-Commerce keine Anleitungen zum Vertragsschluss und keine technischen Hilfsmittel zur Korrektur und zum Entdecken der eigenen Eingabefehler zur Verfügung stellt sowie nach Erhalt des Akzeptes/der Offerte keine Bestätigung versendet, fahrlässig irreführt oder aufgrund des Unterlassens Umstände vorliegen, bei denen ihm der Irrtum des Verbrauchers (in diesen Punkten) hätte auffallen müssen.

14.) Zusammenfassend ergibt sich somit aus der Theorie zu den verbraucherschützenden Widerrufsrechten und dem ausnahmsweise beachtlichen Motivirrtum das Folgende: Es wäre zu erwägen, ob statt der verbraucherschützenden Einzelbestimmungen, die nur auf bestimmte typisierte Vertragsschlusssituationen wie § 312 Ziff. 1-3 BGB zugeschnitten sind, eigentlich aber die Abschlussfreiheit und Willensfreiheit der Verbraucher und damit die Privatautonomie schützen sollten, die Irrtumsregelung nach einem neuen § 119 Abs. 3 BGB als Generaltatbestand bei Verbraucherverhältnissen allgemein auf den Tatbestand von Willensstörungen – unabhängig von der Voraussetzung wesentlicher Eigenschaften – erweitert werden

[193] *Köhler*, AcP 182 (1982) 137.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

könnte. Eine Handhabe könnten dabei die weit reichenden Informationspflichten sein.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

§ 10 „Grundlagenirrtum" im Vergleich zu den Widerrufsrechten im Verbrauchervertrag de lege ferenda

A. Verbraucherschutz und Widerrufsrechte im Privatrecht de lege lata

1. Verbraucherverhältnis

Weder das Verbraucherverhältnis noch der Verbrauchervertrag sind im geltenden Obligationenrecht (OR) allgemein und einheitlich geregelt. Bestimmungen wie die zu den Haustürgeschäften über bewegliche Sachen und Dienstleistungen zum persönlichen und familiären Gebrauch und dem entsprechenden Widerrufsrecht (Art. 40a ff. OR), zur Auflösung von Mietverhältnissen an Sachen zum privaten Gebrauch (Art. 266k OR) sowie eine Regelung, dass ein Konsument eine natürliche Person sei, die einen Konsumkreditvertrag zu einem Zweck abschliesst, der nicht ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit zugerecht werden könne (Art. 3 KKG)[1] oder eine Regelung, dass eine Person, die eine Pauschalreise bucht, ein Konsument sei (Art. 2 Abs. 3 PRG)[2], definieren allerdings alle einen materialen persönlichen Anwendungsbereich von Verbraucherverträgen im geltenden schweizerischen Privatrecht. Diese Definitionen, Begriffe und insbesondere die Frage, ob eine negative oder positive Formulierung besser sei, sind viel diskutiert.[3]

In BGE 121 III 336 ff., 339 äusserte sich das schweizerische Bundesgericht in Zusammenhang mit einer Gerichtsstandsstreitigkeit dazu, dass es im Interesse der Einheit der schweizerischen Rechtsordnung wäre, die Erfordernisse des Konsumentenvertrages möglichst einheitlich zu umschreiben.

Mit darauf erlassenen Art. 22 Abs. 2 GestG (1.1.2001) und dem älteren Art. 120 IPRG (1987)[4] finden sich daher trotzdem zwei materielle Normen

---

[1] Entspricht aArt. 3 KKG (vom 18.10.1993).

[2] CR-*Stauder*, art. 2 LVF N 9.

[3] BgllB/VE-KIG, *Picchonnaz*, 9 ff., bereits *Brunner*, Der Konsumentenvertrag im schweizerischen Recht, AJP 1992, 591 ff.; *Koller-Tumler*, 40, 131, 144; *Schmelzer*, 98 ff.; *Huguenin*, AJP 1994, 695.

[4] *Rehbinder*, JKR 1995, 66; *Schmelzer*, 98 ff.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

zur Definition von Verbraucherverträgen, die für das gesamte schweizerische Recht gelten. Nach diesen lassen sich *Verbraucherverträge im geltenden Recht als Verträge definieren, die zwischen Anbietern (natürlichen oder juristischen Personen), die beruflich oder gewerbsmässig handeln und privaten Verbrauchern geschlossen werden, und Waren oder Dienstleistungen des üblichen Verbrauchs beinhalten.*[5]

Es liegt damit etwa kein Verbrauchervertrag vor, wenn der private Kunde eine Maschine für seine gewerblichen Zwecke kauft. Es liegt aber etwa ein Verbrauchervertrag vor, wenn der Einzelunternehmer ein Auto ausschliesslich für seine Sonntagsfahrten kauft.[6] Wie im deutschen und japanischen Recht kann ein formales Kriterium wie ein Handelsregistereintrag für die Unternehmereigenschaft alleine für die Verbrauchereigenschaft massgebend sein.[7] Ein Verbrauchervertrag kann nach dieser Definiton auch vorliegen, wenn es sich um Verträge über Finanzdienstleistungen handelt, sofern das Geschäftsvolumen den „Rahmen des üblichen Bedarfs" nicht überschreitet.[8]

Es ist allerdings in den schweizerischen Gesetzen[9] und der überwiegenden Lehre[10] von Konsumentenverträgen (Art. 22 GestG) oder Verträgen mit Konsumenten (Art. 120 IPRG) oder Konsumverträgen bzw. Konsumentenschutz und nicht von Verbraucherverträgen oder Verbraucherschutz wie nach deutschem Recht die Rede.

Diese im Vergleich zum deutschen Recht unterschiedliche Terminologie wäre aus sprachlicher Sicht unnötig gewesen[11] und ist politisch aus Verbrauchersicht verfehlt, denn Deutschland und die EU legiferieren zum Ver-

---

[5] BGE 132 III 268 ff., 271 ff.; BSK-*Brunner* GestG 22 N 1-16; *Guach/Schlaepf/Schmid/Rey* N 244a.

[6] *Frei* N 101.

[7] *Rehbinder*, JKR 1995, 71; ähnlich BGE 129 III 207 ff., in dem entschieden wurde, dass eine Frau, die als Einzelzeichnungsberechtigte im Handelsregister eingetragen war, als „geschäftsungewohnt" bezeichnet werden konnte.

[8] BGE 132 III 268 ff., 273f: Der Konto- und Depotführungsdienstleistungsvertrag hat nicht grundsätzlich, sondern erst aufgrund seines Geschäftsvolumens und der Herkunft der Wertschriften und Gelder (aus dem Unternehmensverkauf zwischen den Parteien) den "üblichen Rahmen" gesprengt.

[9] Weitere Beispiele: Art. 97 Bundesverfassung (SR 101), Art. 2 Bundesgesetz über die Information der Konsumentinnen und Konsumenten vom 5.10.1990 (SR 944.0), Art. 1 VO über die Streitwertgrenze in Verfahren des Konsumentenschutzes und des unlauteren Wettbewerbs vom 7.3.2003 (SR 944.8). Art. 3 Bundesgesetz vom 23. März 2001 über den Konsumkredit (SR 221.214.1), in Kraft seit dem 1.1.2003 (KKG).

[10] *Weber-Stecher*, 14 f.; *Schmelzer* 73 f.; bei *Brunner* finden sich beide Ausdrücke: z.B. „Konsumrecht" SJZ 97 (2001) 241 ff., „Konsumentenverträge im schweizerischen, europäischen und internationalen Recht", Tagungsbeitrag vom 9. 6. 2004 der Universität St.Gallen (in Erscheinen JKR).

[11] A.A. *Schmelzer*, 73 f. Da das Lateinische „consumere" verbrauchen bedeutet, besteht aus sprachlicher Hinsicht kein zwingender Grund von diesem Begriff abzuweichen.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

braucher- und nicht zum Konsumschutz, so dass hier *an der im deutsch-europäischen Sprachgebrauch überwiegend verbreiteten Terminologie „Verbrauchervertrag" festgehalten* wird.[12]

Darüber, dass die Begriffe in Europa möglichst einheitlich verwendet werden sollen, besteht in der schweizerischen Lehre nur theoretische Einigkeit, denn im Resultat wird an den schweizerischen Begrifflichkeiten festgehalten.[13] Wenn aber schon längerfristig an diesen bereits legiferierten, schweizerischen Begrifflichkeiten festgehalten werden soll, so wäre es erstens sinnvoll, diese einheitlich zu verwenden und zweitens entgegen dem Wortlaut der beiden erwähnten Gesetzesbestimmungen den Begriff *„Konsumvertrag"* zu verwenden.[14] Der Begriff des Konsumvertrags kommt der Zwecktheorie[15] näher als der Begriff „Konsumentenvertrag", weil das Schwergewicht auf die Tätigkeit und nicht die Person gelegt wird. Es wird schliesslich auch nicht von einem Käufer- oder Mieter- oder Arbeitnehmerrecht, sondern von einem Kauf-, Miet- und Arbeitsrecht gesprochen.[16]

Es ergibt sich aus dieser Definition, dass ein Verbraucherverhältnis verschiedene gesetzlich geregelte und anerkannte Vertragstypen umfassen kann. Mangels spezieller Verbraucherschutzbestimmung richtet sich die Vertragsauflösung daher nach den allgemeinen bereits im 2. Kapitel behandelten Bestimmungen des Obligationenrechts.[17] Ausserdem existieren nur wenige Widerrufsrechte.

2. *Widerrufsrechte de lege lata*

a) Allgemeine Widerrufsrechte

Das schweizerische Obligationenrecht kennt das Rechtsinstitut des Widerrufs seit seiner Entstehung als ein freies Widerrufsrecht beider Auftragsparteien gemäss Art. 404 OR, allerdings mit den Wirkungen ex nunc. Ebenfalls allgemein bekannt ist der Rechtsbehelf als Widerruf der Willenserklärung vor dem Vertragsschluss (Art. 9 OR) und im Zusammenhang mit einer Schenkungserklärung (Art. 249f. OR) oder einer Bürgschaftserklä-

---

[12] So auch *Frei*, N 80, Fn 1 und *Apathy*, FS Kramer, 431 für das österreichische Recht, obschon dieses wie das schweizerische sog. "Konsumentenverträge" regelt; a.A. *Weber-Stecher*, 14 f., *Balscheit*, 25.

[13] *Weber-Stecher*, 11; *Balscheit*, 25.

[14] Der Begriff stammt von *Weber-Stecher*, 2 f. und wird von der aktuellen Lehre aufgenommen, *Balscheit*, 25 ff.

[15] „Zwecktheorie" heisst, nach dem überwiegenden Zweck von Leistung und Gegenleistung im Vertrag zu entscheiden, ob ein Konsumentenvertrag vorliegt oder nicht, BSK-*Brunner* GestG 22 N 1-16; *Brunner*, JKR 1999, 11 f.; *Rehbinder*, JKR 1995, 70 ff.

[16] *Weber-Stecher*, 2 ff., 4, Fn 17.

[17] Zu den „Konsumentenschutzbestimmungen" des Obligationenrechts: *Rehbinder*, recht 1990, 130 f.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

rung (Art. 510 OR), sofern die Bereicherung beim Beschenkten noch nicht erfolgt bzw. die zu sichernde Forderung noch nicht entstanden ist.

b) Verbraucherschützende Widerrufsrechte

aa. Bei Haustürgeschäften nach Art. 40a-f OR

Seit 1990[18] ist ein allgemeines Widerrufsrecht bei Abschluss eines Verbrauchervertrags als Haustürgeschäft oder als ähnliches Geschäft geregelt (Art. 40b OR).[19] Der Verbraucher kann nach Art. 40b Abs. 1 OR sowohl seine Vertragsantrags- als auch seine Vertragsannahmeerklärung widerrufen.

Ob ein Haustürgeschäft vorliegt oder nicht, richtet sich danach, wo das fragliche Vertragsangebot des Unternehmers stattgefunden hat (Art. 40b lit.a-c OR).[20] Wie dieses Angebot stattfindet und wie es juristisch genau zu qualifizieren ist (als Antrag oder invitatio ad offerendum), ist in Bezug auf das Widerrufsrecht grundsätzlich unbedeutend.[21]

Als Haustürgeschäft im Sinne von Art. 40b lit. a OR gilt ein Geschäft, das sich in der Nähe von privaten Wohnräumen des Verbrauchers oder eines Dritten[22] angebahnt hat oder am Arbeitsplatz des Verbrauchers angeboten wird. Nach dieser Definition sind regelmässig die Ladengeschäfte des Verbrauchers nicht erfasst, selbst dann, wenn die „Verbalattacke" die gleiche ist wie unter der Haustüre.[23] Ebenfalls nicht erfasst sind ganz andere als die erwarteten, also überraschende Vertragssituationen in den Räumlichkeiten des betrieblichen Anbieters.[24]

Diesen Haustürgeschäften gleichgestellt werden Rechtsgeschäfte, die in öffentlichen Verkehrsmitteln oder Anlagen (Art. 40b lit. b OR) zu Stande kommen. Erfasst werden die Vertragsangebote in Verkehrsmitteln zu Wasser, Land und Luft.[25] Der Begriff der „öffentlichen Anlagen" ist weit auszulegen, denn der Verbraucher soll grundsätzlich vor überraschendem Ansprechen an unerwarteten Orten geschützt werden.[26] Dieser Tatbestand

---

[18] *Schwenzer*, N 28.64.

[19] In Umsetzung der EU-Richtlinie zum Direktvertrieb vom 20.12.1985, Abl. 1985 L 372, 313 ff.

[20] CR-*Stoader* CO 40b N 3 ff., N 9 ff.

[21] CR-*Stoader* CO 40b N 3 f.

[22] Sog. "Partyverkäufe", BSK-*Gonzenbach* OR 40b N 5.

[23] *Gonzenbach*, ZSR 106 (1987) 462 f.; *Honsell*, AJP 1992, 66.

[24] *Gonzenbach*, ZSR 106 (1987) 463; z.B. kann man schlecht „Nein" sagen, wenn man als Stammkunde in der Bäckerei zum Kauf eines Abonnements der Quartierzeitung angehalten wird.

[25] CR-*Stoader* CO 40b N 14.

[26] Unter den Begriff fallen etwa Strassen, Bahnhöfe, Flugplätze, Pärke, Theater, Kinos, Terrassen, Sport-, Spiel- und Aussichtsplätze, sofern deren Zugang nicht auf be-

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

könnte etwa im Zusammenhang mit dem Gebrauch von Mobiltelefonen im öffentlichen Raum an Bedeutung gewinnen.[27] Hingegen ist eine analoge Anwendung auf Verbraucherverträge im Internet von vornherein ausgeschlossen, weil i.d.R. kein direkter Kontakt zum Kunden besteht (ausser bei Chatforen und dergleichen[28]) und sich der Rechner ausserdem regelmässig in den privaten Räumlichkeiten des Verbrauchers befindet.[29]

Den Haustürgeschäften gleichgestellt werden die Vertragsanbahnung anlässlich spezieller Werbeveranstaltungen oder anderer Freizeitveranstaltungen mit gewerblichem Anlass (Art. 40b lit.c OR). Die Angebote an Messeständen fallen jedoch nicht unter diese Bestimmung (Art. 40c lit.b OR), da bei solchen keine Überrumplungssituation des Verbrauchers besteht:[30] Ein Verbraucher, der zu einer Messe geht, wisse, dass man ihm etwas zeigen, anbieten und verkaufen möchte.

Vorausgesetzt ist demnach neben dem Vorliegen eines Verbraucherverhältnisses eine dieser typisiert-gefährlichen Anbahnungssituationen, wobei der Ort, die Art und die Intensität des Ansprechens massgebend sind. Ratio dieses Widerrufsrechts ist es, einen Verbraucher vor einem Vertrag zu bewahren, den er nur in dieser speziellen Drucksituation oder so genannten „Überrumplungssituation" geschlossen hat und den er bei ruhiger Überlegung, in einer ruhigen Vertragsschlusssituation nicht eingegangen wäre.[31] Es geht auch im schweizerischen Recht um die Vermeidung von „Kaufzwang". Sachlich erfasst sind nur Haustürgeschäfte und ähnliche Verträge über bewegliche Sachen und Dienstleistungen, die mehr als CHF 100.00 Wert sind (Art. 40a Abs. 1 lit. b OR).[32] Sollte ein Kunde an der Haustüre an drei aufeinander folgenden Tagen drei Verträge zu je CHF 90.00 abgeschlossen haben, steht ihm kein Widerrufsrecht im Sinne von Art. 40a-b OR zu. Ganz ausgeschlossen vom Anwendungsbereich sind die Versicherungsverträge (Art. 40a Abs. 2 OR)[33], wobei das Versicherungsvertragsgesetz ein 10-tägiges Rücktrittsrecht für Lebensversicherungen mit einer Laufzeit von mindestens 6 Monaten vorsieht (Art. 89a VVG) und

---

stimmte Personen beschränkt ist, CR-*Stauder* CO 40b N 15; BSK-*Gonzenbach* OR 40b N 6; *Dornier*, 56.

[27] BSK-*Gonzenbach* OR 40b N 8.

[28] *Weber*, E-Commerce und Recht, 316.

[29] Gleiches Resultat, aber mit einer Begründung, die hier abgelehnt wird, nämlich dass bei Fernabsatzgeschäften die Überrumplungssituation fehle, Langer, 174 f.

[30] *Schwenzer*, N 28.69, was mit der neuen Gesetzesvorlage (OR-Teilrevision) geändert werden sollte (vgl. weiter unten).

[31] *Gonzenbach*, ZSR 106 (1987) 459 ff.; *Honsell*, AJP 1992, 67 ff.

[32] Damit sind unentgeltliche Verträge, wie die Schenkung und einseitig verpflichtende Geschäfte, wie die Bürgschaft vom Anwendungsbereich ausgeschlossen, Koller-Tumler, 132.

[33] BSK-*Gonzenbach* Vorbem. OR 40a-g N 4 m.w.H.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

nach revidiertem VVG ein besonderes Vertragslösungsrecht bei nicht erfolgter Informationspflicht geregelt ist.[34]

bb. Widerrufsrecht bei Konsumkreditverträgen (Art. 16 KKG)

Ausserhalb des Obligationenrechts regelt das schweizerische Konsumkreditgesetz ein 7-tägiges Widerrufsrecht für Verbraucher bei Abschluss eines Konsumkreditvertrags (Art. 16 KKG). [35] Unerheblich ist, ob die Annahmeerklärung oder das Angebot widerrufen wird.[36]
Unter den Begriff des Konsumkreditvertrags nach Art. 1 KKG fallen alle Arten von Kreditierungen eines Verbrauchers in Form eines Zahlungsaufschubs, eines Darlehens oder einer anderen Finanzierungshilfe. Miteingeschlossen sind Miet- und Miet-Kauf-Verträge wie auch Konsumgüterleasingverträge über bewegliche Sachen (Art. 1 Abs. 2 a KKG) [37] als Gebrauchsüberlassungs-Verbrauchervertragstypen mit Kreditfunktion. Ausgenommen vom Anwendungsbereich sind damit der Investitions- und der Immobilienleasingvertrag.
Ebenfalls ausgenommen von diesem Geltungsbereich ist beispielsweise der Bürgschaftsvertrag, denn ein Bürge ist kein Kreditnehmer.[38]

Das Widerrufsrecht nach Art. 16 KKG gilt für alle Verbrauchervertragstypen mit Kreditfunktion nach Art. 1 KKG gleichermassen.[39] Explizit ausgenommen vom Widerrufsrecht sind nach Art. 16 Abs. 1 KKG zudem ausgerechnet die stillschweigend genehmigten Überziehungskredite auf dem laufenden Konto von Verbrauchern (Art. 12 Abs. 4 KKG).[40]

Vom Geltungsbereich des KKG und damit des Widerrufsrechts allgemein ausgenommen sind weiter auch alle Verbraucherkreditverträge unter einem Betrag von CHF 500.00 (Art. 7 lit.e KKG) und unter einer Laufzeit von 12 Monaten (Art. 7 Abs. 1 lit. f KKG).

---

[34] Bundesgesetz vom 2.4.1908 über den Versicherungsvertrag (SR 221.229.1); die Revision des VVG vom 17.12.2004 (BBl. 2003, 3789) ist am 1.1.2006 in Kraft getreten, mit Ausnahme der Art. 3 und Art. 3a (AS 2005, 5245 ff.).

[35] Der persönliche Anwendungsbereich nach Art. 2 und 3 KKG definiert sich einerseits durch die kreditgebende Person (sei es eine natürliche oder eine juristische) und andererseits den Konsumenten, der den Kredit zu privaten Zwecken nutzt (Stauder, JKR 2002, 85 f.).

[36] Dieses Widerrufsrecht löst das besondere Vertragslösungsrecht des Abzahlungskäufers und des ihm nach aArt. 226c Abs.1 i.V.m. aArt. 266m OR gleichgestellten Gebrauchsüberlassungsnehmers ab, *Stauder*, JKR 2002, 93. Das neue Widerrufsrecht nach Art. 16 KKG gilt gemäss Art. 41 KKG und Anhang 2 auch für den Vorauszahlungsvertrag nach aArt. 228 OR.

[37] Zum Ganzen *Lupi Thomann*, 5 ff., 22 ff., 45 ff.; *Stauder*, JKR 2002, 79 ff.

[38] *Belser*, JKR 2002, 213.

[39] *Lupi Thomann*, 148 f.; *Stauder*, JKR 2002, 93 f.

[40] *Schwenzer* N 28.74.; *Lupi Thomann* 148, Fn 789.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

cc. Weitere verbrauchersensible Vertragslösungsrechte

Kein Widerrufsrecht, dafür aber eine „clausula rebus sic stantibus" ist zudem in Art. 10 Abs. 1 und 2 des Pauschalreisegesetzes von 1993[41] geregelt, indem Verbraucher bei „wesentlichen Vertragsänderungen" jederzeit vom Vertrag zurücktreten können.

Seit dem 1.1.2000 ist auch ein „Rücktrittsrecht" innert 7 Tagen bzw. ein 7-tägig aufschiebend bedingter Vertragsschluss für die Auftraggeber von Ehe- und Partnerschaftsvermittlerverträgen nach Art. 406e Abs. 1 OR normiert. Dieses moderne Vertragslösungsrecht ist allerdings nicht auf Verbraucher beschränkt.[42]

Gemäss der bereits erwähnten Revision des Versicherungsvertragsgesetzes (VVG) vom 17.12.2004,[43] sieht das VVG künftig in Art. 3 eine vorvertragliche Informationspflicht der Versicherer vor, die in einem ganzen Katalog von Punkten besteht: Risiken, Umfang des Versicherungsschutzes, Prämien, Laufzeit, Rückkaufswert, Angaben zur persönlichen Datensammlung. Interessant ist, dass nach Abs. 2 diese Angaben dem Versicherungsnehmer so zu übergeben sind, dass dieser sie zum Zeitpunkt, in dem er den Vertrag beantragt oder schliesst, erkennen kann. Das heisst zumindest, dass der Versicherungsnehmer zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses im Besitze der aufgelisteten Informationen und der AGBs sein muss.

Bei einer Verletzung dieser Informationspflicht nach Art. 3a VVG hat der Versicherungsnehmer ein Kündigungsrecht, das nach 4 Wochen erlischt seit er von der Pflicht- und Informationsverletzung erfahren hat; maximal jedoch innert 1 Jahr seit der Pflichtverletzung. Daraus, dass auch jeder Unternehmer Versicherungsnehmer sein kann, kann geschlossen werden, dass auch dieses moderne Vertragslösungsrecht nicht auf Verbraucher beschränkt ist. Vorerst sind Art. 3 und 3a VVG allerdings noch nicht in Kraft gesetzt worden.

c) Informationspflichten de lege lata

Moderne verbraucherschützende Sondergesetze wie das PauRG sehen zwar vorvertragliche und vertragliche Informationspflichten vor (Art. 3f und 5f. PauRG),[44] und ein Konsumkreditvertrag (Art. 9 ff. KKG) oder ein Partnerschaftsvermittlungsauftrag (Art. 406d OR) kommen nur zu Stande, wenn die gesetzlich vorgeschriebenen Punkte enthalten sind. Das schweizerische OR kennt jedoch de lege lata keine allgemeinen vorvertraglichen Informationspflichten.[45]

---

[41] Bundesgesetz über Pauschalreisen vom 18.6.1993 (SR 944.3).
[42] *Schwenzer* N 28.64.
[43] Am 1.1.2006 in Kraft getreten, ausser den Art. 3 und Art. 3a (AS 2005, 5245 ff.).
[44] CR-*Stauder*, Intro. aux art. 3-6 LVF N 1.
[45] *Balscheit*, 158; *Hartmann*, 25 ff.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Lehre und Rechtsprechung haben aber, wie unter § 6.B.5 bereits erwähnt, allgemeine Grundsätze zu einer vorvertraglichen Informationspflicht aus Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) und insbesondere aus der Rechtsprechung zur Haftung aus culpa in contrahendo[46] hergeleitet:[47]

- informationspflichtige Person hat oder müsste (Sach-)Kenntnisse haben
- informationsberechtigte Person hat weniger (Sach-)Kenntnisse
- (Sach-)Kenntnisse sind massgebend für den betreffenden Vertragsschluss
- dies ist erkennbar für die informationspflichtige Person
- es besteht eine „Sonderbeziehung" zwischen den Parteien aufgrund eines vorvertraglichen Zustands oder aufgrund einer anderen Situation

Im Übrigen ist jedoch hier bereits auf die so genannte „Orientierungspflicht" des Anbieters über das Widerrufsrecht des Verbrauchers bei Haustürgeschäften nach Art. 40d OR hinzuweisen.

3. Würdigung der geltenden Rechtslage

Eine allgemeine Regelung des Verbraucherverhältnisses an zentraler Stelle im Obligationenrecht oder in einem grundlegenden Sondergesetz des Privatrechts fehlt de lege lata. Das erscheint aufgrund der grossen Anzahl von Verbraucherverträgen, die geschlossen werden, und des grundlegenden Vertragsungleichgewichtes, das den meisten Verbraucherverträgen zu Grunde liegt, als Lücke der schweizerischen Rechtsordnung.[48]
Immerhin ist das Verbraucherverhältnis durch die Bestimmungen in Art. 22 GestG und in Art. 120 IPRG allgemein materiell definiert, und es gilt nach herrschender Lehre bei der Qualifizierung, ob ein Verbrauchervertrag vorliegt, primär auf den Zweck der Leistung abzustellen. Die Zwecktheorie ist dabei grundsätzlich als juristisch taugliches Qualifikationsmittel für die Definition eines Verbraucherverhältnisses zu betrachten. Positiv ausgedrückt ist für das Vorliegen eines Verbraucherverhältnisses dreierlei wichtig:[49]
1.) Der Erwerb einer Sache oder einer Dienstleistung.
2.) Eine natürliche Person, die diese privat oder familiär nützt oder braucht.
3.) Ein Unternehmer, der diese professionell zu gewerblichen Zwecken anbietet.

---

[46] Zur Rechtsprechung vgl. Fn 680, 683.
[47] Ausführlich *Hartmann*, 25 ff., 109 f.; *Balscheit*, 165.
[48] Statt vieler *Rehbinder*, JKR 1995, 74.
[49] Ähnlich *Picchonnaz* in Begleitbericht zum VE zur Revision des KIG vom 16.3.2004.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Dass damit in jedem Einzelfall das „Verbraucherverhältnis" identisch sei mit einem „strukturellen Ungleichgewicht", wird hier nicht behauptet.[50] Ausnahmen bestätigen bekanntlich die Regel. Liegt erst einmal ein allgemein geregeltes Verbraucherverhältnis vor und können die besonderen Verbraucherschutzbestimmungen angewendet werden, ist es Sache des Gerichts, ausnahmsweise stossende Resultate (z.B. über Art. 2 ZGB) zu korrigieren. So weit ist es in der Schweiz jedoch noch nicht, denn vorderhand scheint es praktisch keinen Gerichtsfall zu geben, in dem das über zehn Jahre alte Widerrufsrecht gemäss Art. 40b OR angewendet worden wäre. In einem der seltenen Fälle zu Art. 40a ff. OR, im Urteil des Bundesgerichts vom 25.4.2000 (4C.120/1999), wurde das Widerrufsrecht für nicht anwendbar erklärt, weil der Verbraucher vor dem zu beurteilenden, eindeutigen Haustürgeschäft dem Unternehmer mit einer Antwortkarte sein Interesse an Informationen über Alarmanlagen bekundet hatte. Damit entfiel für das Bundesgericht das „Überraschungs- oder Überrumplungselement" bei der späteren Haustürsituation. Es berücksichtigte in seinem Entscheid nicht, dass dem Ganzen ein entsprechendes Werbeschreiben des Unternehmers vorausgegangen war.[51]

De lege lata gibt es somit nur zwei besondere, verbraucherschützende Widerrufsrechte für die schweizerischen Verbraucher: Das praktisch nicht sehr relevante Widerrufsrecht bei Haustürsituationen und Geschäften im öffentlichen Raum nach Art. 40b OR, das an die speziellen Situationen anknüpft, die nach Art. 40a-c OR als typisiert-gefährlich für die Verbraucher angesehen werden[52] und aufgrund ihres engen Anwendungsbereichs nicht auf Fernabsatzverträge ausgedehnt werden können,[53] sowie das relativ neue Widerrufsrecht, das auf Konsumkreditverträge nach Art. 16 KKG beschränkt ist.

Beiden speziellen Rechtsbehelfen ist gemeinsam, dass sie nicht voraussetzungslos geltend gemacht werden können und sie zudem an einen Mindestbetrag anknüpfen. Bei Konsumkreditverträgen liegt dieser bei CHF 500.00 (Art. 7 lit. KKG) und bei Haustürgeschäften bei CHF 100.00 (Art. 40 Abs. 1 lit. b OR). Die Begründung, dass so genannte „Bagatellfälle" vom Anwendungsbereich ausgeschlossen werden müssten, überzeugt nicht, denn weder der „Kaufzwang" noch die Übersichtlichkeit des Geschäfts haben etwas mit seinem Wert zu tun. Der wirtschaftliche Schaden des Ver-

[50] Zu dieser Kritik pointiert und wiederholt *Adomeit*, NJW 2004, 581; bereits *Gonzenbach* beschrieb aber „groteske" Einzelfälle, ZSR 106 (1987) 461, die vom Schutze der Verbraucherbestimmungen im Einzelfall ausgenommen werden müssten, wogegen auch nichts einzuwenden ist.

[51] Womit von einer "provozierten Bestellung" ausgegangen werden könnte, *Honsell*, AJP 1992, 67.

[52] BSK-*Gonzenbach* OR 40b N 4 ff.

[53] *Weber/Jöhri*, 47; *Weber*, E-Commerce, 335.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

brauchers mag bei einem „Bagatellfall" zwar weniger gross sein, doch darum geht es erstens beim Ausgleich einer systemimmanenten Vertragsdisparität nicht, zweitens sind diese Verträge so alltäglich, geläufig und weit verbreitet, dass Verbraucher gerade solche Verbraucherverträge besonders oft abschliessen. Stellt man sich vor, dass jede zweitägige Miete eines Snowboards, die erst im Nachhinein bezahlt wird, bereits ein Konsumkreditvertrag darstellt, nur leider einer unter CHF 500.00 und wie viele solcher Verbraucherverträge im Winter geschlossen werden, so stellt sich die Frage, ob das Widerrufsrecht nach Art. 16 KKG nicht besonders effektiv bzw. verbraucherfeindlich ausgeschlossen wurde. Dass die Justiz nicht durch „Bagatellfälle" belastet werden soll, ist ein anderes Thema, doch diese liessen sich zumindest teilweise mit der vollständigen Information der Verbraucher verhindern.

Beim geltenden Widerrufsrecht für Haustürgeschäfte ist insbesondere zu bemängeln, dass Versicherungsverträge (nach Art. 40a Abs. 2 OR)[54], aber theoretisch auch Mitgliedschaften[55], Beteiligungen an Gesellschaften oder Spenden, die alle keine Dienstleistungen nach Art. 40a Abs. 1 OR beinhalten, ausgeschlossen sind.[56]

Beide Widerrufsrechte sind innert 7 Tagen schriftlich[57] geltend zu machen (Art. 40e Abs. 2 OR und 16 Abs. 1 KKG). Diese Fristen sind seit dem Inkrafttreten des neuen Konsumkreditgesetzes auf je 7 Tage koordiniert, was für die Aufklärung der Verbraucher förderlich ist.

Diese 7-tägige Frist ist aber nicht nur zu kurz, sondern knüpft bereits an den Vertragsantrag oder die Vertragsannahme (Art. 40e Abs. 2 lit. a OR) an bzw. im Fall des Konsumkreditvertrags (Art. 16 Abs. 2 KKG) an den Erhalt des schriftlichen Vertrags an; nicht erst an den konkreten Erhalt der versprochenen Vertragsleistung. Damit liegt es in der Hand des Unternehmers, die Vertragsleistung erst nach Ablauf der 7 Tage zu erbringen um auf diese Weise einem Widerrufsrecht des Verbrauchers zu entgehen. Ob das Widerrufsrecht etwas später oder früher geltend gemacht wird – es wird seiner Funktion als Auflösungserleichterung[58] gerecht bleiben. Ein Verbraucher, der seine Ware oder seinen Kredit nicht „besehen" konnte, hat die relevanten Fakten nicht erhalten, um überlegen zu können, ob er das Vertragslösungsrecht ausüben will oder nicht.
Die Frist sollte daher mit Erhalt der Ware oder dem Kredit auf 7 Tage zu laufen beginnen, was beispielsweise aus dem Gewährleistungsrecht be-

[54] *Schwenzer*, N 28.66.

[55] A.M. BSK-Gonzenbach OR 40b N 2, allerdings müsse die Entgeltlichkeit des Vereinsbeitrittes im Vordergrund stehen.

[56] *Honsell*, AJP 1992, 66.

[57] Die Schriftlichkeit wird von einem Teil der Lehre als blosse Ordnungsvorschrift angesehen. *Schöbi*, E-Commerce, 55f; *Stauder*, JKR 2002, 94.

[58] *Lapi Thomann*, 148.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

kannt ist. Immerhin lässt sich festhalten, dass die Frist nicht zu laufen beginnt, wenn der Hinweis auf das Widerrufsrecht fehlt oder der betriebliche Anbieter seinen Angaben in diesem Zusammenhang nicht nachkommt (Art. 40e Abs. 2 lit. b OR, Art. 9 KKG).

Eine eigentliche Informationspflicht des Unternehmers für Verbraucher besteht de lege lata aber nicht, so dass dem besonderen Informationsbedürfnis des Verbrauchers nur sehr beschränkt Rechnung getragen wird.

Die schweizerischen Verbraucher sind somit, wenn es sich nicht um einen Konsumkreditgeschäft oder ein ausgewähltes Haustürgeschäft handelt, bei einer Vertragslösung erstens auf die besonderen Vertragsbestimmungen verwiesen, wobei die strengen Kaufrechtsbestimmungen nach Art. 197 ff. OR faktisch im Vordergrund stehen dürften.[59] Andererseits sind sie auf die behandelten allgemeinen Vertragsbestimmungen angewiesen, insbesondere den Grundlagenirrtum nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR. Auf die konkreten Anwendungsfälle des Grundlagenirrtums wird im folgenden Vergleich zu den Widerrufsrechten de lege ferenda eingegangen.

Andere Verbraucherschutzbestimmungen, wie ein besonderes Gesetz zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen[60] oder spezielle Bestimmungen zum Verbrauchsgüterkaufvertrag, fehlen im schweizerischen Privatrecht zum Schutze von Verbrauchern de lege lata ganz[61] und sind in naher Zukunft wohl nicht zu erwarten. Will die Schweiz künftig nicht riskieren erklären zu müssen, warum der schweizerische Verbraucher und Käufer eines internationalen Fahrniskaufvertrags besser gestellt sein soll, als derjenige eines nationalen Kaufvertrags, so sind neue Vertragslösungsrechte im Verbrauchervertrag notwendig.[62]

B. Widerrufsrechte des Obligationenrechts de lege ferenda?

1. „Autonomer" Nachvollzug von EU-Recht

„Autonom" im Sinne von rechtlich freiwillig kann der schweizerische Gesetzgeber trotz des „EWR-Neins" von 1992 nachvollziehen, was der euro-

[59] Zu diesem „Trauerspiel" *Rehbinder*, recht 1990, 129 ff.; *Kramer*, JKR 1998, 205 ff.; *Bucher*, ZSR (102) 1983, 337 ff.

[60] *Brunner*, ZSR 118 (1999) 305 ff.; *Lips*, 33 ff.; einzig in Art. 8 UWG ist eine nicht praxisrelevante Kontrollbestimmung zu irreführenden und missbräuchlichen Geschäftsbedingungen geregelt.

[61] *Frei*, 38.

[62] Das Wiener Kaufrecht (11.4.1980, in Kraft für die Schweiz 1.3.1991, SR 0.221.211.1) ist bekanntlich nach § 2 lit. a nur auf den kaufmännischen Kaufvertrag anwendbar, was aber erst recht ein Argument dafür wäre, auch einem Verbrauchsgüterkäufer den Schutz einer längeren Rügefrist oder eines Nachbesserungsanspruches zu gewähren.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

päische Gesetzgeber den Mitgliedstaaten zur innerstaatlichen Umsetzung vorgibt. Die wirtschaftlichen und rechtlichen Verquickungen mit der EU jedoch sind zu stark, um negiert zu werden und, Verträge machen bekanntlich nicht an der schweizerischen Grenze Halt,[63] so dass das schweizerische Privatrecht bereits in vielfältiger Weise vom europäischen Recht beeinflusst worden ist.[64] So ist beispielsweise das verbraucherschützende Widerrufsrecht bei Haustürgeschäften (Art. 40a OR) nach internationalem Vorbild (EG-Richtlinie 1985/577 vom 20.12.1985, ABl 1985 L 372, 31 ff.) und Schutzgedanken erlassen worden. Ebenso stand 1999 in der Botschaft zum Gerichtsstandsgesetz die Harmonisierung mit dem Recht in Europa im Vordergrund. [65] Die Lehre[66] und die Rechtsprechung[67] postulieren heute ausserdem die „europarechtskonforme" Auslegung des Rechts.

Theoretisch ist die Schweiz jedoch frei, nur die Bestimmungen aus Europa zu übernehmen, die ihr vernünftig erscheinen. Der faktische Druck, nicht „unter das europäische Niveau" zu fallen, ist aber zu Recht relativ gross, obschon der Bundesrat jüngst eher den Vergleich mit den USA zu suchen scheint.

Dass im Bestreben um eine *materielle Rechtsvereinheitlichung im Verbraucherschutz in Europa* die Schweiz die bereits erwähnten EU-Richtlinien zum Verbrauchsgüterkauf, zum Fernabsatz und zum E-Commerce[68] sowie die zu den Finanzdienstleistungsverträgen[69] „autonom" nachvollziehen sollte, erscheint vor diesen Gepflogenheiten um so dringender.

2. Stand der Gesetzgebung zur Teilrevision des OR und des UWG (Verbesserung des Konsumentenschutzes) per Ende 2005

Am 17.1.2001 veröffentlichte der Schweizerische Bundesrat einen Vorentwurf zu einem schweizerischen Bundesgesetz über den elektronischen Geschäftsverkehr (Teilrevision des Obligationenrechts und des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb) (zit. VE-OR). Dazu wurde im gleichen Monat ein Begleitbericht vom Eidgenössischen Justiz und Polizei-Departement (EJPD) herausgegeben (zit. Begleitbericht VE-OR). Dieser Vorentwurf wurde in die Vernehmlassung geschickt.

---

[63] Zum Ganzen *Jaag Tobias*, Europarecht, Zürich 2003, 395-405.
[64] *Wiegand*, FS Zäch, 171 ff.
[65] BBL 1999, 2836; *Brunner*, AJP 1992, 591 ff., 595.
[66] *Wiegand*, FS Zäch, 171 ff., 183 f.
[67] BGE 129 III 293 ff., 306.
[68] Vgl. Fn 1021, 1023,1027, 1030.
[69] Die Europäische Richtlinie zum Fernabsatz von Finanzdienstleistungen Abl L Nr. C. 385, die zum Zeitpunkt des Vorentwurfes im Januar 2001 noch nicht in Kraft war, wird in der überarbeiteten Vorlage nachvollzogen.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Aus dem Vernehmlassungsbericht Dezember 2002 (zit. Vernehmlassungsbericht VE-OR) [70] und der massiven Kritik der Lehre an Art. 40a ff. VE-OR[71] geht hervor, dass die Gleichbehandlung von Haustürgeschäften und Fernabsatzgeschäften in Bezug auf das Widerrufsrecht nach Art. 40e VE-OR die grössten Schwierigkeiten bereitete[72], weil bei Haustürgeschäften eine gesetzlich schützenswerte Überrumplungsgefahr vorliege, die bei Fernabsatzgeschäften vollends fehle: Verbraucher müssten bei Distanzgeschäften insbesondere deswegen nicht mit Überraschungsmomenten rechnen, weil die Initiative zum Vertragsschluss stets bei ihnen liege. Zudem fürchten sich die Kritiker vor grundlosen Widerrufen von Seiten der Verbraucher und den entsprechenden Unsicherheiten im Fernhandelsverkehr. Überdies wird ins Feld geführt, dass der Markt bereits heute zu freiwilligen Widerrufs- bzw. Rücktrittsrechtsangeboten der Unternehmer geführt habe, so dass sich dieser Rechtsbehelf erübrige.

Nach Einsicht in den Vernehmlassungsbericht VE-OR hat der Bundesrat im Dezember 2002 dem EJPD den Auftrag zur Erstellung eines Gesetzesentwurfs und einer Botschaft gegeben, wobei er die folgenden Zielvorgaben machte[73]: massvoller Konsumentenschutz bei so genannten Fernabsatzverträgen, massvoller Konsumentenschutz beim „herkömmlichen Fahrniskauf" und Regelung der Finanzdienstleistungsverträge. Damit erwartete man mindestens die Revision des geltenden Fahrniskaufrechts (Art. 184 ff. OR). Besonders erwähnenswert sind dabei die Bestimmungen zur grundsätzlichen Unzulässigkeit der Freizeichnung durch Unternehmer (Art. 199 lit. b. VE-OR), zur Ausweitung der Sachgewährleistungshaftung auf Herstellende und Hilfspersonen (Art. 197 Abs. 3 VE-OR), zur Flexibilisierung der Mängelrügefrist und der Verlängerung der Verjährungsfrist für Gewährleistungsansprüche auf zwei Jahre (Art. 201, 210 VE-OR) sowie zur Einführung eines zusätzlichen, allgemeinen Nachbesserungsrechts (Art. 205 Abs. 1 lit. c VE-OR).[74]

---

[70] Der VE-OR-Entwurf und der Begleitbericht VE-OR vom Januar 2001 sowie der Vernehmlassungsbericht sind elektronisch abrufbar auf der Homepage des schweizerischen Bundesamtes für Justiz (www.ofj.admin.ch/themen/konsumentenschutz).

[71] BSK-Gonzenbach OR 40b N 9a; *Wiegand/Marti*, 41; *Honsell*, Kaufrecht und E-Commerce, 215 f.; *Honsell/Pietruszak*, AJP 2001, 778; *Jörg/Arter*, AJP 2002, 173 f.; *Langer*, 163 ff., 174 f.; was nicht heissen soll, dass es nicht auch andere Kritik gibt, wie die von *Schwenzer*, N 28.64, die den VE-OR pauschal als viel zu wenig weitgehend kritisiert.

[72] Vernehmlassungsbericht VE-OR, z.B. 14, 54 ff.

[73] Gemäss Auskunft des damaligen Projektverantwortlichen des Bundesamtes für Justiz, *PD Dr. Felix Schöbi* vom Oktober 2003.

[74] *Honsell*, Kaufrecht und E-Commerce, 211 ff.; *Wiegand/Marti*, 37 ff.; *Fountoulakis*, 57 ff.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Aus diesen bundesrätlichen Vorgaben liess sich ausserdem ableiten, dass eine Regelung der Fernabsatzverträge (inklusive der Verträge im Internet) und der Finanzdienstleistungsverträge kommen werde und für alle Fernabsatzverträge ein Widerrufsrecht im Sinne von Art. 40e VE-OR zu erwarten sei. Eine Entscheidung des Bundesrates war für die 2. Hälfte des Jahres 2004 vorgesehen.

In der Zwischenzeit beschäftigte sich auch die Geschäftprüfungskommission des Nationalrates[75] (nachfolgend GPK-N) mit Fragen des Konsumentenschutzes im elektronischen Geschäftsverkehr und der angekündigten Teilrevisionen des Obligationenrechts und des Bundesgesetzes über den unlauteren Wettbewerb sowie der mittlerweile auch angekündigten Teilrevision des Konsumenteninformationsgesetzes vom 5.10.1990, SR 944.0 (KIG).[76] Mit Bericht vom 9.11.2004 hielt die GPK-N die nachfolgenden Punkte als für wichtig und forderte den Bundesrat (Exekutive) auf, entsprechende gesetzliche Lösungen zu finden:[77]

- Ein schweizerischer Verbraucher sei nach geltender Rechtslage schlechter gestellt als ein europäischer, wenn – wie „ursprünglich einmal zu seinem Schutz gedacht" – nach Art. 120 Abs. 1 lit. b IPRG schweizerisches Recht anwendbar sei.[78]
- Ein Unternehmer in der Schweiz könne seinen deutschen Kunden gegenüber das 14-tägige Widerrufsrecht im Fernabsatzvertrag (§§ 312d i.V.m. 355 Abs. 2BGB) auch nicht verweigern, so dass eine Ungleichbehandlung mit schweizerischen Kunden stattfinde.
- Eine Identifikation des inländischen Anbieters sei nötig (nach Art. 40d Abs. 1 lit. a VE-OR).[79]
- Die Informationspflicht über wesentliche Eigenschaften des zu kaufenden Produkts nach Art. 2 KIG müsse endlich umgesetzt werden.[80]
- Zu einem transparenten Bestellverfahren im Internet gehörten die Kontaktadresse des Anbieters und eine klare Darlegung des Bestellablaufs und der Korrekturmöglichkeiten (nach Art. 6a VE-UWG).[81]

---

[75] Kammer der Volksvertreter im schweizerischen Parlament (Legislative).

[76] Der Entwurf zur Teilrevision des Konsumenteninformationsgesetzes von 16.4.2004 von *Pascal Picchonnaz*, BgIB/VE-KIG, 9 ff. sah in Art. 5 ein Widerrufsrecht in allen Verbraucherverträgen vor für den Fall, dass der Anbieter seine Informationspflichten verletzt hat (www.konsum.admin.ch.).

[77] Bericht der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates vom 9. 11. 2004 zum Konsumentenschutz im elektronischen Geschäftsverkehr: vertragliche Aspekte und Datenschutz, BBL 2005, 4967 ff. (zit. GPK-Bericht), der sich wiederum stark auf die Ergebnisse der eingesetzten PVK (Parlamentarischen Verwaltungskontrolle) stützte.

[78] GPK-Bericht, 4974, 4979.

[79] GPK-Bericht, 4976.

[80] GPK-Bericht, 4977, wobei diese Informationspflicht noch als zu eng formuliert erscheint.

[81] GPK-Bericht, 4978.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

– Ein Widerrufsrecht im elektronischen Vertrag sei nötig.

Nach dem verwaltungsinternen Stand des Bundesamtes für Justiz im März 2005[82] hatte sich grundsätzlich noch nichts an diesen bundesrätlichen Vorgaben von Ende 2002 geändert, und der überarbeitete Gesetzesentwurf sollte in der ersten Hälfte des Jahres 2005 in den Räten behandelt werden. Künftig sollte diese *Teilrevision des OR unter dem passenderen Titel „Verbesserungen im Konsumentenschutz"* [83] (so genannte überarbeitete Vorlage zur Revision des OR und des UWG, im Folgenden zit. übVE-OR) statt wie bisher unter dem Titel „Bundesgesetz zum elektronischen Geschäftsverkehr" firmieren. Auf die mutmasslichen Abweichungen der überarbeiteten Vorlage vom VE-OR wird, sofern mir bekannt, bei den einzelnen Bestimmungen eingegangen.

Es kam jedoch anders: In seiner Stellungnahme vom 21.12.2005 zum obigen Bericht der GPK-N hielt der Bundesrat fest, dass er den Ausbau des Konsumentenschutzes als unnötig ansehe und auf die vorgesehene Gesetzesrevision verzichte.[84] Im gleichen Zuge lehnte der Bundesrat auch die geplante Revision des KIG (Gesetz über die Information der Konsumentinnen und Konsumenten) ab.[85] Offizielle Begründung war, dass das geltende Recht den Ansprüchen genüge und die Bürger am besten selbst wüssten, was für sie gut sei, der Staat sie somit nicht zu bevormunden habe.[86] Damit ist fürs Erste eine Revision des OR und des UWG im Sinne des Verbraucherschutzes verhindert. Doch das letzte Wort hat in einer direkten

[82] Gemäss telefonischer Auskunft von *PD Dr. Felix Schöbi*, Bundesamt für Justiz vom 23.3.2005, sollte die Vorlage nach Abschluss des verwaltungsinternen Verfahrens an den Bundesrat gehen. Es wird daher hier von einer mutmasslichen Regelung der verwaltungsinternen, überarbeiteten Gesetzesvorlage, Stand März 2005, ausgegangen.

[83] Das einst vorgesehene Bundesgesetz zu den „Verbesserungen des Konsumentenschutzes" erfasst wie der VE-OR auch eine Teilrevision des OR und des UWG und regelt bei weitem nicht nur den „elektronischen Geschäftsverkehr", sondern alle Fernabsatzgeschäfte und weitere Vertragsbereiche, die für den Verbraucherschutz relevant sind.

[84] Medienmitteilung des EJPD vom 21.12.2005 (www.bj.admin/ejpd/de/home/ dokumentationen, besucht am 31.1.2006); Stellungnahme des Bundesrates vom 21.12.2005, BBl 2006/685.

[85] Pressemitteilung des Büros für Konsumentenfragen (www.konsum.admin.ch/news/ pressemitteilung, besucht am 31.1.2006).

[86] Erhellende juristische Argumente sucht man vergeblich in der bundesrätlichen Stellungnahme, im Wesentlichen beschränkt sich diese auf die schlichte Ablehnung oder Annahme (Identifikationspflicht von Internet-Anbietern) der Empfehlungen, die die GPK-N abgegeben hat, d.h. auf politische Behauptungen, BBl 2006/685 ff. Wird ausnahmsweise argumentiert, z.B. bei der Ablehnung des Widerrufsrechts im E-Commerce (S. 689), so handelt es sich um eine Wiederholung dessen, was von den Kritikern in der Vernehmlassung bereits geäussert wurde: Es fehle im Gegensatz zum Haustürgeschäft der Überrumplungseffekt. Gegen diese Behauptung habe ich mich bereits anderenorts zur Wehr gesetzt, *Horz*, 226 ff.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Demokratie nicht die Exekutive, sondern der Gesetzgeber, das Volk und das Parlament. Daher reichte Simonetta Sommaruga bereits am 15.12.2005 eine parlamentarische Initiative ein, welche die Wiederaufnahme des Entwurfs über „Änderung des Obligationenrechts und des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb – Verbesserungen des Konsumentenschutzes" (d.h. übVE-OR) verlangt. Herausgestrichen wurde einmal mehr die Aufnahme des Widerrufsrechts im Fernabsatz nach Art. 40b, 40e Ziff. 3, 40h VE-OR, damit der Konsument in der Schweiz nicht schlechter gestellt sei als in Deutschland.[87]

In der begründeten Annahme, dass diese Initiative Erfolg haben wird (oder sonst später auf faktischen Druck aus Europa etwas bewegt werden wird), ist im Folgenden auf diese wichtige Gesetzesrevision im Sinne von möglichen Änderungen und „Verbesserungen zum Konsumentenschutz" einzugehen. Es ist auch davon auszugehen, dass irgendwann ein Widerrufsrecht im Fernabsatzvertrag normiert werden wird. (Deshalb ist Nachfolgendes bewusst ins Präsens gesetzt.)

3. Verbraucherschutz und Widerrufsrechte de lege ferenda

a) Verbraucherverhältnis

Der Vorentwurf vom Januar 2001 verzichtete noch auf eine allgemeine Definition des Verbraucherverhältnisses im Obligationenrecht.

In der überarbeiteten Vorlage 0305 sollen daher neu in Art. 40c übVE-OR die Begriffe „Kunden"[88] und „betriebliche Anbieter" allgemein für das Vertragsrecht umschrieben werden. Diese beiden Begriffe sollten dabei dem Inhalte nach den geltenden nach Art. 40a OR entsprechen. Massgebend bleibt damit die bereits erörterte Zwecktheorie, d.h. die Intention des „Kunden" die bewegliche Sache oder die Dienstleistung zum persönlichen Gebrauch zu erwerben.[89]

b) Widerrufsrecht für Fernabsatzverträge und Haustürgeschäfte

Mit der im Vorentwurf vorgeschlagenen Teilrevision des Obligationenrechts des VE-OR (Januar 2001) werden neu Fernabsatzverträge neben den Haustürgeschäften geregelt.

[87] Der interne Entscheid des Bundesrates ist bereits am 9.12.2005 erfolgt; 05.458-Parlamentarische Initiative (www.parlament.ch/afs/data/d/esch/2005/d).

[88] Zur Kritik an diesem Begriff bereits *Hugenin*, AJP 1994, 695.

[89] *Frei*, N 101; *Langer*, 43 f.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

aa. Fernabsatzverträge

Fernabsatzverträge werden nach Art. 40c VE-OR als Verträge über den Vertrieb von Waren und Dienstleistungen[90] durch den Gebrauch von Fernkommunikationsmitteln unter der Verwendung eines Fernvertriebssystems definiert. Es fallen neben Verträgen per Post, Telefon, Telefax und per Fernsehen auch die Verträge per Internet unter diese Bestimmungen.[91] Nach überarbeiteter Vorlage (Art. 40b übVE-OR) wird grundsätzlich an dieser Definition von „Fernabsatzvertrag" festgehalten; sie entspricht derjenigen der EU-Richtlinie.[92]
Entscheidend sind demnach drei Voraussetzungen: 1.) das Fehlen der „physischen Begegnung" der Vertragsparteien, 2.) Benutzen eines Fernkommunikationsmittels, und 3.) das Angebot des Unternehmers durch ein zu Geschäftszwecken installiertes Vertriebssystem.[93] Ausgeschlossen von dieser Definition wäre daher beispielsweise ein Unternehmer, der zufällig oder auch nur gelegentlich per Fax eine Bestellung erhält.[94]

Ausnahmen vom Anwendungsbereich sind nach Art. 40c Abs. 2 lit. a-c VE-OR: a) Versteigerungen, denn bei diesen würde ein Widerrufsrecht zu allzu grosser Unsicherheit führen[95], b) Verbrauchsgüterkaufverträge per Warenautomaten, die den Geschäftsräumen gleichgestellt sind, weil sie sofort geschlossen werden, und c) Verbraucherverträge, die mittels öffentlicher Telefonanlagen geschlossen werden und daher ein Widerrufsrecht kaum denkbar ist.[96]

bb. Haustürgeschäfte

An der Definition des Haustürgeschäfts und ähnlichen Geschäften wird inhaltlich nichts Grundlegendes geändert (gemäss Art. 40b VE-OR).
Nach der überarbeiteten Vorlage 0305 und dem neuen Art. 40a übVE-OR sollen allerdings, entsprechend der seit langem erhobenen Kritik[97], künftig auch die „Geschäfte an Messeständen" und „Teilnutzungsrechte an Immobilien" (Timesharing-Verträge) als den Haustürgeschäften gleichgestellt berücksichtigt werden.

---

[90] Das ergibt sich noch aus Art. 40a VE-OR, der den allgemeinen Geltungsbereich der Haustürgeschäfte und Fernabsatzverträge regelte.
[91] Begleitbericht VE-OR, 13.
[92] Begleitbericht VE-OR, 12.
[93] Begleitbericht VE-OR, 12 f.
[94] Begleitbericht VE-OR, 13.
[95] *Honsell*, Kaufrecht und E-Commerce, 211 ff.
[96] Begleitbericht VE-OR, 13.
[97] *Honsell*, AJP 1992, 67; BSK-*Gonzenbach* OR 40 N 4.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

cc. Einheitliches Widerrufsrecht

Nach Art. 40a i.V.m. Art 40e VE-OR ist für Fernabsatz- und Haustürgeschäfte neu ein einheitliches Widerrufsrecht vorgesehen, weil davon ausgegangen wird, dass beide Geschäftsformen sich dadurch auszeichnen, „dass der Vertrag ausserhalb der Geschäftsräume des Anbieters" stattfindet.[98]

Nach Art. 40e VE-OR ist somit die Inanspruchnahme des Widerrufsrechts im Fernabsatzvertrag möglich, sofern kein Ausnahmefall, wie ein Versteigerungsgeschäft, ein Geschäft per Warenautomat oder per öffentlicher Fernmeldeanlage nach Art. 40e Abs. 2 VE-OR vorliegt und es sich um bewegliche Sachen und Dienstleistungen nach Art. 40a Abs. 1 OR handelt, die einen Mindestwert von CHF 100.00 (Art. 40a Abs. 2 VE-OR) aufweisen.

Da Schutzbedürfnis der Verbraucher fehlt gleichermassen bei Fernabsatz- und Direktvertriebsgeschäften nach Art. 40a Abs. 2 lit. c und d VE-OR, wenn die Güter und Dienstleistungen auf ausdrücklichen Wunsch angefertigt oder auf die speziellen Bedürfnisse zugeschnitten sind, denn dann haben sich die Verbraucher regelmässig etwas überlegen können.[99] Ausnahmen sind denkbar, wenn das Produkt gar nicht anders angeboten wird, beispielsweise ein T-Shirt mit spezieller Auswahl an Farbe und Aufdruck. Auch ist ein Widerrufsrecht bei Waren, die schnell verderben, nur schwierig auszuüben, so dass es in diesen Fällen nach Art. 40a Abs. 2 lit. c VE-OR ausgeschlossen ist.

Ausgeschlossen vom Widerrufsrecht werden ausserdem nach Art. 40f VE-OR einerseits Dienstleistungen, bei denen der Verbraucher ausdrücklich vor Ablauf der Widerrufsfrist auf sein Widerrufsrecht verzichtet hat (lit. a), und andererseits solche über digitale Produkte, die der Verbraucher selbständig vom Internet heruntergeladen hat oder sich hat senden lassen (lit. b).[100] In diesen Fällen wird die konkrete Ausübung des Widerrufsrechts entweder nicht oder nur erschwert möglich sein, weil die Dienstleistung beispielsweise sehr schnell erbracht werden muss[101] (z.B. Arztbesuch) oder weil nicht kontrollierbar ist, ob das Widerrufsrecht zu Recht ausgeübt wird (z.B. Entsiegelung von Videos oder Kopie von Software). Kann der Verbraucher nachweisen, dass er das Gut versiegelt aufbewahrt, so behält er sein Widerrufsrecht.[102]

---

[98] Begleitbericht VE-OR, 11 f.
[99] *Frei*, N 634 ff.
[100] *Frei*, N 641.
[101] Im Vergleich zur EU-Richtlinie, *Langer*, 165.
[102] Begleitbericht VE-OR, 16 f.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Trotz Kritik an einer Gleichstellung von Haustür- und Fernabsatzgeschäften und einem entsprechenden gemeinsamen Widerrufsrecht[103], wird in der überarbeiteten Vorlage VE-OR (Stand 0305) an der inhaltlichen Regelung von Art. 40a i.V.m. Art 40e VE-OR zum gemeinsamen Widerrufsrecht von Fernabsatzvertrag und Haustürgeschäft festgehalten. Wesentliches Argument ist, dass die Motivationen für die Ergreifung eines Widerrufsrechts und die Anknüpfung an die Vertragsanbahnung, sowie die Technik, wie dies zu geschehen habe, in beiden Fällen weitgehend identisch seien.

Ein neues Widerrufsrecht für Fernabsatzverträge wird somit gleichermassen für einen Vertragsschluss des Verbrauchers im Internet wie auch für eine Bestellung per Katalog oder einen Finanzdienstleistungsvertrag per Fax oder per Telefon de lege ferenda gelten.
Die Systematik sollte jedoch insofern angepasst werden als in Art. 40a übVE-OR mit der Definition des Haustürgeschäfts begonnen wird, dann in Art. 40b übVE-OR die Definition des Fernabsatzgeschäfts folgt und in Art. 40d übVE-OR das *gemeinsame Widerrufsrecht* geregelt wird, wobei in Art. 40e übVE-OR die Ausnahmen aufgelistet werden.

In der überarbeiteten Vorlage VE-OR sollen im Gegensatz noch zu Art. 40a Abs. 2 lit. a VE-OR auch die *Finanzdienstleistungsgeschäfte* vom Ausnahmekatalog in Bezug auf das Widerrufsrecht ausgenommen werden. Es ist somit auch nach schweizerischem Recht ein Widerrufsrecht bei Finanzdienstleistungsverträgen vorgesehen.

Im Rahmen von Art. 40e übVE-OR sollen nur noch spezielle Ausnahmen, wie ein Versicherungsvertrag[104] mit einer Laufzeit von unter einem Monat oder ein Darlehen, das dinglich abgesichert ist, zulässig sein.

dd. Frist zur Geltendmachung des Widerrufsrechts bei Sachleistungen

Daraus ergibt sich bereits, dass die Verbraucherseite nicht in jedem Fall zwingend innert 7 Tagen ihr Widerrufsrecht geltend machen muss. Bei Sachleistungen wird jedoch an der 7-tägigen Frist des Widerrufsrechts seit Vertragserklärung nach Art. 40e Abs. 1 VE-OR festgehalten.
Der Beginn der Widerrufsfrist nach Art. 40e Abs. 2 VE-OR knüpft, wie bereits bekannt, an die Kenntnis der Verbraucher vom Widerrufsrecht sowie neu an die Kenntnis der verbraucherschützenden Informationen nach Art. 40d VE-OR an.

---

[103] Mit Beispielen *Hotz*, 228; *Stauder*, E-Commerce, 146; *Langer*, 163 ff.; *Honsell*, Kaufrecht und E-Commerce, 216.

[104] Das am 17.12.2004 geänderte Versicherungsvertragsgesetz ist per 1.1.2006 in Kraft getreten; wobei die dort vorgesehene *Kündigungsmöglichkeit bei Verletzung der vorvertraglichen Informationspflicht* nach Art. 3 und 3a erst zu einem späteren Zeitpunkt in Kraft treten wird.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Eine absolute Frist für die Ausübung des Widerrufsrechtes ist nicht normiert, eine allgemeine Grenze dürften aber Art. 2 ZGB[105] und ein „Widerruf zu Unzeit" analog Art. 404 OR bilden.

Der Widerruf kann nach Art. 40e Abs. 4 VE-OR auch per Internet erfolgen,[106] wobei der Beweis des fristgerechten Eingangs beim Verbraucher liegt.

Neu sollen in der überarbeiteten Vorlage (Stand 0305) auch die Fristen für die Ausübung des Widerrufsrechts für Sach- und Dienstleistungen unterschiedlich angesetzt werden, was der Regelung der Richtlinie entspricht. Es kann damit mit einer Widerrufsfrist von 14 Tagen bei Finanzdienstleistungsverträgen gerechnet werden.

c) Informationspflichten

Es soll auch nach überarbeiteter Vorlage VE-OR grundsätzlich bei einer getrennten Regelung von allgemeinen Informationspflichten nach OR gemäss Art. 40d VE-OR und speziellen Informationspflichten gemäss UWG nach Art. 3 lit. b bis (alle Fernabsatzverträge betreffend) und Art. 6a VE-UWG (nur den elektronischen Geschäftsverkehr betreffend) festgehalten werden.[107] Begründet wird diese Zweiteilung damit, dass die allgemeinen Informationspflichten nach VE-OR den Vertragsschluss und die speziellen, lauterkeitsrechtlichen Informationspflichten nach VE-UWG den vorvertraglichen Zustand betreffen.[108]

Dem ist bereits jetzt zu entgegnen, dass Informationen, die nicht vor dem Vertragsschluss erfolgt sind, ihren Zweck nicht erfüllen und damit sinnlos sind. Es sind damit sämtliche Arten von Informationen, zumal sie inhaltlich teilweise deckungsgleich sind, wie nach geltendem Art. 40d Abs. 3 OR *vor dem Vertragsschluss* anzubieten.[109] Art. 40d Abs. 3 VE-OR hält immerhin fest, dass die Informationen in materiellen Datenträgern (inklusive Papier) und E-Mail zu erfolgen haben.[110]

Unklar ist, ob der Begriff des „Fernabsatzes" nach Art. 3 lit. b bis VE-UWG und Art. 6a VE-UWG allenfalls weiter geht als derjenige nach VE-OR, mithin, ob Ausnahmefälle vom Fernabsatzgeschäft, wie diejenigen nach Art. 40c Abs. 2 VE-OR (die sich in concreto nach überarbeiteter Vor-

[105] *Frei* N 671.

[106] Begleitbericht VE-OR, 15.

[107] Diese Trennung im Vorentwurf wurde teilweise heftig kritisiert: *Fountoulakis*, 70 f. m.w.H.; *Hotz*, 228; punktuell so Langer, 103; *Jörg/Arter* AJP 1992 179 ff. gehen dagegen davon aus, dass alle Informationspflichten nur lauterkeitsrechtliche Folgen nach sich ziehen, doch kritisieren sie die Regelung derselben im VE-UWG grundsätzlich auch.

[108] Begleitbericht VE-OR, 29.

[109] Mit weiteren Überlegungen *Langer*, 106 f.

[110] Begleitbericht VE-OR, 16.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

lage VE-OR ändern werden), auch erfasst sind[111] und ob beispielsweise die Informationspflichten auch gelten, wenn ausnahmsweise wie nach Art. 40b VE-OR kein Widerrufsrecht gegeben ist. [112] Formell betrachtet müssen nur die allgemeinen obligationenrechtlichen Informationspflichten nach Art. 40d Abs. 3 VE-OR dauerhaft angelegt sein, die lauterkeitsrechtlichen nicht.[113]

Art. 40d Abs. 1 VE-OR zählt die wichtigsten, allgemeinen Informationspflichten, die von den betrieblichen Anbietern im Fernabsatzverkehr und bei Haustürgeschäften zu erbringen sind, auf: Name und Adresse des Anbieters sowie Preis des Vertragsgegenstandes und sämtliche Gebühren und Kosten, die mit dem Vertragsschluss auftreten können. Im Gegensatz zur EU-Richtlinie sieht diese Informationspflicht keine über die Vertragsgegenstandseigenschaften vor.[114]

Der Verbraucher soll durch diese Information in die Lage versetzt werden, den Unternehmer persönlich und örtlich auszumachen und die essenziellen Vertragspunkte zu begreifen, wie diejenigen nach Art. 40c Abs. 2 VE-OR[115], und die Gebühren und Kosten (wie Transportkosten und Zollgebühren) vollumfassend zu erfahren.[116] In Bezug auf die Waren des Alltagsgeschäfts gilt, dass der Unternehmer den Verbraucher über Gegenstände, die er aus dem täglichen Leben kennt, nicht zu informieren braucht.

Art. 40d Abs. 2 VE-OR statuiert allgemein die Informationspflicht über das Widerrufsrecht der Verbraucherseite.

Art. 3 lit. b bis VE-UWG regelt darüber hinaus für sämtliche Fernabsatzverträge[117], dass neben der Adresse auch die E-Mail-Anschrift des Anbieters bekannt gegeben werden muss und dass dieser überdies *klare und vollständige Angaben über die „wesentlichen Eigenschaften" der angebotenen Produkte bieten* muss.[118] Es soll lauterkeitsrechtlich sichergestellt werden, dass der Verbraucher alle relevanten Informationen erhält, die er braucht, um den Verbrauchervertrag schliessen zu können.[119]
Da der Vertragsschliessende im Netz besonders gefährdet ist, regelt Art. 6a VE-UWG einige – heute bereits oft in der Praxis realisierte – formelle Standards zum Vertragsabschluss des Verbrauchervertrags im Internet. Da dieser Fernabsatzvertrag ähnlich schnell wie der Vertrag am Telefon –

[111] Insofern bejahend *Langer*, 100.
[112] Insofern offen *Langer*, 44.
[113] *Fountoulakis*, 87; *Langer*, 103, 105 f.
[114] *Fountoulakis*, 71.
[115] In Bezug auf diese zwei Punkte ist anzuführen, dass sie bereits regelmässig Konsensgegenstand sein müssen, andernfalls der Vertrag gar nicht zu Stande kommt.
[116] Begleitbericht VE-OR, 14.
[117] *Langer*, 100.
[118] Begleitbericht VE-OR, 16; *Langer*, 103; *Frei*, N 655.
[119] Begleitbericht VE-OR, 14.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

durch einen bzw. mehrere Mausklicks[120] – geschlossen wird, handelt unlauter, wer Waren und Leistungen im Internet anbietet, ohne klare Angaben zu seiner Person und dem Vertragsgegenstand zu machen und ohne die einzelnen technischen Schritte, die zum Vertragsschluss führen, zu erklären und die nötigen Hilfsmittel zur Verfügung zu stellen.[121]

Zusätzlich ist nach der überarbeiteten Vorlage VE-OR eine spezielle Regelung für Verträge vorgesehen, die am Telefon geschlossen werden.[122] Bei dieser Vertragsschlussart ist es anerkanntermassen besonders schwierig zu kontrollieren, inwiefern der betriebliche Anbieter seinen Informationspflichten nachgekommen ist. Sonstige Formerfordernisse lassen sich auch nicht durchsetzen.

Zentrale Rechtsfolge bei Unterlassen der allgemeinen Informationspflichten ist, dass die Widerrufsfrist des Verbrauchers nicht zu laufen beginnt (Art. 40e Abs. 2 lit. b. VE-OR). Wenn also beispielsweise ein Verbraucher erst drei Jahre nach Vertragsschluss erfährt, dass er ein Widerrufsrecht gehabt hätte, so kann er es zumindest theoretisch noch nach drei Jahren ausüben. Die Frist des Widerrufsrechts ist nach Art. 40e VE-OR zudem abhängig von den übrigen Informationen nach Art. 40d Abs. 1 VE-OR. Es gibt keine absolute bzw. obere Begrenzung der Ausübung des Widerrufsrechts.[123]

Der Unternehmer soll zudem allgemein für die mangelhaften oder unterlassenen Informationen nach Obligationenrecht einstehen müssen, indem der Verbraucherseite gegebenenfalls ein Schadenersatzanspruch zusteht. Diese Anspruchsnorm wird in der überarbeiteten Vorlage aufgestellt. Neben dem Schadenersatzanspruch bleiben dem Verbraucher aber ausdrücklich alle anderen Rechtsfolgen offen, insbesondere die klassischen Vertragslösungsrechte, namentlich die Kündigung oder die Berufung auf Nichtigkeit oder Teilnichtigkeit oder die Berufung auf Willensmängel.[124]

---

[120] Die Schnelligkeit, mit welcher der Vertrag im Netz geschlossen wird, hat einen Einfluss auf den Willensbildungsprozess, beim Ausfüllen eines physischen Bestellbogens kann die Entscheidung dagegen nochmals überdacht werden.

[121] *Langer* N 105; *Frei*, N 656.

[122] Dass der Telefonverkauf nie als Form von Direktvertrieb nach Art. 40a ff. OR anerkannt worden ist, wurde bereits bei der Einführung des Widerrufsrechts nach Art. 40b OR kritisiert, *Huguenin*, AJP 1994, 694; *Werro/Belser*, 225 f.

[123] Es sei denn, es liege rechtsmissbräuchliches Verhalten (Art. 2 ZGB) des Verbrauchers vor. Denkbar ist auch eine Schadenersatzpflicht analog des Widerrufs zur Unzeit nach Art. 404 OR. Zu einer analogen Beschränkung des Rechts auf absolut 10 Jahre nach Art. 127 OR, *Langer*, 107; *Dornier* N 474.

[124] *Wiegand/Marti*, 44, schliessen Nichtigkeit bei Nichterbringen von Informationspflichten als unsachgemäss aus, doch ist bei Fehlen einer Preisangabe schlicht kein Verbrauchsgüterkauf entstanden. Denkbar sind weiter auch die Geltendmachung von Gewährleistungsrechten oder Ansprüche aus Art. 402 OR.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Zusätzlich sehen Art. 3 lit. b bis und Art. 6a VE-UWG vor, dass ein unlauteres Verhalten vorliegt, wenn die Informationspflichten nach Art. 40d VE-OR vernachlässigt wurden, so dass parallel zu den Rechtsfolgen nach Schuldrecht die *allgemeinen strafrechtlichen Sanktionen*[125] *und die Beweislastumkehr nach Art. 13a des UWG* zur Anwendung kommen.

d) Rechtsfolgen des Widerrufsrechts de lege ferenda

Zum Schluss der überarbeiteten Vorlage VE-OR sollten die Rechtsfolgen der Ausübung des Widerrufsrechts geregelt werden.

Durch den Widerruf wird der Verbrauchervertrag nach Art. 40g VE-OR wie nach geltendem Recht für die Haustürgeschäfte (Art. 40f OR) ex tunc aufgelöst.[126] Dogmatisch ist das Widerrufsrecht eine einseitige Willenserklärung, durch die ein Schuldverhältnis ex tunc aufgelöst wird.[127] Es wird als eine Art Rücktritt im Sinne von Art. 107 Abs. 2 und Art. 109 OR bezeichnet[128], denn es wird einseitig rechtsgestaltend ein Vertrag aufgelöst. Die Rechtsfolgen des Widerrufsrechts für Haustürgeschäfte und Fernabsatzgeschäfte sind nach Art. 40g VE-OR als Auflösung ex tunc[129] mit allgemeinen Rückabwicklungsfolgen[130] zu betrachten. Die Rechtfolgen des Widerrufs unterscheiden sich daher kaum von den geltenden Rechtfolgen (Art. 40f OR).

Beide Parteien haben ihre Leistung zurückzuerstatten. Für den Gebrauch der Sache hat der Verbraucher allenfalls einen Mietzins und für die Auslagen des Unternehmers allenfalls einen Ersatz i.S.v. des Auftragsrechts

[125] Wobei nach *Frei*, N 660, Art. 23 UWG derart geändert werden soll, dass eine Busse bis CHF 100'000.- oder Gefängnisstrafe möglich werde.

[126] BSK-*Gonzenbach* OR 40f N 1; *Langer*, 169 f.

[127] CR-*Stauder* OR 40f N 3 ff., *Schwenzer* N 28.73; BSK-*Gonzenbach* OR 40f N 2; *Gauch/Schluep/Schmid/Rey* N ; a.A. *Honsell* AJP 1992, 67; offen *Huguenin*, AJP 1994, 697.

Von *Tuhr/Escher* Bd. II, 168 beschreiben allerdings das „erste" Widerrufsrecht nach Auftragsrecht (OR 404), als ein wie eine Kündigung, ein „ex nunc" wirkendes, das im Gegensatz zum Rücktritt stehe, der stets „ex tunc" wirke. Von der ratio der verbraucherschützenden Widerrufsrechte her, ist es jedoch klar, dass ein Widerrufsrecht im Verbrauchervertrag den Vertrag ex tunc auflösen muss, denn es geht darum einen nie gewollten Vertrag rückgängig zu machen.

[128] Art. 510 OR spricht von "Widerruf der Bürgschaft" und in den entsprechenden Marginalien steht „Rücktritt".

[129] *Frei*, N 677.

[130] CR-*Stauder* OR 40f N 3 ff.; a.M. *Schwenzer* N 29.73; sie spricht, im Zusammenhang von Art. 40f OR, ausgehend von der deutschen Lehre, von einer speziellen bereicherungsrechtlichen Regelung.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Art. 402 OR) zu leisten (Art. 40f Abs. 4 OR bzw. Art. 40g Abs. 2 und 3 VE-OR).[131]

Einen weiteren Schaden hat der Verbraucher nach Art. 40g Abs. 3 VE-OR wie nach geltendem Recht jedoch ausdrücklich (entgegen Art. 402 Abs. 2 OR) nicht zu ersetzen. Das bedeutet konkret, dass der Verbraucher nicht für das negative Vertragsinteresse einzustehen hat. Das sind Rechtsfolgen, die sich kaum mehr von den Rechtsfolgen aus Rücktritt nach Art. 109 OR unterscheiden.

Nur für die Fernabsatzgeschäfte ist allerdings nach Art. 40g Abs. 5 VE-OR vorgesehen, dass der Verbraucher die Kosten für die Rücksendung trägt, wenn ihm die Ware vor Ablauf der Widerrufsfrist zugesendet wurde, denn dann steht die Zusendung angeblich (innert 7 Tagen) einseitig in seinem Interesse.[132]

4. Zusammenfassende Würdigung

Wie dem VE-OR und dem Titel der überarbeiteten Vorlage „Verbesserung des Konsumentenschutzes" zu entnehmen ist, sollte es mit den vorgesehenen Teilrevisionen des OR und des UWG tatsächlich zu Verbesserungen des Schutzes des Verbrauchers kommen:
Die Änderungen im Fahrniskaufrecht (insb. Art. 197 Abs. 3, 199, 201, 206, 210 VE-OR, etc.) sind klar formuliert. Zudem sind die neuen Rechtsfolgen sowohl für die betrieblichen Anbieter wie auch für die Verbraucher abschätzbar, weil bekannte, seit langem kritisierte Sachverhalte normiert werden. Politisch ist dieser Teil der Vorlage damit aber nicht weniger angreifbar, denn er macht die Verbesserungen des Verbraucherschutzes für jeden betrieblichen Anbieter augenfällig.

Die Einführung des neuen *Widerrufsrechts für Fernabsatzverträge* de lege ferenda wäre sehr zu begrüssen, die vorgesehene Aufnahme von Finanzdienstleistungsverträgen unter die Fernabsatzgeschäfte ebenso.
Das Widerrufsrecht für Fernabsatzverträge nach Art. 40 VE-OR knüpft wie das geltende zum Haustürgeschäft nach Art. 40b OR an der Art der Vertragsanbahnung und deren typisiert-gefährlichen Situationen an.
Die typisiert-gefährlichen Situationen, die mit betrieblichem Gebrauch eines Vertriebssystems, das mit Fernkommunikationsmitteln funktioniert, entstehen, sind einerseits das distanzbedingte, strukturelle inhaltliche Informationsdefizit und andererseits ein zusätzliches, technisches strukturelles Informationsdefizit beim Gebrauch des Mediums Internet. Von welcher Seite die Initiative zum Vertragsschluss ausging, spielt bei Fernabsatzge-

[131] Diese Regelung wird als Angleichung an die auftragsrechtlichen Rechtsfolgen von Fountoulakis, 76, als erhebliche Schlechterstellung des Verbrauchers im Vergleich zur Art. 6 Abs.1 RL-Regelung kritisiert.
[132] Begleitbericht VE-OR, 17.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

schäften keine Rolle, denn der Überraschungseffekt für den Verbraucher liegt in beiden Fällen nach dem Vertragsschluss vor, wenn die Sache besehen, befühlt, angezogen oder ausprobiert werden konnte.

Damit zeigt sich ein wesentlicher inhaltlicher Unterschied zum Widerrufsrecht bei Haustürgeschäften: Es geht bei jenem nicht um den Übereilungsschutz unmittelbar bei Vertragsschluss, sondern um einen Ausgleich nach dem Vertragsschluss für die bei Vertragsschluss nicht mögliche Überprüfbarkeit der Ware oder Dienstleistung auf das ursprünglich Gewollte aufgrund des benutzten Fernkommunikationsmittels.[133] Im ersten Fall kann die Frist ohne weiteres mit Vertragsschluss beginnen (Art. 40e Abs. 2 VE-OR), im zweiten Fall muss die Frist richtigerweise erst mit Erhalt der Ware oder Dienstleistung beginnen.[134] Es bleibt somit nicht einsichtig, wieso eine Vermengung der beiden Widerrufsrechte stattfinden soll.

Immerhin ist aber in der überarbeiteten Vorlage gemäss EU-Richtlinie (Art. 6 Abs. 1, Unterabsatz 2, 1. Spiegelstrich FARL) eine unterschiedliche Fristansetzung für Sach- und Dienstleistungen vorgesehen, so dass die Widerrufsfrist bei Waren de lege ferenda erst mit Eingang der Lieferung zu laufen beginnen soll. Die vorgenommene sachliche Umschreibung der Fernabsatzgeschäfte entspricht im Grossen und Ganzen jedoch der EU-Richtlinie.[135]

Der *elektronische Geschäftsverkehr* als eine Art von Fernabsatzvertrag umfasst zudem, anders als beispielsweise der traditionelle Versandhandel, wertvollere und komplexere Güter[136] , so dass es bei elektronischen Rechtsgeschäften grundsätzlich um mehr Geld und grössere Sachkenntnis geht. Das strukturelle inhaltliche Informationsungleichgewicht wiegt somit im Vergleich schwerer. Zu berücksichtigen ist ferner, dass die technische Komplexität dieses Mediums spezielle technische Kenntnisse voraussetzt, die Unternehmer, sei es durch Geld oder Personal, besser bewältigen und ausnutzen können als Privatpersonen. Die „medialen Umstände"[137] von Rechtsgeschäften im Netz sorgen daher für ein zusätzliches strukturelles technisches Informationsungleichgewicht. Es sind deshalb mindestens besondere Informationspflichten nötig, wie die in Art. 6a VE-UWG vorgeschlagenen.[138] Fraglich ist allerdings, wieso diese nicht von den allgemeinen Folgen bei Unterlassen von Informationen nach OR (Frist des Widerrufsrechts beginnt nicht zu laufen und Schadenersatzanspruch) erfasst sein

[133] *Fountoulakis*, 74 f.
[134] *Fountoulakis*, 72.
[135] *Langer*, 44.
[136] *Schöbi*, E- Commerce, 52.
[137] *Gasser*, SJZ 97 (2001) 389.
[138] Vernehmlassungsbericht November 2002, 57.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

sollen. Ausserdem fragt sich, ob rein technische Hinweise dem Verbraucher tatsächlich helfen, die richtigen Überlegungen anzustellen.

Nicht überzeugend ist, dass die verbraucherrelevanten Informationspflichten über die „wesentlichen Eigenschaften" des Produkts nach Art. 3 lit. b bis VE-UWG nicht im Obligationenrecht aufgenommen wurden und das Unterlassen somit keine Verlängerung der Frist für die Ausübung des Widerrufsrechts bewirkt, sondern nur lauterkeitsrechtliche Folgen zeitigt.[139] Stattdessen normiert Art. 40d Abs. 1 VE-OR die Pflicht, den „Preis" und den „Vertragsgegenstand" anzugeben, was grundsätzlich wichtig erscheint, deren Fehlen jedoch in den meisten Fällen ohnehin zu einem Nichtentstehen des Vertrags führen dürfte. Ausserdem ist aus Verbraucherperspektive die untere Betragsgrenze von CHF 100.00 für Fernabsatzgeschäfte in Angleichung an die geltende Regelung bei den Haustürgeschäften nicht einsichtig, da wie bereits erwähnt ein „Kaufzwang" und eine vernünftige Überlegung nicht von einem Betrag abhängen und ein solcher auch in der EU-Richtlinie nicht vorgesehen ist.[140]

Politisch, aber nicht sachlich verständlich war der Kompromiss, dass der Verbraucher die Kosten des Widerrufes nach Art. 40f Abs. 5 VE-OR zu übernehmen habe. Mit dieser Bestimmung versuchte man all jenen, die um die willkürliche Zunahme von Vertragsauflösungen – oder den Verlust der Privatautonomie überhaupt – fürchten, entgegenzukommen.

Die Regelung ist jedoch im Ansatz falsch, denn es ist grundsätzlich davon auszugehen, dass kein Verbraucher grundlos widerruft, sofern ihm ein guter und fairer Vertrag in einer entspannten Vertragssituation angeboten worden ist.[141] Eine solche Vertragssituation herzustellen, steht in der Macht des Unternehmers. Sorgt er nicht dafür und widerruft ein Verbraucher den Vertrag, so ist nicht einzusehen, warum der Verbraucher die Kosten für eine Rücksendung zu übernehmen hat. Es bestand offenbar ein Grund das Widerrufsrecht auszuüben. Erst recht nicht mehr zu überzeugen vermag diese Pflicht die Rücksendekosten übernehmen zu müssen, wenn der Vertrag nur zu Stande kam, weil der Unternehmer seine Informationspflichten verletzte.

Zusammenfassend ist ein Widerrufsrecht für Fernabsatzgeschäfte, insbesondere eines im Geschäftsverkehr im Internet gemäss Vorentwurf VE-OR und der überarbeiteten Vorlage „Verbesserungen im Konsumentenschutz", von der Sache her nötig.

Die dargestellte Rechtslage zu den Vertragsauflösungsinstituten im Verbraucherverhältnis, die einst vorgesehenen Gesetzesentwürfe zum Wider-

---

[139] *Langer*, 187, 103 mit Hinweis auf die dahinter stehenden Überlegungen des Bundesrates.

[140] *Langer*, 101.

[141] *Hotz*, 220.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

rufsrecht im Fernabsatzvertrag und die Kritik an diesen sind nicht nur eng mit der Diskussion um formale und materiale Vertragsfreiheit verbunden, sondern auch mit der politisch-gesellschaftlichen Diskussion um mehr Sozialschutz statt Laisser faire-Politik. Es ist daher nicht erstaunlich, dass sich die Diskussionen um „das Ende der Privatautonomie" und die übermässige Bevormundung durch ausgeprägten Sozialschutz bei jeder Einführung oder extensiven Auslegung eines Vertragsauflösungsinstitutes (z.B. weiterer Widerrufsrechte) zum Schutze von Verbrauchern in jedem Einzelfall wiederholen.[142] Das spricht aber für eine generelle Regelung eines verbraucherschützenden Vertragslösungsrechts im Obligationenrecht. Dass der schweizerische Gesetzgeber „notorisch rückständig" ist, hätte daher eine Chance sein können, um sämtliche Widerrufsrechte des Verbraucherschutzes im Privatrecht (Art. 16 KKG, Art. 10 PauRG) einheitlich im Obligationenrecht zu normieren. Mit der Revision des VVG ist ein neues Vertragslösungsrecht für Versicherungsnehmer bei Versicherungsgeschäften vorgesehen.

Wieso zu einer allgemeinen „Verbesserung des Konsumentenschutzes" im Obligationenrecht nicht auch die Einführung einer Inhaltskontrolle gehört, die AGB-Normen erfasst, bleibt abschliessend unverständlich.[143]

C. Vergleich zum Grundlagenirrtum nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR

1. Im Allgemeinen

Sollte es *de lege ferenda* doch einmal zu einem zusätzlichen Widerrufsrecht für Verbraucher bei Fernabsatzverträgen (inklusiv Verträgen im Internet und Finanzdienstleistungsverträgen) kommen, wird sich auch im schweizerischen Recht die Frage nach dem Verhältnis dieser Widerrufsrechte zur klassischen Vertragslösung wegen Grundlagenirrtums nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR stellen. Für die Haustürgeschäfte stellt sie sich bereits heute. (Das Präsens wird weiterhin beibehalten.)

Beide Arten von Vertragslösungsrechten sind im Allgemeinen Teil des Obligationenrechts unter dem Subtitel „Entstehung durch Vertrag" geregelt. Systematisch würde das neue Widerrufsrecht unter eigenem Titel „H"

[142] In Deutschland wurde seit der Schuldrechtsmodernisierung beispielsweise wieder die gleiche Diskussion im Zusammenhang mit einem Gesetzesvorschlag um die Einführung von Diskriminierungsverboten im BGB, welche die Vertragsfreiheit der Parteien angeblich rechtswidrig beschränken, geführt. Vgl. Susanne Baer, „Ende der Privatautonomie" oder grundrechtlich fundierte Rechtsetzung? Die deutsche Debatte um das Antidiskriminierungsrecht, Zeitschrift für Rechtspolitik 2002, 290 ff.

[143] *Arter*, recht 2004, 43.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

„Haustür- und Fernabsatzgeschäfte" firmieren. Es wird auch nicht unter dem Titel „F" Mängel des Vertragsschlusses eingeordnet, sondern unter einem eigenen separaten Titel. Diese Systematik bedeutet jedoch nicht, dass dem Widerrufsrecht nicht auch eine Willensstörung zu Grunde liegt.

Beide Rechtsbehelfe setzen voraus, dass der Verbrauchervertrag wirksam zu Stande gekommen ist. Die Vertragsauflösung aufgrund des Widerrufes eines Fernabsatz- und Direktvertriebsgeschäfts und aufgrund eines Irrtums nach Art. 23 OR wirken ex tunc. Daraus ergibt sich folgender Unterschied: Für einen entgangenen Gewinn müsste ein Irrender nach Art. 23f. OR allenfalls aufkommen, der Verbraucher, der sich auf das Widerrufsrecht beruft, jedoch nicht (Art. 40f. Abs. 4 OR).

Im Verhältnis von Widerrufsrecht und Grundlagenirrtum wird von einer alternativen Anwendbarkeit der beiden Rechtsbehelfe ausgegangen.[144] Dem Verbraucher steht also bei Vorliegen eines gesetzlichen Widerrufsrechts stets die Wahl zu, dieses auszuüben oder sich auf die Irrtumsungültigkeit, insbesondere die nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1 OR, zu berufen.

2. Schutz der ungestörten Willensbildung

Verbraucher sollen mit dem Widerrufsrecht von Verträgen zurücktreten können, die sie an einem anderen Ort, zu einem anderen Zeitpunkt oder im direkten Kontakt mit dem Unternehmer bei voller Kenntnis der Ware oder Dienstleistung nicht geschlossen hätten. Diese Verträge müssen nicht mangelhaft sein; der Verbraucher hat sie schlicht nicht nötig, oder er hätte ein anderes Produkt erworben, wenn er mehr Zeit zum Überlegen gehabt hätte.[145] Es geht bei den Geschäften im Direktvertrieb und im Fernabsatz um den Schutz vor einem übereilten oder unerwünschten Vertrag.[146] Das Widerrufsrecht ist somit ein Vertragslösungsrecht, mit dem situationsbezogen die materiale Selbstbestimmung des Verbrauchers gewahrt werden kann.

Die Irrtumsregelungen nach Art. 23f. OR schützen dagegen jeden Erklärenden, d.h. unabhängig von der Situation des Vertragsschlusses und der Verbrauchereigenschaft in seinem wirklichen Willen, sofern der Irrtum wesentlich war.[147]

Es lässt sich daraus schliessen, dass der gemeinsame Schutzzweck bei beiden Rechtsbehelfen der Schutz vor Willenstörungen bzw. der ungestörten Willensbildung ist.

---

[144] BSK-*Gonzenbach*, Vorbem. zu OR 40a-40g N 6; *Huguenin*, AJP 1994, 698.

[145] *Huguenin*, AJP 1994, 691.

[146] Botschaft des Bundesrates zum Haustürgeschäft, BBl 1986 II, 386; BSK-*Gonzenbach*, Vorbem. zu OR 40a ff. N 1; *Schwenzer* N 28.63.

[147] *Schwenzer* N 36.01; *Langer*, 176 ff.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

3. Motivationen für den verbraucherschützenden Widerruf

Es stellt sich anschliessend gleich die entscheidende Frage, ob unabhängig von der typisierten Vertragsschlusssituation überhaupt Fälle von Widerrufsrechten de lege ferenda denkbar sind, in denen keine Willensstörung des Verbrauchers im Sinne des behandelten Grundlagenirrtums vorliegen. Es sind folgende Motivationen für einen Widerruf denkbar:

a) Grundlos

Das Widerrufsrecht kann theoretisch beliebig und grundlos, d.h. ohne spezielle Motivation ergriffen werden. Will der Verbraucher seinen Vertragsgegenstand nicht mehr, weil er im nächsten Katalog einen „besseren" erblickt hat, darf er innert der Frist beliebig vom Vertrag zurücktreten. Es ist somit irrelevant, ob sein Wille gestört ist oder nicht.

b) Unüberlegt

Der Verbraucher, der sich beim Vertragsschluss nichts vorstellt und keine Überlegungen angestellt hat, kann sich nicht irren. Diese Person kann sich von vornherein nur auf das Widerrufsrecht de lege ferenda berufen.[148] Allerdings wird auch dieser Fall nicht oft vorkommen, sondern der Verbraucher wird sich vielmehr „wenig überlegt" haben, so dass sich die Frage nach einer Willensstörung wieder stellt.

c) Nicht „Nein" sagen können

Ausschliesslich auf das Widerrufsrecht verwiesen ist auch der Verbraucher, dem an der Haustüre intensiv zugeredet wird und der sich im Anschluss nicht getraut, „Nein" zu einem Vertragsabschluss zu sagen.[149] In diesem Fall irrt er nicht, weil der Vertragsschluss im Bewusstsein gegen den eigenen Willen zu Stande kommt. Eine Täuschung nach Art. 28 OR ist regelmässig auszuschliessen.

d) Verbraucher hat sich „übernommen"

Das Widerrufsrecht kann vom Verbraucher ergriffen werden, auch wenn er sich bloss „übernommen"[150] hat.
Hat sich der Verbraucher falsche Vorstellungen über sein Monatsbudget gemacht und will er beispielsweise den letzten Kaufvertrag über ein Möbelstück, den er diesen Monat geschlossen hat, wieder auflösen, so liegt ein *Motivirrtum* vor. Er hat sich eine falsche Vorstellung über einen bestimmten Sachverhalt, nämlich seine Vermögenssituation, gemacht. Hätte

[148] *Gonzenbach*, ZSR 106 (1987) 445 f.
[149] *Gonzenbach*, ZSR 106 (1987) 445 f.
[150] OR-*Gonzenbach*, Vorbem. zu Art. 40a-40g N 6; ders., ZSR 106 (1987) 446.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

er den Sachverhalt korrekt wahrgenommen, hätte er den Vertrag nicht geschlossen. Meist wird es sich aber *„nur" um einen unbeachtlichen oder einfachen Motivirrtum* nach Art. 24 Abs. 2 OR handeln[151], weil es an der objektiven, für Dritte und den Anbieter nachvollziehbaren Wesentlichkeit fehlt. [152] Die Grenzen zum Grundlagenirrtum sind hier, gemessen an den finanziellen Verhältnissen eines Verbrauchers, fliessend (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR): Kann der Student mit kleinem Einkommen, der sich per Internet als Student zu erkennen gibt, weil er einen Anzug für die Abschlussprüfungen für ca. CHF 1'000.00 bestellt, nachweisen, dass er in drei Tagen später die Mahnung für die vergessene Zahnarztrechnung erhält, so kann er sich allenfalls auf einen Grundlagenirrtum nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR berufen.[153] Der Motivirrtum betrifft einen bestimmten Sachverhalt, nämlich die falsche Vorstellung über die gegenwärtigen Vermögensverhältnisse[154] und ist subjektiv wesentlich für den Vertragsschluss, weil er den Anzug ohne falsche Vorstellung nicht bestellt hätte. Er ist aber auch objektiv wesentlich, weil ein durchschnittlicher Verbraucher mit dem gleichen Einkommen und den gleichen Monatsrechnungen diesen Verbrauchsgüterkauf ebenfalls nicht eingegangen wäre. Die Erkennbarkeit kann auf Seiten des Unternehmers insofern angenommen werden als ein Anzug für einen durchschnittlichen Studenten eine grosse Ausgabe darstellt. Wird jedoch mit der aktuellen Rechtsprechung und einem grossen Teil der Lehre auf diese „vierte Voraussetzung" verzichtet, so kann aus Sicht des Verbrauchers ein Grundlagenirrtum vorliegen.

e) „Nicht erwünschte Ware oder Dienstleistung"

Bestellt ein schweizerischer Student online ein auf der Website eines Computerhändlers angebotenes Occasions-Notebook, das ein Jahr alt ist, für CHF 1'500.00, so ist ein Kaufvertrag nach Art. 184ff. OR zu Stande gekommen, unabhängig davon, was genau als Offerte und was als Akzept betrachtet wird.[155]

Bezüglich der Frage, wie Verbraucherverträge im Internet zu Stande kommen (und die Anwendbarkeit der Irrtumsregelungen im Allgemeinen), kann an dieser Stelle auf den deutschen Teil verwiesen werden. Auch in der Schweiz gilt die Diskussion um den Vertragsschluss im Internet als

[151] BK-*Schmidlin* OR 23/24 N 524 ff.; *Gonzenbach*, ZSR 106 (1987) 445 f.

[152] Zu den Voraussetzungen von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR vgl. § 6 lit. A. 3.

[153] Es handelt sich nicht um einen Fall einer clausula rebus sic stantibus, weil der Student sich zum Zeitpunkt des Vertrags über sein Monatsbudget irrt.

[154] Wobei sich auch argumentieren lässt, dass die falsche Vorstellung über die eigene Zahlungsfähigkeit nicht den aktuellen Vertrag, sondern erst künftige unvoraussehbare Ereignisse betrifft, so dass bereits die Voraussetzung des „bestimmten Sachverhaltes" fehle.

[155] Schöbi, E-Commerce, 49.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

weitgehend abgeschlossen.[156] Massgebend bleibt allerdings in jedem Einzelfall, dass ein *Antrag auf einer Website genügend bestimmt ist*, so dass überhaupt ein entsprechendes Akzept stattfinden kann.[157]

Stellt sich nach Erhalt heraus, dass das Notebook *„nicht die erwünschte Ware"* ist, weil es beispielsweise nicht fähig ist, japanische Zeichen zu erkennen (ohne entsprechende Software), wie das Notebook gleichen Typs, das er schon einmal ausprobiert hat, kann der Verbraucher den Fernabsatzvertrag de lege ferenda innert 7 Tagen widerrufen. Einen Grundlagenirrtum nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR kann er in dieser Situation nicht geltend machen, weil das Erkennen von japanischen Zeichen durch die Hardware für einen durchschnittlichen Kunden in der Schweiz oder in Deutschland objektiv betrachtet keine wesentliche Grundlage des Verbrauchervertrags ist und es damit an der objektiven Wesentlichkeit dieses Sachverhaltes mangelt. Entsprechend fehlt es an der „Erkennbarkeit" für den Unternehmer, dass dieser Umstand eine wichtige Vertragsgrundlage für den Verbraucher war. Nach geltender Lehre wäre dieser Fall nur dann als Grundlagenirrtum zu beurteilen, wenn der Kunde dem Händler per E-Mail vorab mitgeteilt hätte, dass ihm dieser Umstand wichtig sei. Damit läge entweder eine Bedingung vor[158] oder bei Bestätigung durch den Händler eine zugesicherte Eigenschaft nach Art. 197 OR. Nach Art. 3 lit. b bis VE-UWG fragt sich allerdings, ob es für einen PC nicht eine „wesentliche Eigenschaft" sein kann, welche Schriftzeichen er zu erkennen und wiederzugeben vermag. Wird dies bejaht, so wäre die objektive Relevanz dieser Information in Bezug auf die Irrtumsberufung nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR natürlich auch dargetan.[159]

Die Geltendmachung einer Irrtumsungültigkeit nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR kommt im obigen Beispiel dann in Frage, wenn das Notebook entgegen der Vorstellung des Studenten nicht mit seiner Software oder nicht mit seinem Drucker kompatibel wäre oder es viel zu laut für die Benützung in der Bibliothek ist, weshalb es für ihn unbrauchbar ist.

Kann aber der Anbieter aufgrund der Umstände von sich aus erkennen, dass eine elektronische Willenserklärung mit einem Mangel behaftet ist, weil sie unplausibel ist (beispielsweise, weil ein Verbraucher statt einem Fernseher 100 Stück per Internet bestellt hat), so liegt keine verbindliche Erklärung vor, oder der Anbieter muss zumindest nachfragen.[160]

---

[156] *Langer*, 246 ff., 176 ff.; *Gauch/Schluep/Schmid/Rey* N 300; *Honsell/Pietruszak*, AJP 2001, 772 ff.; *Weber*, E-Commerce, 310 ff.; *Weber/Jöhri*, 39 ff.; *Schöbi*, Elektronischer Vertragsabschluss, 103 ff.; *Schöbi*, E-Commerce, 46 ff.; *Staufer*, E-Commerce, 46 f. zum Abschluss im Zusammenhang mit AGBs im Speziellen.

[157] *Arter*, recht 2004, 49 f.

[158] BK-*Schmidlin* OR 23/24 N 525.

[159] *Langer*, 181.

[160] *Weber*, E-Commerce und Recht, 319 f.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

4. Unterlassen von Informationspflichten und „Erkennbarkeit" des Grundlagenirrtums

Ob im vorhergehenden Beispiel die Bestellung des Notebooks technisch richtig bestätigt werden konnte, hat grundsätzlich keine obligationenrechtlichen Folgen für den Vertragsschluss, sondern nach Art. 6a VE-UWG höchstens lauterkeitsrechtliche.

Stellt der Student bei Erhalt des Occasions-Notebooks fest, dass es einer grossen Reparatur unterzogen worden war, und hat der Computerhändler nicht über diese informiert, so fragt sich nämlich, ob dieser es nicht unterlassen hat, eine wesentliche Eigenschaft nach Art. 3 lit. b bis VE-OR des Notebooks, nämlich die „grosse Reparatur" zu erwähnen. Das entspricht der Rechtsprechung des Bundesgerichtes zum Occasionsauto, das gekauft wurde, ohne dass der Verkäufer darüber informiert hatte, dass es sich um einen Unfallwagen handelte.[161]

Arter bringt zum Unterlassen der Informationspflicht ein weiteres Beispiel bezüglich des Verbrauchervertrags im Internet über die Benutzung eines Mehrwertdienstes am Telefon:[162] Wenn ein Verbraucher sich ein Programm installieren lässt, von dem er zwar weiss, dass es etwas kostet, über den Umfang der Kosten jedoch nicht richtig informiert wurde, so kann der Verbraucher den Vertrag wegen Grundlagenirrtums nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR auflösen, weil die Kosten wesentlich höher ausgefallen sind, als erwartet.

Durch die gesetzliche Festlegung der Informationspflichten auf die „wesentlichen Eigenschaften" des Produkts nach Art. 3 lit. b bis VE-OR, die auf alle Fernabsatzverträge anwendbar sein soll, kann der Unternehmer dem Gesetz entnehmen, welche Eigenschaften „als wesentlich" angesehen werden. Damit ist das Argument, dass die „Erkennbarkeit" der Vertragsgrundlage in Bezug auf diese wesentlichen Eigenschaften nicht bestanden habe, ausgeschlossen (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR).[163]

Der Unternehmer hat somit aufgrund der Irrtumsregelungen nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR eine Verantwortung bei Vertragsschluss, die in Art. 3a lit. b bis VE-UWG und Art. 6a VE-UWG durch die Konkretisierung der „Erkennbarkeitsvoraussetzungen" festgelegt wird.

5. Frist zur Geltendmachung

Es kann de lege ferenda davon ausgegangen werden, dass sich ein Verbraucher, der ein Widerrufsrecht (nach Art. 40 c übVE-OR) ausüben will an unterschiedlich lange Fristen zu halten hat, je nachdem, ob es sich bei

[161] ZBJV 140 (2004) 856 ff.
[162] *Arter*, 2004, 52.
[163] *Langer*, 112; *Hartmann* N 272.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

dem Verbrauchervertrag um eine Sach- oder eine Dienstleistung handelt. Bei Sachleistung soll die Widerrufserklärung gesetzlich innert 7 Tagen seit Vertragsschluss und bei Dienstleistung innert 14 Tagen erfolgen. Die Frist soll dabei wie nach Art. 6 Abs. 2 FARL bei Waren erst bei deren Erhalt beginnen. Da diese Fristen erst zu laufen beginnen, wenn der Unternehmer über die wichtigen Vertragsgegenstände und das Widerrufsrecht (Art. 40d VE-OR) informiert hat und ausserdem keine absolute Begrenzung der Widerrufserklärungsfrist vorgesehen ist, kann es beispielsweise dazu kommen, dass drei Jahre nach Vertragsschluss ein Widerruf erfolgen kann. Vorbehalten ist nach der Lehre die allgemeine, absolute 10-jährige Frist nach Art. 127 OR und eine zeitliche Beschränkung aufgrund von Art. 2 ZGB, eventuell auch Art. 404 OR.

Die einjährige Frist zur Geltendmachung des Grundlagenirrtums gemäss Art. 31 OR ist eine Verwirkungsfrist. Die Frist für die Geltendmachung der Irrtumsungültigkeit beginnt allerdings nach Abs. 2 erst mit *Kenntnisnahme des Irrtums*, so dass sich schliessen lässt, dass diese Frist faktisch, ähnlich der Widerrufsfrist, erst zu laufen beginnt, wenn die allgemeinen Informationen zum Vertragsgegenstand und der Identität des Anbieters (nach Art. 40 Abs. 2 VE-OR) erbracht worden sind.

D. Würdigung aus Verbrauchersicht

Das Widerrufsrecht de lege ferenda im Fernabsatz- und Direktvertriebsgeschäft soll den „gerechten"[164] Ausgleich dafür bieten, dass der betriebliche Anbieter „bis zur Haustüre" auf seine Kunden zugehen kann und besondere Fernkommunikationsmittel für den gewerblichen Vertrieb einsetzen darf, um seinen Markt zu vergrössern.

Allgemein gilt daher, dass der Anbieter für die Risiken im Zusammenhang mit dem von ihm gewählten Vertriebssystem einzustehen hat. Ist beispielsweise ein Fehler bei einer Internetbestellung aufgetreten, hat somit grundsätzlich der Anbieter für die Fehler in der Programmierung einzustehen.[165]

Die Vorteile einer Anknüpfung des Widerrufsrechts an die typisiert-gefährlichen Situationen des Haustürgeschäfts und des Fernabsatzhandels, d.h. an die Art der Vertragsanbahnung, liegen für den Verbraucher in der *Schnelligkeit und Praktikabilität der Vertragsauflösung, die für Alltagskonsumgüter angemessen erscheint*. Es muss weder dargelegt werden, dass ein Irrtum vorlag und die Selbstbestimmung bei Vertragsschluss beeinträchtigt war, noch ob der Motivirrtum ein wesentlicher im Sinne der von

[164] *Hotz*, 228.

[165] Sog. „fehlerhafte Computererklärungen", *Weber*, E-Commerce, 319; *Langer*, 177.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

der Rechtsprechung und Lehre entwickelten Voraussetzungen ist (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR).

Wie dargelegt, muss nicht in jedem Fall bei der Ergreifung des Widerrufsrechts ein Irrtum des Verbrauchers vorliegen. Eine Willensstörung wird aber wohl vorliegen, denn grundloses Ausüben des Widerrufsrechts dürfte entgegen den gegenteiligen Befürchtungen der Gegner eines Widerrufsrechts die Ausnahme sein. Wurde nämlich richtig informiert und stimmt der Vertrag für beide Seiten, so hat auch der Verbraucher kein Interesse sein Widerrufsrecht auszuüben. In den Fällen, in denen der Verbraucher nicht „Nein" sagen kann oder sich „nur wenig überlegt" oder sich einfach „übernommen" hat[166], liegt zwar nicht zwingend ein Motivirrtum vor, so doch eine andere Art von Willensstörung des Verbrauchers bei Vertragsschluss.

Das Widerrufsrecht de lege ferenda ist somit zusammenfassend inhaltlich nur dann einziger Rechtsbehelf für den Verbraucher, wenn ausnahmsweise keine Willensstörung nach Art. 23f. OR vorliegt oder etwas häufiger, wenn sich kein wesentlicher Irrtum nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 beweisen lässt. Die Grenzen zum Grundlagenirrtum nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR sind wie am Beispiel des Studenten, der einen Anzug für seine Prüfungen kauft, gezeigt, stets fliessend. Der Nachweis des Grundlagenirrtums im Verbrauchervertrag wird sich mit der Berücksichtigung der Informationspflichten nach Art. 3 lit. b bis VE-UWG im Verbraucherverhältnis noch etwas vereinfachen. Informiert der Anbieter künftig korrekt über die „wesentlichen Eigenschaften" des Vertragsgegenstandes, so ist es einfacher, die objektive Wesentlichkeit des Grundlagenirrtums nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR auszumachen. Erbringt er diese Informationen nicht, so muss der Unternehmer beweisen, dass er den Verbraucher nicht irregeführt hat (Beweislastumkehr nach Art. 13a UWG), d.h. diesen über die wesentlichen Vertragsinhalte informiert hat. Selbst wenn aber der Unternehmer beweisen kann, dass er nicht irregeführt hat, bleibt die Berufung auf Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR möglich.

Ebenso werden die technischen Informationspflichten des Anbieters im Internetgeschäft gemäss Art. 6a VE-UWG den Verbraucher daran hindern Willensstörungen zu unterliegen, oder ihm helfen solche festzustellen.

Entscheidende Verbesserung bieten daher diese neuen Informationspflichten des Anbieters nach Art. 40d Abs. 2 VE-OR bei Vertragsschluss und die lauterkeitsrechtlichen nach Art. 3 lit. b bis VE-UWG für alle Fernabsatzverträge vor Vertragsschluss, weil sie neu ausdrücklich der Anbieterseite die Erbringung aller essenziellen Informationen zum Vertragsinhalt und -gegenstand und zur Vertragsperson sowie der Vertragsauflösung auferlegen. Damit ist ein erster gesetzgeberischer Schritt aus der Grauzone der

[166] OR-*Gonzenbach*, Vorbem. zu Art. 40a-40g N 6.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

„Informationspflichten" gemacht. Wichtiger als die Frage, ob die Informationspflichten der Vorlage zur Teilrevision des OR und des UWG im Einzelfall genügend weit gehen, ist das Ergebnis, dass der Unternehmer grundsätzlich für fehlende, mangelhafte oder falsche Informationen dem Verbraucher gegenüber einstehen muss. Entsprechend wird daher in der überarbeiteten Vorlage (Stand März 2005) eine Anspruchsnorm der Verbraucherseite für Schadenersatz bei Informationspflichtverletzungen des Unternehmers geregelt. Das entspricht der Auffassung, dass die Informationspflichten des Unternehmers neben dem Recht auf Geltendmachung eines Irrtums des Verbrauchers zusätzliche Haftungsansprüche aus culpa in contrahendo oder positiver Vertragsverletzung (Art. 97 OR) begründen können.[167]

Vom Fristenaspekt her lässt sich kein signifikanter Vorteil des Widerrufsrechts für die Verbraucherseite erkennen. Erstens ist die einjährige Frist von Art. 31 OR im Vergleich länger, und zweitens wird die Kenntnisnahme vom Irrtum wie die Kenntnis für die Beurteilung, ob ein Widerrufsrecht ausgeübt werden soll, faktisch an die gleichen essenziellen Informationen nach Art. 40d Abs. 2 VE-OR (Vertragsgegenstand, Identität des Anbieters) geknüpft.

Abschliessend stellt sich daher die Frage, ob der Gesetzgeber nicht besser mit einer geringfügigen Änderung des klassischen Grundlagenirrtums ein besonders verbraucherfreundliches Vertragslösungsrecht hätte schaffen können. Sei es, dass für das Verbraucherverhältnis die Anforderungen an die objektive Wesentlichkeit des Motivirrtums gestrichen werden und ein blosser Motivirrtum zugelassen wird oder sei es, dass die „wesentlichen Vertragsgrundlagen" und nicht nur die „wesentlichen Eigenschaften" gemäss Art. 3a lit. b bis VE-UWG unter die Informationspflicht des Anbieters fallen, so dass die objektiven Wesentlichkeitskriterien des Grundlagenirrtums in den meisten Widerrufsfällen erfüllt wären.

[167] *Schwenzer*, OR AT, N 39.29, 39.36; *Arter/Jörg*, AJP 2002, 178.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

§ 11 Zusammenfassende rechtsvergleichende Ergebnisse (Teil 3)

1.) Zur Wahrung der materialen Vertragsfreiheit des Verbrauchers gehört anerkanntermassen seine Informiertheit[1], damit er a) frei bestimmen kann, ob er den Verbrauchervertrag eingehen will oder nicht, und b) frei ist, den Inhalt des Vertrags zu bestimmen sowie c) seinen Vertragspartner frei zu wählen. Falls diese anfängliche freie Selbstbestimmung fehlte, soll er zumindest selbstbestimmt entscheiden können, ob er am Vertrag festhalten will oder nicht.[2]

Im Verbrauchervertrag ist die Fähigkeit des Verbrauchers zur Selbstbestimmung und zur Selbstverantwortung bei Vertragsschluss aufgrund der „Situation", der besonderen Vertriebsmittel, des Zeitdrucks, der allzu geringen Informationen oder der „Informationspflichtwidrigkeiten" des Unternehmers besonders erschwert, so dass sich das Prinzipiengleichgewicht noch weiter zu Gunsten einer Vertragslösung des (irrenden) Verbrauchers verschiebt.

In allen drei Privatrechtsordnungen existieren daher neue moderne verbraucherschützende Vertragslösungsrechte, die eine Stärkung der Selbstbestimmung(sfähigkeit) des Verbrauchers bezwecken.

2.) Anknüpfungspunkt dieser modernen verbraucherschützenden Vertragslösungsrechte ist in allen Rechtsordnungen das Verbraucherverhältnis, das allgemein an die strukturelle Unterlegenheit eines Verbrauchers beim Vertragsschluss mit einem Unternehmer anknüpft.[3]

Im japanischen Recht ist dieses im allgemeinen Verbrauchervertragsgesetz umschrieben (Art. 2 Shôhisha keiyaku-hô), im deutschen Recht in §§ 13, 14 BGB gesetzlich bestimmt, womit diese Definitionen grundsätzlich je für das gesamte Zivil- und Zivilprozessrecht gelten. Dabei geht aber von der deutschen Regelung im Allgemeinen Teil des BGB die eindeutigere Signalwirkung aus. Im schweizerischen Recht fehlt es an einer funktional

---

[1] Auch *Bydlinski*, als einer der berühmten Kritiker von besonderen Verbraucherschutzregeln, AcP 204 (2004) 361 ff., 364.

[2] *Mankowski*, 379 m.w.H.

[3] *Medicus*, AT/Stud., N 557; *Wiedemann*, 43 ff. m.w.H.; *Meller-Hannich*, 133 f.; *Canaris*, AcP 200 (2000) 360 f.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

äquivalenten Regelungsart. Das Verbraucherverhältnis wird in einzelnen verbraucherschützenden Bestimmungen material umschrieben und wird in zwei prozessrechtlichen Bestimmungen allgemein geregelt.

Inhaltlich lässt sich im Vergleich zum allgemeinen Vertragsrecht und den Irrtumsregelungen im Besonderen festhalten, dass diese Definitionen ausnahmsweise an die typisch gegensätzlichen „Motivationen" eines Unternehmers und eines Verbrauchers im Verbrauchervertrag und damit an den gegensätzlichen Zweck des Rechtsgeschäfts anknüpfen.

3.) Die wichtigsten verbraucherschützenden Vertragslösungsrechte sind zusammengefasst die Folgenden:

- im japanischen Recht das Anfechtungsrecht im Verbrauchervertrag nach Art. 4 Shôhisha keiyaku-hô und die Cooling-off-Regelungen sowie die besonderen Anfechtungsrechte nach Art. 9, 24, 33, 58 Tokutei shô torihiki-hô für besondere Geschäftsformen (Haustürgeschäft, „Kettengeschäft", „Anwerbung durch Telefon", besondere Dauerschuldverhältnisse, „Anwerbung mit Aussicht auf besondere Erwerbstätigkeiten");
- im deutschen Recht die Widerrufsrechte bei den Haustür- und Fernabsatzgeschäften nach §§ 312 ff., 355 ff. BGB;
- im geltenden schweizerischen Recht das Widerrufsrecht für Haustürgeschäfte nach Art. 40a ff. OR und das für Konsumkreditgeschäfte nach Art. 16 KKG.

Sie sind im deutschen Recht im BGB selbst inkorporiert und im japanischen Recht konsequent in Sondergesetzen des Privatrechts geregelt. Im schweizerischen Recht fehlt wiederum die eine oder andere konsequente Regelungstechnik.

4.) Alle drei Rechtsordnungen kennen das älteste verbraucherschützende Vertrags-lösungsrecht: das Widerrufsrecht bzw. die Cooling-off-Regelung, die ein Widerrufs- oder ein Rücktrittsrecht einräumt. Es handelt sich um ein Vertragslösungsrecht, das den Verbraucher in generell-abstrakt definierten Situationen oder allenfalls bei generell-abstrakt definierten Vertragsinhalten berechtigt, den Vertrag ohne zu spezifizierenden Grund innert einer kurzen Frist zu lösen.

Die japanische Privatrechtsordnung weist heute im Vergleich zur deutschen und insbesondere zur schweizerischen insgesamt sehr viel mehr Cooling-off-Regelungen in den unterschiedlichsten Sondergesetzen auf. Sie bestehen dort, wo ein Vertrag inhaltlich oder von der Dauer her ein Risiko für den Verbraucher darstellt. Es handelt sich damit im Gegensatz zum deutschen und schweizerischen Recht nicht um ein verbraucherschützendes Vertragslösungsrecht, das primär an die Vertriebsmethode (das Si-

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

tuative oder das Technische) bei Vertragsschluss anknüpft, sondern um eines, das beim Vertragsinhalt anknüpft.

5.) Gemeinsam ist allen drei Rechtsordnungen das *verbraucherschützende Widerrufsrecht bei Haustürgeschäften* u.Ä. nach europäischem Vorbild (RL 85/577/EWG vom 20.12.1985)[4], wobei die Widerrufsfrist nach japanischem Recht 8 Tage und nach deutschem Recht 14 Tage und nach schweizerischem Recht 7 Tage beträgt.

Geknüpft an dieses Recht ist in allen Rechtsordnungen gleichermassen, dass die Bedenkfrist erst zu laufen beginnt, wenn der Verbraucher über sein Vertragslösungsrecht informiert ist. Nach deutschem Recht (§ 335 Abs. 3 BGB) ist das Widerrufsrecht in diesem Fall sogar unbefristet ausübbar.

Im inhaltlichen Vergleich fällt auf, dass der Anwendungsbereich der Haustürgeschäfte im japanischen Recht negativ umschrieben ist und damit grundsätzlich alle Orte, die ausserhalb von Geschäftsräumlichkeiten stattfinden, erfasst sind. Nach deutschem und schweizerischem Recht ist der Anwendungsbereich dagegen gleichermassen auf die Vertragsanbahnung bei Haustürsituationen, bei Freizeitveranstaltungen und in öffentlichen Verkehrsmitteln beschränkt (§ 312 BGB). Nach schweizerischem Gesetz sind zusätzlich die Vertragsanbahnungen in öffentlichen Anlagen erfasst (Art. 40b lit. c OR), doch ändert dies materiell nichts.

Allerdings wird dieser weite Anwendungsbereich der Regelung zu den japanischen Haustürgeschäften durch die Verordnung aufgrund des Tokutei shô torihiki-hô begrenzt: Rechtsgeschäfte an Strassenverkaufsständen, Buden und in Ausstellungslokalen sind nach dieser ausgenommen. Dem gegenüber ist der Verkauf an Messeständen nach deutscher Rechtsprechung vom Haustürgeschäft erfasst und war in der vorgesehenen Revision des OR (Art. 40a übVE-OR) in der Schweiz ebenfalls zur Aufnahme vorgeschlagen.

Nach japanischem und schweizerischem Gesetz ist es unerheblich in welcher Form die Vertragsanbahnung beim Haustürgeschäft u.Ä. stattfindet. Nach deutscher Lehre erfasst die „mündliche Verhandlung" nach § 312 BGB entsprechend jede Art von persönlicher Kontaktaufnahme.

Daraus kann geschlossen werden, dass in allen Rechtsordnungen eine analoge Anwendung dieses Widerrufsrechts auf Verbraucherverträge im Internet ausgeschlossen ist, weil regelmässig dieser direkte Kontakt zum Kunden fehlt und sich der Rechner ausserdem regelmässig in den privaten Räumlichkeiten des Verbrauchers befindet.

[4] ABl. EG Nr. L 372, 32 ff.; *Rösler*, ZfRV 2005, 134 ff., 138.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Nicht erfasst von der persönlichen Kontaktaufnahme im Sinne der Haustürgeschäfte u.Ä. ist auch die Anwerbung per Telefon ohne einen anschliessenden Hausbesuch.

Beides Fälle, die nach deutschem und nach japanischem Privatrecht von anderen verbraucherschützenden Vertraglösungsrechten erfasst werden: dem Widerrufsrecht für Fernabsatzgeschäfte (§ 312d BGB) und dem Cooling-off-Recht bei Geschäften durch Telefonanwerbung (Art. 24 Tokutei shô torihiki-hô). Im geltenden schweizerischen Recht findet sich kein Regelungsäquivalent.

Ein weiterer signifikanter Unterschied liegt in den Rechtsfolgen dieses verbraucherschützenden Widerrufsrechts: Während der Verbraucher dem Unternehmer bei der Rückabwicklung nach deutschem Recht (§§ 355 ff., 357, 346 Abs. 2 BGB) grundsätzlich Wertersatz und Schadenersatz schuldet, muss er nach schweizerischem Recht ein Mietzins nach erfolgtem Gebrauch und den Ersatz von besonderen Auslagen leisten (Art. 40f Abs. 2, 3 OR, ergänzend gilt Bereicherungsrecht Art. 62 ff. OR), es ist aber weder Schadenersatz noch Konventionalstrafe geschuldet.

Im japanischen Recht ist bei einem Widerruf des Verbrauchervertrags nach Tokutei shô torihiki-hô weder ein Wertersatz noch ein Schadenersatz geschuldet. Es ist auch keine Konventionalstrafe geschuldet.

6.) Einzig das BGB kennt de lege lata das *verbraucherschützende Widerrufsrecht für Fernabsatzgeschäfte* nach §§ 312d-312f, 355-358 BGB, das sowohl elektronische Geschäfte als auch Finanzdienstleistungsgeschäfte umfasst.

Das japanische Recht definiert in Art. 2 Abs. 2 Tokutei shô torihiki-hô das Fernabsatzgeschäft und sanktioniert die irreführende Werbung bei Fernabsatzgeschäften (Art. 11 ff. Tokutei shô torihiki-hô).

Ausserdem verfügt das japanische Recht über zahlreiche Sondergesetze zur Regelung des elektronischen Geschäftsverkehrs. Besonders hervorzuheben ist dabei die erweiterte Irrtumsregelung im elektronischen Verbrauchervertrag (auf dieses wird hinten noch eingegangen). Auch regelt das japanische Recht per Sondergesetz die Finanzdienstleistungsgeschäfte (vgl. § 8 lit. A. 2.).

Im geltenden schweizerischen Recht ist weder ein Widerrufsrecht zum Fernabsatzgeschäft noch das Fernabsatzgeschäft geregelt. Es war im VE-OR von 2001 jedoch vorgesehen und die Chancen, dass es künftig doch noch legiferiert wird, sind intakt. Daneben existieren keine schweizeri-

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

schen Sondergesetze zur Regelung des privaten elektronischen Geschäftsverkehrs.[5]

7.) Im Vergleich mit den übrigen behandelten Cooling-off-Regelungen nach Tokutei shô torihiki-hô und den anderen Sondergesetzen ist knapp Folgendes festzuhalten:

Die Widerrufsrechte bei Kettengeschäften, bei Anwerben mit einer besonderen Erwerbs-tätigkeit und bei einem besonderen Dauerschuldverhältnis nach Tokutei shô torihiki-hô finden im deutschem und schweizerischen Recht kein direktes zivilrechtliches Pendant, sondern sind vom lauterkeitsrechtlichen und strafrechtlichen Schutz erfasst: So verbietet der schweizerische Art. 3 lit. h (bzw. Art. 2) UWG die Geschäftsformen der progressiven Kundenwerbung und sanktioniert sie strafrechtlich (Art. 23 UWG).[6] Ebenso erfassen der deutsche § 16 Abs. 2 UWG die progressive Kundenwerbung mittels Kettengeschäften (inklusive Schneeballgeschäfte) und sanktioniert diese strafrechtlich.[7]

Das deutsche Widerrufsrecht für den Fernunterrichtsvertrag (§ 4 Abs. 1 FernUSG) dürfte inhaltlich zumindest teilweise der japanischen Cooling-off-Regelung zu den Unterrichtsgeschäften gemäss Art. 48 Abs. 1 Tokutei shô torihiki-hô entsprechen, wobei nach japanischem Recht der Inhalt und die Dauer der Unterrichtsleistung im Vordergrund stehen und nach deutschem Recht die Distanz, d.h. die Vertriebsmethode (vgl. § 8 lit. C. 3. e). Im schweizerischen Privatrecht findet sich keine entsprechende Regelung.

Das Widerrufsrecht bei Kreditverträgen nach japanischem Abzahlungskaufrecht (Art. 4-4) entspricht inhaltlich grob umrissen dem schweizerischen bei Konsumkreditverträgen (Art. 16 KKG) und dem deutschen bei Verbraucherkreditverträgen (§ 495 BGB). Ein wesentlicher Unterschied besteht allerdings darin, indem im japanischen Recht nur die Kreditverträge erfasst werden, die ausserhalb der Geschäftsräume geschlossen worden sind.

Gemeinsam ist allen drei Rechtsordnungen ein modernes Vertragslösungsrecht des Versicherungsnehmers.

8.) In der japanischen Privatrechtsordnung besteht neben diesen zahlreichen Cooling-off-Regelungen ein grundlegendes Verbrauchervertragsge-

---

[5] Ausser dem Bundesgesetz zur elektronischen Signatur vom 19.12.2003 (in Kraft seit dem 1.1.2005, SR 943.03), das die elektronische Unterschrift der eigenhändigen gleichsetzt; Art. 14 OR.

[6] Art. 38 des schweizerischen Lotteriegesetzes vom 8.6.1923 (SR 935.51); zum Ganzen Baudenbacher zu UWG 3 lit. h N 97 ff., zu UWG 2 N 53 ff., 59 ff.

[7] *Regnier Rudolf* zu § 16 N 110ff, 120 ff. in: Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Bd. 2: §§5-22 UWG, *Fezer Karl-Heinz* (Hrsg.), München 2005.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

setz, das ein allgemeines Anfechtungsrecht für alle Verbraucherverträge nach Art. 4 Shôhisha keiyaku-hô statuiert.

Der Gedanke hinter diesem Anfechtungsrecht ist es, die Selbstbestimmung des Verbrauchers durch den Ausgleich des Informationsgefälles (Art. 1 Shôhisha keiyaku-hô) individuell-konkret zu stärken.

Das Anfechtungsrecht ist an eine Irreführung des Unternehmers geknüpft, die weder fahrlässig noch vorsätzlich zu sein braucht, aber in Bezug auf einen wichtigen Vertragsumstand erfolgen muss. Die Irreführung kann auch durch das Stellen von falschen Prognosen erfolgen.

9.) Der Anwendungsbereich der deutschen verbraucherschützenden Vertragslösungsrechte ist durch das Widerrufsrecht bei Fernabsatzgeschäften nach §§ 312d ff. BGB gross, trotzdem erfasst er bei weitem nicht alle Verbraucherverträge, wie es das japanische Anfechtungsrecht nach Art. 4 Shôhisha keiyaku-hô tut.

Nach deutschem Recht sind damit von Anfang an alle Verbraucherverträge, die in einem Geschäft geschlossen werden, nicht vom Geltungsbereich erfasst. Darüber hinaus werden viele Fernabsatzgeschäfte bewusst vom Widerrufsrecht ausgenommen (§ 312b Abs. 3 BGB) wie beispielsweise die Lieferung von Lebensmitteln, Getränken oder sonstigen Haushaltsgegenständen des täglichen Bedarfs, die dem Verbraucher regelmässig oder häufig an seinen Wohnort oder Aufenthaltsort oder Arbeitsort geliefert werden (Abs. 3 Ziff. 5).

Nach japanischem Verbrauchervertragsrecht sind dagegen nicht irgendwelche Geschäfte, zu denen ein Verbraucher nach Ansicht des Gesetzgebers befähigt sein soll, vom Anwendungsbereich ausgenommen, sondern der Verbraucher muss seine Irreführung im Einzelfall darlegen können.

Im Gegensatz zum abstrahierten Schutz, den die Widerrufs- und Cooling-off-Rechte bieten, handelt es sich damit bei der Anfechtung nach Art. 4 Shôhisha keiyaku-hô wie bei der Irrtumsberufung um einen individuell-konkreten Schutz des Verbrauchers.

10.) Daneben kennt das japanische Recht noch zusätzliche verbraucherschützende Anfechtungsrechte nach Tokutei shô torihiki-hô bei besonderen Geschäftsformen der Kundenbeeinflussung, sofern der Unternehmer nicht korrekt informiert hat (eine so genannte „verbotene Handlung" begangen hat).

11.) Generell, stehen einem japanischen Verbraucher bei einem Haustürgeschäft u.Ä. damit drei besondere verbraucherschützende Vertragslösungsrechte zu:

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Innert der ersten 8 Tage nach Erhalt der Vertragsunterlagen kann der Verbraucher sein Cooling-off-Recht ohne zu spezifizierenden Grund nach Art. 9 Abs. 1 Tokutei shô torihiki-hô geltend machen. Nach Ablauf dieser 8 Tage, kann er innert 6 Monaten das Anfechtungsrecht nach Art. 4 Shôhisha keiyaku-hô wegen Irreführung in Bezug auf „wichtige Vertragsumstände" geltend machen oder, falls er nicht richtig informiert wurde, kann er ein besonderes Anfechtungsrecht nach Art. 6 Abs. 1 Ziff. 1 i.V.m. Art. 9-2 Tokutei shô torihiki-hô ohne Nachweis von „wichtigen Umständen" geltend machen.

12.) In allen drei Privatrechtsordnungen ist das Bewusstsein darüber erkennbar, dass neben den modernen Vertragslösungsrechten auch verbraucherschützende Transparenzgebote und Informationspflichten des Unternehmers nötig sind. Die gesetzlichen Umsetzungen sind allerdings unterschiedlich weit reichend:

Für das deutsche Recht regeln das BGB und insbesondere die Informationsverordnung zum BGB lange Kataloge mit sehr ausführlichen Informationspflichten des Unternehmers.

Das japanische Recht regelt vergleichbare Informationspflichten punktuell für die besonderen Geschäftsformen (Art. 6 Tokutei shô torihiki-hô für das Haustürgeschäft) und statuiert daneben ein allgemeines Informationsgebot bei allen Verbraucherverträgen nach Art. 3 Shôhisha keiyaku-hô. Das schweizerische Recht kennt etwa die Informationspflichten im Pauschalreisegesetz (Art. 4f. PauRG) oder statuiert eine schweizerische Informationsstelle für den Abschluss von Konsumkreditverträgen (Art. 23 KKG).

13.) Die klassischen Irrtumsregelungen und die modernen verbraucherschützenden Vertragslösungsrechte sind in allen drei Rechtsordnungen alternativ anwendbar.

Aufgrund der unterschiedlich engen Irrtumsregelungen und der unterschiedlich modernen verbraucherschützenden Vertragslösungsrechte sind nicht alle Gegenüberstellungen praktisch und dogmatisch gleich interessant.

Ein gewisses Potenzial zur Materialisierung der Irrtumsregelungen durch die modernen Verbraucherschutzbestimmungen im Vertragsrecht ist jedoch in allen drei Rechtsordnungen zu erkennen.

14.) Im japanischen Recht ergibt ein Vergleich des allgemeinen Anfechtungsrechts nach Shôhisha keiyaku-hô mit der Irrtumsregelung, dass der praktische Nutzen des verbraucherschützenden Vertragslösungsrechts gering ist.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Weiter ergibt sich, dass mangels einer generell statuierten Informationspflicht für Unternehmer möglicherweise aus der Irrtumslehre i.V.m. der allgemeinen Zweckumschreibung nach Art. 1 Shôhisha keiyaku-hô eine allgemeine Informationspflicht abgeleitet werden kann, weil ein Unternehmer aufgrund seiner Stellung regelmässig Bescheid weiss über die wesentlichen Vertragspunkte und Motive. Er ist damit in der Lage, die wichtigen Motive des Verbrauchers beim Abschluss eines Verbrauchervertrags zu erkennen, so dass ihn in diesen Punkten aufgrund der Erkennbarkeit eine Informationspflicht trifft.

Zumindest wäre aber bei einem Motivirrtum im Verbrauchervertrag über eine Beweislastumkehr zu diskutieren.

Gesetzlich materialisiert ist die japanische Irrtumsregelung insoweit als im elektronischen Verbrauchervertrag der Irrende seinen Irrtum unabhängig vom Verschulden geltend machen kann.

15.) Im schweizerischen Recht gibt es de lege lata nur ganz wenige verbraucherschützende Widerrufsrechte, so dass der Grundlagenirrtum (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR) verbraucherschützende Funktion übernehmen muss und dies bereits auch tun kann, weil er regelmässig alternativ zur Sachgewährleistung zur Anwendung gelangt.

Sollten de lege ferenda aber einmal verbraucherschützende Informationspflichten eingeführt werden, so wird das direkten Einfluss auf die Wesentlichkeitskriterien des Grundlagenirrtums haben.

16.) Für das deutsche Vertragsrecht ergibt sich dagegen, dass eine erweiterte Anwendung der Irrtumsregelung weniger nahe liegend ist, weil neben den modernen verbraucherschützenden Widerrufsrechten §§ 312-312f BGB noch spezielle Bestimmungen zum Verbrauchsgüterkauf (§§ 474-479 BGB) geregelt sind und zudem ein gut entwickeltes allgemeines Vertragslösungsrecht für alle veranlassten, erkannten oder erkennbaren Motivirrtümer gestützt auf culpa in contrahendo existiert (§ 311 Abs. 2 BGB),[8] das ergänzt wird durch ein Vertragslösungsrecht aus „Störung einer Geschäftsgrundlage" (§ 313 BGB).

Die verbraucherschützenden Informationspflichten nach § 1 BGB-InfoV können trotzdem zu einer verfeinerten Risikoallokation im Sinne der Lehre Kramers zu § 119 Abs. 2 BGB führen. Aufgrund dieser besonderen Informationspflichten kann besser und fundierter bestimmt werden, in Bezug auf welche Situationen und Umstände dem Unternehmer der Irrtum des Verbrauchers hätte auffallen müssen.

Fehlen Angaben über den Unternehmer, seinen Vertreter oder die Kontaktadresse (Nr. 1-3) oder die wesentlichen Merkmale der Ware oder

[8] *Larenz/Wolf* § 36 N 69.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Dienstleistung (Nr. 4) oder deren Preis inklusive anderer Preisbestandteile und Kosten (Nr. 7, 8, 11-12), so lässt sich präzisieren, dass Sachverhalte vorliegen, die zumindest dafür sprechen, dass der Unternehmer fahrlässig irregeführt hat oder solche Umstände vorliegen, bei denen ihm der Irrtum des Erklärungsempfängers (in diesen Punkten) hätte auffallen müssen.

In allen Fällen, in denen gar kein Motivirrtum vorliegt, weil der Verbraucher nicht „Nein" sagen konnte oder nachträglich einfach lieber einen anderen Vertrag schliessen will, können dagegen ausschliesslich die Widerrufsrechte bzw. die Cooling-off-Rechte geltend gemacht werden. Ob diese Fälle, bei einer realisierten zwingenden verbraucherschützenden Informationspflicht des Unternehmers, überhaupt noch geregelt werden müssten, könnte allenfalls in einer künftige Phase diskutiert werden.[9]

[9] Wobei stets die Grenzen des Verbraucherschutzes durch Information zu berücksichtigen wären, *Wiedenmann*, m.w.H., 64 f.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Viertes Kapitel:
Rechtsvergleichende Ergebnisse, Analyse und Schlussfolgerungen

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

§ 12 Rechtsvergleichende Ergebnisse und Analyse

A. Historische Entwicklung

1. Gemeinsames der historischen Rechtsgrundlagen

Während des Kodifikationsprozesses des japanischen Minpô kamen die japanischen Gelehrten mit sehr vielen unterschiedlichen, modernen Kodifikationen bzw. deren Entwürfen in Kontakt. Es kann jedoch von einer Dominanz der konsultierten europäischen Regelungswerke ausgegangen werden.

Die Rezeptionsgeschichte des japanischen Irrtumsrechts und die Geschichte des deutsch-schweizerischen Irrtumsrechts zeigen deshalb, dass sich die Irrtumsregelungen der drei geltenden Zivilrechtskodifikationen auf die gleichen historischen Grundlagen bis zu den Regelungen des römischen Irrtumsrechts zurückverfolgen lassen.

Es ist deshalb für alle drei Irrtumsregelungen zu berücksichtigen, dass die europäischen Regelungswerke seit dem 18. Jahrhundert unter dem Einfluss des Naturrechts standen. So konnte die naturrechtliche Idee, dass jedes Versprechen beliebigen Inhalts mit irgendeinem Irrtum behaftet sein kann, Einzug ins Irrtumsrecht finden. Dieser Gedanke manifestierte sich im Irrtumsrecht in Form einer möglichst offenen Generalklausel.[1] Eine solche findet sich heute noch in der japanischen Irrtumsregelung (Art. 95 Minpô), die in diesem Punkt von ihrem deutschen Vorbild abweicht.

In allen drei Kodifikationsprozessen wurden weiter die Regelungen des Dresdner Entwurfs, des privatrechtlichen Gesetzbuchs für den Kanton Zürich und des 1. Entwurfs zum BGB zu Rate gezogen, so dass die Irrtumslehren der damaligen Pandektisten eine entscheidende Rolle spielten. Alle drei Irrtumsregelungen basieren auf den Gedanken der Savignyschen Dichotomie vom relevanten Erklärungsirrtum und dem irrelevanten Motivirrtum sowie den Lehren der übrigen Pandektisten. Gemeinsam ist allen Rechtsordnungen, dass sie sich bis heute nicht von dieser Dichotomie lösen konnten, obschon die Lehre dies seit langem fordert, und der einheitliche „Sachverhaltsirrtum" bereits im österreichischen (§ 871 ABGB) und

[1] *Kramer*, Irrtum int., 27 f., 14; *Zimmermann*, 612 ff., mit vielen Hinweisen auf entsprechende Gedanken der BGB-Väter, insb. auch Fn 193, 616.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

niederländischen (Art. 6:228 NBW) Recht geregelt ist. Auch die modernen Regelungen zum europäischen Irrtumsrecht (Art. 3.5 UP, 4:103 PECL) verzichten auf die Unterscheidung von Motiv- und Erklärungsirrtum.[3]

In der Ausgestaltung unterscheiden sich jedoch die drei Irrtumsregelungen voneinander: Der japanische Gesetzgeber hat sich, wie erwähnt, für eine Regelung mit reiner Generalklausel ebenso entschieden wie die deutschen Gesetzgeber auch, wobei diese nach Windscheids Lehre eine Unterteilung in Erklärungs- und Inhaltsirrtum vorgenommen haben. Der schweizerische Gesetzgeber hat sich dagegen auf Anraten des deutschen Professors Rümelin für die Mittellösung – eine Generalklausel mit beispielhaftem Irrtumskatalog – entschieden.

2. Der kosmopolitische japanische Gesetzgeber

Der auffälligste Unterschied zwischen der japanischen und der deutsch-schweizerischen Gesetzgebungsgeschichte ist, dass die japanischen Kodifikationsväter zahlreiche und unterschiedliche Irrtumsregelungen aus der ganzen Welt konsultiert hatten, bevor sie legiferierten. Die japanischen Gesetzgeber besahen sich insbesondere die europäischen Irrtumsregelungen des damals bereits bestehenden Code civil (1804) und des Common Law.

Die deutschen und die schweizerischen Gesetzgeber konzentrierten sich dagegen vorab auf die bereits erwähnten deutschsprachigen Regelungswerke sowie den Code civil. Sie konsultierten jedenfalls keine japanischen und auch keine anderen asiatischen Regelungswerke.

Dieser Unterschied im Gesetzgebungsprozess ist bis heute spürbar: Die aktuelle japanische Irrtumslehre von Morita beschäftigt sich nicht zufällig eingehend mit der „Cause-Theorie" und dem Unterschied zwischen „motif" und „cause". Seit Boissonade und dem „Kyû Minpô" besteht eine über hundert Jahre alte Tradition im japanischen Zivilrecht, sich mit den französischen Bestimmungen des Code civil auseinanderzusetzen. In diesem Sinne ist es auch nicht zufällig, dass sich die zeitgenössische japanische Zivilrechtslehre seit Jahren mit den modernen europäischen Vertragsregelungswerken (UP, PECL) beschäftigt.

Das Rezipieren und Konsultieren fremden Rechts und fremder Rechtstheorien gehört seit langem zur japanischen Rechtstradition: Zunächst von chinesischer Seite beeinflusst, dann im Kodifikationsprozess intensiv von französischem und pandektistischem Rechtsdenken geprägt, hat seit dem Zweiten Weltkrieg v.a. der amerikanische Einfluss auf Gesetze und Lehre

[3] *Mü-Ko/Kramer* § 119 N 114 ff., *Kramer*, Irrtum int., 44 m.w.H.; *Zweigert/Kötz*, 412.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

zugenommen.[3] In der aktuellen Verbraucherschutzgesetzgebung ist wiederum europäischer Einfluss erkennbar, wie beispielsweise die Inhaltskontrolle des Shôhisha keiyaku-hô zeigt.

Das bedeutet nicht, dass der japanische Gesetzgeber und die Lehre nur „unter Druck von aussen" westliches Recht rezipiert hätten. Das belegen die frühe Rezeption des chinesischen Rechts, die behandelten Verbrauchervertragsregelungen sowie die wissenschaftliche Beschäftigung mit den europäischen Vertragsentwürfen. Es heisst auch nicht, dass es keine japanische Rechtslehre und keine japanischen Eigentümlichkeiten gibt.[4] Das belegen bereits die hier behandelte originelle japanische Irrtumsregelung und das allgemeine verbraucherschützende Anfechtungsrecht bei Irreführung der Verbraucher; beide weichen von den entsprechenden deutschen Vertragslösungsrechten erheblich ab.

Wie gross der Einfluss des einmal rezipierten westlichen Rechts tatsächlich auf die japanische Rechtskultur ist, stellt sich als weitere Frage. Einstweilen ist festzuhalten, dass der japanische Gesetzgeber ein Kosmopolit ist.

3. Zeitfaktor im Gesetzgebungsverfahren

In zeitlicher Hinsicht lässt sich erstens festhalten, dass die schweizerische Zivilrechtskodifikation gut zehn Jahre später als die deutsche und die japanische in Kraft trat, und zweitens, dass die japanische später einsetzte als die deutsche, aber Erstere im Laufe der Zeit unter dem Druck von aussen „aufholte".

Diese zeitliche Relation der historischen Entwicklungen spiegelt sich auch in der Verbraucherschutzgesetzgebung: Hätte man den gesetzlichen japanischen Verbraucherschutz der 1980er Jahre mit demjenigen Deutschlands verglichen, so hätte es kaum einen grösseren Unterschied geben können. Damals gab es viel weniger japanische Sondergesetze zum Schutz der Verbraucher als in Deutschland. Insbesondere fehlte ein Äquivalent zu dem damals erlassenen AGB-Gesetz.[5] Heute gibt es dagegen eine gewisse Inhaltskontrolle im japanischen Verbrauchervertragsgesetz. Zudem beschränkten sich die japanischen Gesetze, die damals bereits erlassen worden waren, vor allem auf öffentlich-rechtliche Kompetenzen der Verwaltungsbehörden, seien es solche der Wettbewerbskommission oder der Abteilung für Verbraucherschutz im Wirtschaftsministerium. Diese Kompetenzen der Verwaltungsbehörden sind typisch für das japanische System. Bei einem Rechtsvergleich müssen daher neben den Gesetzen immer auch

[3] *Rohl*, 23 ff.; jüngst z.B. *Oda Hiroshi*, The Americanisation of Japanese Corporate Law, Rabelszeitschrift 69 (2005) 47 ff.

[4] *Rahn*, 1 ff.

[5] *Kitagawa/Rehbinder* (Hrsg.) zu den Verbraucherschutzproblemen per 1978, 2 f.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

die informellen Schutzmassnahmen der Verwaltung (行政指導, Gyôseishidô = Verwaltungsanleitung) und der Rechtsprechungsorgane miteinbezogen werden.[6] Mit der dritten Gesetzgebungswelle zum Verbraucherschutz im Vertragsrecht zu Beginn des 21. Jahrhunderts kann jedoch von einer gewissen Angleichung des japanischen und des deutschen Gesetzgebungsprozesses im Verbrauchervertragsschutz gesprochen werden. Ein wichtiger Grund hierfür ist, dass sich der japanische Gesetzgeber wie bereits zur Kodifikationszeit nicht scheute, einen Blick über die Grenzen bis nach Europa zu werfen,[7] als er mit neuen Problemen, beispielsweise zahlreichen, schwierigen Massenverträgen, konfrontiert war. Seit dem Inkrafttreten der EU-Richtlinien zum Verbraucherschutz im Jahre 1999 ist daher nicht nur in Deutschland, sondern auch in Japan viel in Gang gesetzt worden.

Die Frage bleibt, wieso die Schweiz, für die es geografisch, sprachlich und kulturell einfacher, aber auch zwingender wäre, der europäischen bzw. der deutschen Gesetzgebung „zu folgen", bisher noch kein spezielles Verbrauchervertragsgesetz oder keine allgemeinen Bestimmungen zum materiellen Verbraucherschutz (Konsumentenschutz) im Obligationenrecht eingeführt hat. An der mangelnden Pflicht EU-Recht umzusetzen, kann es auf jeden Fall in der Schweiz *nicht* liegen, denn eine solche gibt es in Japan auch nicht. Es kann aber offensichtlich auch nicht am viel beklagten EU-Druck liegen, denn sonst hätte sich in der Schweiz bereits mehr bewegt. Mehrere Gründe können hierfür aus der historischen Entwicklung des japanischen Zivilrechts und den politischen Gegebenheiten des Gesetzgebers massgebend sein:

Von der feudalen Administrativherrschaft der Shogune im 17. Jahrhundert bis zur gegenwärtigen Verwaltungsreform ist zwar viel Zeit vergangen, doch wäre es falsch anzunehmen, dass keine Auswirkungen dieser strengen, straff organisierten Regentschaft mehr zu spüren sind. Die Macht und das Ansehen des Regierungsapparates, insbesondere die des Justiz- und des Wirtschaftsministeriums, sind in Japan heute noch viel grösser als sie es in der Schweiz je waren.

Es besteht dazu eine lange Tradition, westliche Gesetze und Theorien zu rezipieren. (Diese zeigt sich auch in der aktuellen universitären Ausbildung der Juristen auf Master- und Doktorandenebene, die viel breiter auf Rechtsvergleichung ausgerichtet ist als in der Schweiz.[8]) Es kann daher

---

[6] *Fujita Tokiyasu*, Streitvermeidung und Streiterledigung durch informelles Verwaltungshandeln in Japan, NVwZ 1994, Heft 2, 133 ff.; *Kitagawa*, Rechtstheorie 16 (1985) 198.

[7] *Moriyama*, Höritsu Jihô Nr. 76 (2004/1), 81 ff.

[8] So war es beispielsweise vor ein paar Jahren an einer öffentlichen Universität in einem Seminar zum Thema Verbraucherschutz selbstverständlich, dass die Studierenden sich mit den unterschiedlichen, d.h. ausländischen, Quellen des japanischen Gesetzgebers auseinander setzten. In der Vorlesung über Rechtsgeschichte konnte es vorkommen, dass

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

davon ausgegangen werden, dass das japanische Wirtschaftsministerium, welches für das Shôhisha keiyaku-hô und das Tokutei shô torihiki-hô verantwortlich gewesen ist und mehrheitlich aus Nichtjuristen besteht, nicht von diesen Traditionen abweichen wird.[9]

Zum anderen ist das langsame Gesetzgebungsverfahren in der Schweiz Folge des ausgeprägten Föderalismus und des demokratischen, aber langwierigen Vernehmlassungs- und Gesetzgebungsverfahrens. Sind diese Prozesse nach Jahren aber erst einmal durchlaufen, so kann das Gesetzesvorhaben „ungestraft" von der Regierung wieder gestoppt werden.[10]

B. Wesentlicher Motivirrtum als klassischer Rechtsbehelf der Vertragslösung

1. Gesetzliche Regelungen

a) Gesetzesgrundlagen

Rechtsvergleichend ergibt sich, dass alle drei behandelten Zivilrechtskodifikationen den „ausnahmsweise beachtlichen" oder „besonderen" oder „wesentlichen" oder „qualifizierten Motivirrtum" oder den „Grundlagenirrtum" nach schweizerischem Recht entweder geregelt haben oder nach konstanter Rechtsprechung anerkennen.

Der schweizerische Grundlagenirrtum nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR regelt zeitlich als eine der ersten Bestimmungen ausdrücklich den Irrtum über einen bestimmten Sachverhalt oder über die Grundlage des Vertrags.[11]

Die japanische Irrtumsregelung nach Art. 95 Minpô erfasst vom Wortlaut her alle Irrtümer über wesentliche Punkte des Vertrags. Nach dem Willen der japanischen Gesetzgeber ist der Motivirrtum aber ganz nach deutscher Doktrin nicht erfasst, weil sich keine Diskrepanz zwischen Wille und

---

eine Gesetzesbestimmung aus dem Kanton Graubünden behandelt wurde. Auch war es so, dass unter den Doktorierenden eines Professors sich eine Person vornehmlich mit französischen, eine andere mit deutschen und eine dritte mit amerikanischen Rechtsquellen auseinander setzte, so dass eine vielseitige Gruppe entstand, die sich mit Rechtsquellen unterschiedlicher Herkunft beschäftigte.

[9] Normalerweise finden Gesetzesnovellierungen im Justizministerium unter Beizug von Experten statt.

[10] Neben den fraglichen Konsumentenschutzbestimmungen des OR, die nicht mehr eingefahrt werden sollen, sei an das schweizerische Haftpflichtrechtsrevisionsvorhaben erinnert, das mit einer Einsetzung einer Studienkommission 1988 seinen Anfang nahm, im Jahre 2000 in die Vernehmlassung geschickt wurde, bis schliesslich im Jahre 2002 entschieden wurde, es nicht in die Gesetzgebungsvorhaben der Periode 2003-2007 aufzunehmen.

[11] *Kramer*, SJZ 66 (1970) 177.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Erklärung ableiten lasse. Ein Teil der Lehre ist heute noch dieser Auffassung. Mit Tomiis Irrtumslehre, die, gestützt auf die deutsche Lehre, den Irrtum im Erklärungsinhalt erfasste, wurde dann der Weg frei für die Rechtsprechung, den Motivirrtum anzuerkennen, der auf einem dem Erklärungsempfänger gegenüber geäusserten Motiv beruht. Diese Rechtsprechung gilt im Prinzip heute noch.

Das deutsche Recht weist in § 119 Abs. 2 BGB den Eigenschaftsirrtum auf, der von der herrschenden Lehre und der Rechtsprechung als „ausnahmsweise beachtlicher Motivirrtum" anerkannt wird. Zudem ist mit § 313 Abs. 2 BGB aufgrund einer „Störung der Geschäftsgrundlage" nach herrschender Lehre der gemeinsame Motivirrtum erfasst.

b) Systematik

Systematisch finden sich die drei Irrtumsregelungen in pandektistischer Manier im „Allgemeinen Teil" des Schuldrechts, wobei dieses im schweizerischen Recht „Obligationenrecht" heisst und nur einen faktischen „Allgemeinen Teil" aufweist.

Die deutsche und die japanische Irrtumsregelung sind gleichermassen unter dem Titel „Rechtsgeschäfte" und dem Untertitel „Willenserklärungen" geregelt. Im schweizerischen Recht dagegen findet sich die Irrtumsregelung unter dem Titel „Entstehung der Obligation", und dort unter dem Oberbegriff der Willensmängel (Marginalie lautet: „Mängel des Vertragsschlusses").

Inhaltlich lässt sich aus diesem Unterschied nichts Wesentliches herleiten, doch ist darauf hinzuweisen, dass die japanische Lehre unter dem Titel der Willenserklärungen zwischen „Willenserklärungen mit Mangel" und „Willenserklärungen fehlenden Willens" unterscheidet, wobei Täuschung und Drohung unter den ersten Begriff fallen und Irrtum, Scheinerklärung und Mentalreservation unter Letzteren.[12] Daraus ergibt sich, dass der Begriff der „Willensmängel" im japanischen und im schweizerischen Recht unterschiedlich benutzt wird.

Es ergibt sich weiter aus diesen Begrifflichkeiten, dass im japanischen Recht unterschiedliche Rechtsfolgen an diese unterschiedlichen Arten von Willensstörungen geknüpft werden, wobei der Irrtum als „Willenserklärung mit fehlendem Willen" zur Nichtigkeit (Art. 95 Minpô) und die Täuschung als „Willenserklärung mit Mangel" zur Anfechtbarkeit (Art. 96 Minpô) des Vertrags führen. Das ist eine Unterscheidung in den Rechtsfol-

[12] Insofern und im Hinblick darauf, welche Folgen diese Unterscheidung für die Anerkennung des Motivirrtums hat, erscheint es sehr problematisch, dass *Ishikawa/Leetsch* die „Willenserklärungen fehlenden Willens", zu denen wie dargelegt der Irrtum gehört, nach Art. 101 Abs. 1 Minpô mit „Willensmängeln" übersetzen, 20.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

gen, die sowohl dem deutschen wie auch dem schweizerischen Recht fremd ist.

c) Natur des Motivs

Das Motiv gehört zum Innenleben des Menschen. Es ist daher für andere Menschen nicht einfach zu erkennen oder zu verstehen. Der Erklärende selber spürt, erkennt, weiss und verfolgt es, so dass er zumindest theoretisch bei Vertragsschluss eine diesbezügliche Vereinbarung oder Bedingung hätte schliessen können.[13] Zudem geht das Motiv einer Willenserklärung zwingend voran, so dass traditionell angenommen wird, es bestehe vor der Erklärung noch eine Chance zur Korrektur, die bei einem Erklärungsirrtum fehle.[14]

Aus dieser Natur des Motivs schliessen alle drei Rechtsordnungen gleichermassen auf die Unbeachtlichkeit des Irrtums über das Motiv. Ausdrücklich geregelt ist dies jedoch nur im schweizerischen Recht (Art. 24 Abs. 2 i.V.m. Art. 23 OR). Im japanischen und im deutschen Recht sind die Gesetzgeber davon ausgegangen, dass es sich um eine nicht erwähnenswerte Selbstverständlichkeit handle.

Daraus folgt, dass in allen Rechtsordnungen ein bestimmtes Mass an Externalisierung des Motivs aus Sicht des Erklärenden und ein bestimmtes Mass an Erkennenkönnen des Motivs aus Sicht des Erklärungsempfängers nötig ist. Mit den Worten Mankowskis muss das Motiv irgendwie „intersubjektiv nachvollziehbar" gewesen sein[15], damit eine Berufung auf Motivirrtum von den Rechtsordnungen zugelassen wird. Die Anforderungen an die Nachvollziehbarkeit des Motivs sind in den drei Rechtsordnungen jedoch unterschiedlich.

2. Materielle Voraussetzungen

a) Kriterien der Anerkennung eines Motivirrtums

aa. Anerkennung eines Motivirrtums nach Massgabe des Vertragsinhalts

In der höchstrichterlichen japanischen Rechtsprechung wird konsequent – nach der Irrtumslehre des Gesetzesverfassers Tomiis (Ende des 19. bzw. anfangs des 20 Jahrhunderts)[16] – eine Äusserung des Motivs bei Vertragsschluss vorausgesetzt, denn nur damit wird der Motivirrtum zum Irrtum

[13] Auf diesem Gedanken beruht die japanische Lehre des „Gôi Shugi", das auf die zu Grunde liegende Vereinbarung in Form einer Bedingung, Vereinbarung oder Voraussetzung abstellt; ein Gedanke, der auch im deutschen und schweizerischen Recht vertreten wird, BSK-*Schwenzer* OR 24 N 20; *Schwab*, 114.

[14] *Staudinger/Singer* § 119 N 5.

[15] *Mankowski*, 396.

[16] § 4 lit. A. 3.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

über den Inhalt der Willenserklärung, und erst dieser ist unter Art. 95 Minpô subsumierbar.[17] Es ist daher auch nicht falsch, „Yôso no sakugo" mit Irrtum über den wesentlichen Inhalt des Rechtsgeschäfts[18] zu übersetzen.

Nur vereinzelt hat die japanische Rechtsprechung auch eine „stillschweigende" Erklärung des Motivs gelten lassen. Ist das Motiv, wie nach japanischer Rechtsprechung erforderlich, erst einmal zum Inhalt der Willenserklärung und damit unbestreitbar zum Vertragsinhalt geworden, erübrigen sich die subjektiven und objektiven Wesentlichkeitsvoraussetzungen des Motivirrtums, die nach deutschem und insbesondere nach schweizerischem Recht vorausgesetzt werden.

Verglichen mit der Theorie des „erweiterten Inhaltsirrtums" nach Soergel/Hefermehl, die bis auf Schmidt-Rimpler zurückgeht,[19] und mit der sehr frühen Rechtsprechung zum schweizerischen Grundlagenirrtum nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR[20], die beide noch verlangten, dass das geäusserte Motiv Bestandteil des Vertragsinhalts sein müsse, erscheint diese heute noch herrschende japanische Auffassung als dogmatisch erstarrt und antiquiert zu sein. Nur den Vertrauensschutz und die Verkehrssicherheit in den Vordergrund zu stellen, führt anerkanntermassen zu unbilligen Resultaten.

Es lässt sich damit auch behaupten, dass inhaltliche Fallgruppen zum japanischen Motivirrtum dogmatisch wertlos sind, denn das einzige massgebende Kriterium ist die Äusserung des Motivs bei Vertragsschluss.

bb. Anerkennung eines Motivirrtums nach Massgabe dessen, was gegenseitige Vertragsgrundlage ist

Folgt man jedoch der neueren japanischen Irrtumslehre des „Gôi Shugi" (der zu Grunde liegenden Vereinbarung), so versteht sich die japanische Rechtsprechung so, dass es darauf ankommt, ob *das Motiv zur Grundlage der gegenseitigen Vereinbarung geworden ist*. Das Motiv muss nach dieser Lehre zumindest stillschweigend bedingt, vorausgesetzt oder garantiert worden sein.[21] Diese Ansicht, die auch im deutschen und im schweizerischen Irrtumsrecht vertreten wird, konnte sich aber in keiner Rechtsordnung durchsetzen.

Dieser Ansatz liegt auch dem deutschen Rechtsinstitut der „Störung der Geschäftsgrundlage" zu Grunde (§ 313 Abs. 2 BGB), denn bei dieser wird

[17] Z.B. Urteil vom 15.12.1914, Minroku 20, 1101 ff.; Urteil vom 26.11.1954, Minshû 8-11-2087; Urteil vom 19.5.1972, Minshû 26-4-723; Urteil vom 11.7.2002, Hanrei Taimuzu Nr. 1109, 129 ff.

[18] *Ishikawa/Teetsch*, 18.

[19] § 5 lit. A. 4.d. cc.

[20] § 6 lit. A. 3.b. aa.

[21] *Yamamoto*, Minpô, 166.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

darauf abgestellt, ob das Motiv gegenseitige Grundlage des Vertrags gewesen ist.

cc. Anerkennung eines Motivirrtums nach Massgabe der Perspektive Dritter bzw. den Vorstellungen des Geschäftsverkehrs

In der japanischen Irrtumslehre fehlt es sowohl der herrschenden als auch der modernen Lehre des „Gôi Shugi" an einem explizit erforderlichen Bezug zur allgemeinen Verkehrsauffassung, d.h. zur Objektivität im Sinne des Blickwinkels von Dritten. Damit besteht so oder so ein etwas anderer Ansatz als im deutschen und im schweizerischen Recht, denn ein solcher Bezug wird zur ausnahmsweisen Anerkennung des Motivirrtums vorausgesetzt.

Die *objektiven und subjektiven Wesentlichkeitsvoraussetzungen* nach § 119 Abs. 1 BGB betreffen nach § 119 Abs. 2 BGB allerdings nur die „Eigenschaft von Sachen und Personen".

Im schweizerischen Recht sind dagegen nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR sämtliche Sachverhalte des Vertrags sowie alle ausservertraglichen Umstände, also alle Motive, erfasst, die Grundlage des Vertragsschlusses sind.[22] Obschon die Ausweitung des Begriffs der verkehrswesentlichen Eigenschaft nach § 119 Abs. 2 BGB auf vereinbarte Eigenschaften[23] und auf sämtliche rechtliche und tatsächliche Verhältnisse, die charakterisierend sind, eine gewisse Angleichung zum schweizerischen Grundlagenirrtum gebracht hat,[24] sind damit noch nicht alle grundlegenden Sachverhalte nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR erfasst. Ins Gewicht fallen dürften dabei vor allem die ausserhalb des Vertrags stehenden Umstände. Beispielsweise nicht erfasst von § 119 Abs. 2 BGB sind heute noch die Fälle von nur mittelbaren Eigenschaften des Vertragsgegenstandes, wie die erwähnte Beschaffenheit des Grundstücks bei Abschluss eines Grundpfandvertrags oder die erwarteten Umsätze bei einem Unternehmenskauf wie auch die falsche Annahme einer Verpflichtung oder einer Haftungsgrundlage, die, sofern die subjektive und objektive Wesentlichkeit erfüllt ist, aber vom Grundlagenirrtum nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR erfasst wären.

In Bezug auf das *Kausalitätserfordernis* zwischen ausnahmsweise beachtlichem Motivirrtum und Vertragsschluss stimmen die drei Rechtsordnungen dagegen wieder überein.

---

[22] *Schwab*, 115.
[23] *Bracher*, 179.
[24] Bereits *Gmür*, 157 ff.; *Kramer*, Irrtum int., 35.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

dd. Anerkennung eines Motivirrtums nach Massgabe von Gerechtigkeitskriterien, die mit typisierten Verträgen oder typisierten Vertragssituationen arbeiten:

Die Lehre vom Sachverhaltsirrtum von Kramer und die Irrtumslehre von Morita gehen beide von typisierten Vertragssituationen aus, die es als gerecht erscheinen lassen, das Irrtumsrisiko dem Erklärungsempfänger zu übertragen: Kramer geht aus von Situationen der Risikoallokation (wenn das Motiv veranlasst oder erkennbar war, trägt der Erklärungsempfänger das Irrtumsrisiko) und Morita von Vertragstypen (entgeltlicher und unentgeltlicher Vertrag). Dieser Ansatz geht einher mit dem Verzicht auf die Unterscheidung zwischen Motiv- und Erklärungsirrtum. De lege lata hat sich dieser in keiner der drei Rechtsordnungen durchsetzen können.[25]

b) Würdigung der aktuellen Lehren

Obschon allen Rechtsordnungen dogmatisch die Dichotomie von beachtlichem Erklärungsirrtum und unbeachtlichem Motivirrtum zu Grunde liegt, haben sich die Lehrmeinungen anders entwickelt bzw. nicht entwickelt.

Die aktuelle schweizerische Lehre kann insofern als erstarrt bezeichnet werden, als die Trennung von Erklärungs- und Motivirrtum unangefochten seit der Kodifikation besteht. Daneben wurden aber seit den 1950er Jahren die für die schweizerische Rechtsordnung angeblich typischen „unbestimmten Rechtsbegriffe"[26] von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR mit Bedeutung gefüllt, so dass seither anhand von drei oder vier Kriterien (bestimmter oder künftiger Sachverhalt, objektive und subjektive Wesentlichkeit und allenfalls Erkennbarkeit) eine differenzierte Fallgruppensammlung zur Anerkennung des Grundlagenirrtum entwickelt wurde.[27] Die schweizerische Irrtumsdogmatik interessiert daher die Lehre nicht mehr.

Die Lehre von Kramers einheitlichem Sachverhaltsirrtum und der Risikoallokation hat zwar Neues gebracht, nämlich den Einheitsirrtum mit sinnvoller Risikosphärenzuteilung, konnte sich aber bisher in der deutschen Rechtsordnung nicht durchsetzen.

Allerdings scheint sich ein allgemeines Abstellen auf die Risikoallokation unter anderen Titeln, etwa bei Köhler und auch bei Lorenz/Riehm unter dem Titel der „Störung der Geschäftsgrundlage" und bei den Fallgruppen zur Vertragsauflösung unter dem Gesichtpunkte der „culpa in contrahendo", durchsetzen zu können.[28] In der Tendenz zeichnet sich in der

[25] In den europäischen Gesetzesentwürfen hat sich der Ansatz jedoch durchsetzen können, z.B. Art. 4:103 PECL.

[26] *Zweigert/Kötz*, 411 ff., 412.

[27] *Fleischer*, 667 ff.

[28] *Köhler*, Geschäftsgrundlage, 295 ff., 300; *Lorenz/Riehm* N 385 ff.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

jüngeren deutschen Irrtumskommentierung[29] aber eher wieder eine restriktive Strömung ab, die das Festhalten am Vertrag und die Eigenverantwortung des Erklärenden unterstreicht.

Die japanische Lehre erscheint dagegen bewegt. Das „Neue System der getrennten Behandlung" von Motiv- und Erklärungsirrtum sucht offen (anders als etwa im deutschen Recht) ausserhalb des Irrtumsrechts nach Lösungen des Sachproblems. Es zeigt sich in der aktuellen japanischen Irrtumslehre ebenfalls die Tendenz zur Risikoallokation:

Morita vertritt eine Lehre, die auf der französischen „Cause-Theorie" beruht, und Yamamoto führt, gestützt auf diese, den Begriff der zu Grunde liegenden Vereinbarung („Gôi Shugi") ein, der sich von Neuerem aus Europa inspirieren liess: Art. 3.5 Abs. 2 lit. b des UP[30] tendiert wie die japanische Lösung des „Gôi Shugi" ebenfalls in Richtung Risikoallokation, denn diese Bestimmung besagt, dass der Irrende nicht zur Anfechtung berechtigt sei, „wenn er sich auf einen Umstand bezieht, bezüglich dessen das Risiko eines Irrtums von der irrenden Partei übernommen werde oder nach den Umständen von ihr zu tragen sei". Anders als bei der japanischen Lösung handelt es sich jedoch um eine Risikoallokation „nach bestimmten Umständen" und nicht um eine nach „zu Grunde liegender Vereinbarung".

Demnach dürfte beispielsweise nach japanischem Recht aufgrund der „allgemeinen Umstände" der Vertragsbeziehung das Risiko für den Irrtum über die Solvenz eines kriminellen Klienten in den Risikobereich des Anwaltes fallen.

Unabhängig davon, ob auch mit der Lehre des „Gôi Shugi" noch zwischen Motiv- und Erklärungsirrtum unterschieden wird oder nicht – es besteht ein grundsätzlich anderer Ansatz als im deutschen und im schweizerischen Recht: Es fehlt der explizit erforderliche Bezug zur allgemeinen Verkehrsauffassung, zur Objektivität im Sinne des Blickwinkels von Dritten. In der modernen japanischen Irrtumslehre des Gôi Shugi werden Motive als relevante Vertragsgrundlagen anerkannt, sofern sie für beide Parteien wichtig waren, womit das Prinzip der Privatautonomie und der Selbstverantwortung der Parteien unterstrichen wird.

c) Ergebnis

Im Ergebnis erscheint die Berufung auf den ausnahmsweise beachtlichen Motivirrtum in der japanischen Rechtsordnung tendenziell am schwierigsten, in der schweizerischen am einfachsten zu sein.

---

[29] *Staudinger/Singer* § 119 N 1 ff.; tendenziell auch *Lorenz*, 303 ff., der jedoch sehr offen gegenüber der Ausweichstrategie „Haftung für unerwünschte Verträge" mit der culpa in contrahendo ist; auch *Schwab*, 114 f.

[30] UP in deutscher Fassung in ZEuP 1997, 891 ff.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Fragt man nach den Gründen für diese Unterschiede, so mögen die folgenden eine Rolle spielen:

Im japanischen Recht wird der Dogmatik sehr hohe Wertschätzung entgegengebracht. Das zeigt sich bereits schon am Aufbau eines japanischen Lehrbuchs zum Zivilrecht. Das Buch folgt thematisch und chronologisch den Theorien, erst in zweiter Linie wird auf die Rechtsprechung eingegangen. Theorien werden auch eher einer Person zugeschrieben. Es ist üblich, von der „Lehre Tomiis", der „Lehre Moritas" oder der „Lehre Yamamotos" usw. zu schreiben und über diese zu diskutieren. Das erschwert es zusätzlich, von der Rechtslehre einer berühmten Persönlichkeit, wie der eines „Gesetzesverfassers Tomii", abzuweichen. Dem entspricht, dass der Einfluss der deutschen Theorienrezeption in der Lehre als grösser angesehen wird als derjenige der einzelnen rezipierten Gesetzestexte.[31] Das mag erklären, warum der offen formulierte Gesetzestext von Art. 95 Minpō von den Gerichten nicht besser genutzt wird, um einen Motivirrtum anzuerkennen, und warum immer noch an der alten Irrtumslehre von Tomii (und letztlich von Savigny) festgehalten wird.

Zum anderen mag die etwas höhere japanische Selbstbeherrschung im Sinne eines gut gemeinten Unterstreichens der Selbstverantwortung der Konsumierenden[32] für die im Vergleich zurückhaltende Anerkennung des Motivirrtums ausschlaggebend sein. Auf dem Gedanken der Selbstverantwortung beruht auch die moderne japanische Irrtumslehre des Gōi Shugi.
Es dürfte aber auch die grössere Bedeutung von persönlichen Beziehungen bei Vertragsschluss im Sinne der „sozialen Verbundenheit"[33] eine Rolle spielen, die es nicht einfacher macht, einen Vertrag aufzulösen.[34] Dazu gehört auch die andersartige japanische Prozessführungskultur.[35] Wenn

[31] § 1 lit. A. 2; *Fujita Tokiyasu*, Die Kodifikation als Voraussetzung der Rezeption - aus der japanischen Perspektive, in: Der Kodifikationsgedanke und das Modell des Bürgerlichen Gesetzbuches, *Behrends Otto/Sellert Wolfgang* (Hrsg.), 2000, Göttingen.

[32] So die Lehre des „Gōi Shugi" (§ 4 lit. A.7.b.bb).

[33] Zum Ganzen *Ruhn*, 37 ff., 45 ff.

[34] Z.B. *Kitagawa/Pilny*, 304 m.w.H.; *Fujita*, a.o.O.

[35] Untersuchungen haben zwar gezeigt, dass die grundsätzliche Prozessaversion der Japaner und ihre Liebe zur Streitschlichtung ein Klischee sind, *Tanaka*, mit Statistik aus den 1970er Jahren, 492 ff., 498 f.

Die Statistik spricht dafür, dass Zivilprozesse seit den 1990er Jahren stark zugenommen haben, sowohl in Anzahl wie auch in Komplexität; zudem wurde die japanische ZPO per 1.1.1998 revidiert und das sog. Bagatellverfahren stark ausgebaut, die Kosten gesenkt und die Beweisvorlagepflicht sowie die Parteienbefragung eingeführt, *Maratschke*, 257 ff. Diese Revision zeigt aber bereits, dass Zivilprozesse nicht mit der gleichen Selbstverständlichkeit geführt werden wie in Deutschland und der Schweiz. Entsprechend gibt es nach wie vor viel weniger japanische Anwälte. Auf 130 Mio. Einwohner kommen gerade einmal rund 20'000 Anwälte; in der Schweiz auf 7 Mio. Einwohner rund 10'000.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

tatsächlich weniger Personen klagen, kommen zwingend weniger Irrtumsfälle vor Gericht, und noch weniger vor das höchste Gericht, so dass insgesamt betrachtet die Gelegenheiten noch nicht sehr zahlreich waren, die neuen Irrtumslehren in der Rechtsprechung aufzunehmen.

3. Ausweichstrategien

Da in allen drei Rechtsordnungen die gleichen Sachprobleme bestehen, hat das auch zu Ausweichstrategien ausserhalb des Irrtumsrechts geführt. Diesen Weg hat vor allem die deutsche Lehre und Rechtsprechung gesucht:

Der Kalkulationsirrtum, der je nach seiner konkreten Ausgestaltung ein Erklärungs- oder ein einseitiger bzw. gegenseitiger Motivirrtum ist[36] und dessen Behandlung in der Lehre umstritten ist, wird nach überwiegender Meinung zumindest im letzterem Fall als *„Störung der Geschäftsgrundlage"* unter § 313 Abs. 2 BGB erfasst.

Damit sind zugleich die Nähe und der Unterschied zwischen schweizerischem Grundlagenirrtum nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR und dem Tatbestand der Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 Abs. 2 BGB angesprochen: Für die Berufung auf Grundlagenirrtum reicht der einseitige Motivirrtum aus, sofern die Wesentlichkeitsvoraussetzungen erfüllt sind. Bei einer Störung der Geschäftsgrundlage kann es sich zwar um ein einseitiges Rechtsgeschäft handeln, doch muss die Gegenpartei die relevante Vertragsgrundlage stets erkannt oder zumindest nicht beanstandet haben, damit eine gemeinsame Vertragsgrundlage entstehen konnte.[37]

Zentraler Ausweichsrechtsbehelf ist nach deutschem Recht der *Anspruch auf Vertragsauflösung* statt des Schadenersatzanspruches *aus culpa in contrahendo* (§§ 311 Abs. 2 BGB, 280 Abs. 1 BGB, 249 Abs. 1 BGB). Mit diesem Rechtsbehelf kann das Erfordernis der „verkehrswesentlichen Eigenschaft" umgangen und auf das fahrlässige Veranlassen sowie auf das Erkennenkönnen des Irrtums durch den Unternehmer abgestellt werden.[38] Die Grundsätze der culpa in contrahendo sind daher heute allgemein auf den „veranlassten, erkannten oder erkennbaren Motivirrtum" anzuwenden.[39] – Ist die Irreführung dagegen „von niemandem und gar nichts" veranlasst worden, so bleibt als einziger Rechtsbehelf für den Irrenden § 119 Abs. 2 BGB.[40]

---

[36] *Kramer*, Kalkulationsirrtum, 57 ff.; a.A. *Staudinger/Singer* § 119 N 51 ff., der immer von einem Motivirrtum ausgeht.

[37] § 5 lit. B.4.

[38] *Larenz/Wolf* § 36 N 69; *Lorenz*, 284 ff.; *MüKo/Kramer* § 119 N 119.

[39] *Larenz/Wolf* § 36 N 69.

[40] Das entspricht nichts anderem als den unterschiedlichen Figuren im Common Law von *"misrepresentation"*, die in "fraudulent", "innocent" und "holy innocent" unterteilt wird, *Lorenz* 378 f., insb. Fn 736-737; *Kramer*, Irrtum int. 145 ff.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Es handelt sich hierbei um ein Vertragslösungsrecht, das weder das japanische Recht in dieser Form kennt noch das schweizerische Recht.[41] Unbefriedigend an dieser Lösung ist aus Verbrauchersicht, dass das Ausmass der vorvertraglichen Aufklärungspflicht bzw. nicht geregelt ist, wer das Informationsrisiko trägt.

Es lässt sich damit für das deutsche Verbrauchervertragsrecht insgesamt einwenden, dass eine erweiterte Anwendung der Irrtumsregelung weniger nahe liegend ist, weil neben den verbraucherschützenden Widerrufsrechten (§§ 312 ff., 355 ff. BGB) und den speziellen Bestimmungen zum Verbrauchsgüterkauf (§§ 474-479 BGB) bereits ein Geflecht von allgemeinen Ausweichstrategien (§§ 119 Abs. 2, 313 BGB, 311 Abs. 2 BGB) entwickelt ist. Ob aber ein solches Geflecht von Normen statt einer einzigen erweiterten Irrtumsregelung besonders verbraucherfreundlich ist und ob zweitens diese aufwendigen Ausweichstrategien (zunächst praeter legem und nun teilweise kodifiziert) zum Schutz des Irrenden wirklich zwingend nötig waren, ist bis heute nicht erwiesen.[42]

In der japanischen Rechtsprechung wurden die neuen Lösungen vor allem innerhalb des Irrtumsrechts gesucht. Wichtigstes Beispiel ist die Irrtumslehre Moritas. Unter dem Titel des „Neuen Systems der getrennten Behandlung" finden sich allerdings auch „Irrtumslehren", die das Sachproblem des Motivirrtums tatsächlich ausserhalb von Art. 95 Minpô regeln. Wenn die Lehre des „Gôi Shugi" (der zu Grunde liegenden Vereinbarung) das Motiv nur als Voraussetzung, als Bedingung oder als Garantie, die dem Vertrag zu Grunde gelegt wurde, anerkennt, so wird die Beachtlichkeit des Motivirrtums im Grunde verneint.

Einige Ausweichstrategien befinden sich aber auch von allem Anfang an ausserhalb des Irrtumsrechts, wie diejenige der analogen Anwendung der Täuschung durch Dritte (Art. 96 Abs. 2 Minpô). Zudem fordert die Lehre aus der Tatsache, dass bei unerlaubter Handlung bzw. einer culpa in contrahendo ein Schadenersatzanspruch im Umfang einer „restitutio in integrum" gesprochen wird, seit langem ein Vertragslösungsrecht bei der Verletzung einer Informationspflicht.

In allen drei Rechtsordnungen wird das Verhältnis von Sachgewährleistung im Kaufrecht und Irrtumsrecht thematisiert. Gemeinsam ist allen drei Rechtsordnungen, dass mit den beiden Rechtsbehelfen ein anderer Zweck verfolgt wird. Zumindest die japanische und die schweizerische Irrtumsregelung könnten in diesem Zusammenhang eine Ausweichmöglichkeit der Gerichte für die strengen Rügefristen bilden. Nach deutschem Recht unter-

[41] Zur weniger entwickelten, schweizerischen dogmatischen Struktur der c.i.c., *Fleischer*, 669 ff.

[42] § 5 lit. A d. dd.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

scheiden sich die beiden Rechtsinstitute hinsichtlich der Inhalte kaum[43], so dass Lehre und Rechtsprechung konstant von einem Vorrang des Leistungsstörungsrechts ausgingen. Mit Larenz/Wolf findet sich nun aber seit der Schuldrechtsmodernisierung eine bedeutende Lehrmeinung, die sich für die Alternativität der beiden Rechtsbehelfe ausspricht – eine Tendenz, die sich auch im aktuellen japanischen Recht abzeichnet. Im schweizerischen Recht wird dagegen im Bewusstsein um die Andersartigkeit der deutschen Lösung in konstanter Rechtsprechung an der Alternativität von Irrtums- und Sachgewährleistungsrecht festgehalten.[44]

Abschliessend ist festzuhalten, dass sich im Vergleich zur engeren deutschen Formulierung von § 119 Abs. 2 BGB die offene Generalklausel von Art. 95 Minpô einfach auf beliebige Arten des Motivirrtums anwenden liesse. Während also die enge deutsche Irrtumregelung ein gewisses Verständnis für die komplizierten, zunächst praeter legem gesuchten Ausweichstrategien über die c.i.c. hervorrufen mag, besteht nach japanischem Irrtumsrecht weniger Grund, den Motivirrtum über ein „wesentliches Element des Rechtsgeschäfts" über das Deliktsrecht oder die Täuschung anzuerkennen, statt diesen einfach unter Art. 95 Minpô zu subsumieren versuchen.

Es lässt sich damit auch in Bezug auf die gewählten Ausweichstrategien festhalten, dass die japanische Rechtsprechung und Lehre zurückhaltend ist in der Anerkennung eines Motivirrtums nach Art. 95 Minpô.

4. Gegenseitiger oder gemeinsamer Motivirrtum

Bereits angesprochen ist, dass die schweizerische und die japanische Rechtsordnungen nicht zwischen einseitigem und gegenseitigem Motivirrtum unterscheiden, wohingegen nach deutschem Recht mit § 119 Abs. 2 BGB und § 313 Abs. 2 BGB je zwei unterschiedliche Rechtsgrundlagen bestehen.[45] Japanische Lehre und Rechtsprechung differenzieren jedoch insofern zwischen ein- und gegenseitigem Motivirrtum, als die Berufung auf Art. 95 Minpô bei Letzterem entgegen dem Wortlaut des so genannten „Tadashi-Gaki" (dem zweiten „Aber-Satz") auch bei grober Fahrlässigkeit möglich sein soll.[46] Ratio der unterschiedlichen Behandlung von ein- und zweiseitigem Motivirrtum ist sowohl in der deutschen wie auch in der japanischen Rechtsordnung der herabgesetzte Vertrauensschutz der Gegenpartei hinsichtlich der Aufrechterhaltung des Vertrags.

Nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR erübrigt sich dagegen diese Differenzierung, denn entweder ist ein einseitiger Motivirrtum aufgrund der objekti-

[43] *Bracher*, 179.
[44] § 2 lit. A.3, § 6 lit. B. 2.c.
[45] Bereits *Zweigert*, ZfRV 1966, 12 ff.
[46] § 4 lit. A. 7.d.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

ven Wesentlichkeitsvoraussetzung zur Grundlage des Vertrags – und damit notwendigerweise zur gegenseitigen Grundlage – geworden oder nicht.

5. Rechtsfolgen

Die Berufung auf Irrtum nach Art. 95 Minpô bewirkt die Nichtigkeit des Vertrags, wobei die Lehre im Sinne der Selbstbestimmung des Irrenden[47] für eine einseitige Ungültigkeit ex tunc eintritt, wie sie auch in der schweizerischen Rechtsordnung gilt.[48] Im deutschen Recht gilt nach § 119 BGB die Anfechtbarkeit der Willenserklärung, die das Rechtsgeschäft ebenfalls von Anfang an nichtig werden lässt.

Die schweizerische und die deutsche Irrtumsregelung (§ 122 BGB, Art. 26 Abs. 2 OR) stimmen insofern überein, als ein Schadenersatzanspruch für den Erklärungsempfänger vorgesehen ist, wenn sich der schuldhaft Irrende erfolgreich auf den Irrtum berufen konnte. Hintergrund dieser Regelungen ist die bei den Ausweichstrategien aus Sicht des Irrenden hinzugezogene culpa in contrahendo.[49] Im japanischen Recht dagegen wird die Berufung auf Irrtum von vornherein ausgeschlossen, wenn sich der Irrende schuldhaft im Irrtum befindet (Art. 95 Minpô, so genannte Tadashi-Gaki). Bei leichter Fahrlässigkeit kann jedoch nach überwiegender Lehrmeinung ein Schadenersatz im Rahmen der culpa in contrahendo anerkannt werden.

C. Verbraucherschützende Vertragslösungsrechte als moderne Rechtsbehelfe der Verbraucher

1. Ausgangslage

Nachdem in allen drei Rechtsordnungen die Notwendigkeit des Schutzes der irrenden Personen vor erkannten, erkennbaren und veranlassten Motivirrtümern eingesehen wurde und unterschiedliche Lösungen gesucht und gefunden wurden, stellt sich die Frage, welchen Einfluss das Verbraucherverhältnis auf die Irrtumsregelung (und die vielen Ausweichstrategien) hat und ob die modernen verbraucherschützenden Vertragslösungsrechte im Vergleich aus Verbrauchersicht tatsächlich einen Gewinn darstellen.

[47] *Yamamoto*, Minpô, 198 ff.
[48] BGE 114 II 131 ff. zum Thema der Anfechtbarkeit und der Ungültigkeitserklärung.
[49] *Kramer*, Irrtum int., N 127.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

2. Andere Zeichen der Zeit?

Der Verbraucherschutz im Vertragsrecht hat in allen drei Rechtsordnungen mit den verbraucherschützenden Vertragslösungsrechten zu den Haustürgeschäften den Durchbruch geschafft.[50]

Heute stehen sowohl in Japan[51] wie auch in Europa[52] Fragen der Koordination zwischen den einzelnen Verbraucherschutzbestimmungen und zwischen diesen und den allgemeinen Bestimmungen des Vertragsrechts im Vordergrund. Ziel ist es dabei den Verbraucher zu schützen und so zu informieren, dass er eigenverantwortlich entscheiden kann. Zum Schutz der materialen Vertragsfreiheit des Verbrauchers wurden je nach Rechtsordnung unterschiedliche Wege gegangen:

Die Regelungen des grundlegenden japanischen Verbrauchervertragsgesetzes und die Integration und Einführung von allgemeinen verbraucherschützenden Bestimmungen im BGB zeigen, dass diese Gesetzgeber den Wandel der Zeit erkannt haben. Die Tatsache, dass es wenige Widerrufsrechte und weitere verbrauchersensible Vertragslösungsrechte in der schweizerischen Rechtsordnung gibt, zeigt, dass sich auch der schweizerische Gesetzgeber punktuell mit Verbraucherproblemen im Vertragsrecht auseinandergesetzt hat. Dass er jedoch das „verbraucherschützende Informationsmodell" vollständig akzeptiert oder sein Vertragsrecht entsprechend „modernisiert" hätte, kann nicht behauptet werden. Oder anders formuliert: Die schweizerische Politik versucht sich derzeit an einem veralteten Verständnis von Privatautonomie und Selbstverantwortung festzuklammern.[53] Den heutigen Kritikern von verbraucherschützenden Vertragslösungsrechten und einer Modernisierung des Zivilrechts mag jedenfalls die eigene, konkrete Erfahrung, dass sie uninformiert oder in einer fremden Sprache oder unter Geld- und Geltungsnöten als „ungleiche Parteien" an einem Vertrag beteiligt sind, fehlen, wenn sie an dem uralten Grundsatz „caveat emptor" festhalten und noch immer das Lehrgeld der „Dummen" fordern.[54]

Es wurden noch nicht einmal überall verbraucherschützende Vertragslösungsrechte erlassen, schon beklagen sich die Kritiker, dass mit dem „Verbraucherbegriff" ein neues „Zweiklassenrecht" eingeführt worden sei,

---

[50] *Rösler*, ZfRV 2005, 134 ff., 138; und dessen zum Abzahlungs- bzw. Teilzahlungskaufrecht.

[51] „Verbrauchergrundlagengesetz" von 2004, abgedruckt bei *Nakata*, ZJapanR 19 (2005) 233.

[52] Aktionsprogramm der EU-Kommission vom 6.4.2005, KOM (2005) 115 endg. in Sachen Gesundheit und Verbraucherschutz ist für die Jahre 2007-2013 entworfen; Rösler, ZfRV 2005, 134 ff., 145 ff.

[53] Zur Geschichte der Verbraucherkonzeptionen und -bilder, Wiedenmann, 49 ff.

[54] *Adomeit*, NJW 2004, 581; *Staudinger/Singer* § 119 N 82.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

dass unser Ideal des gleichberechtigten, selbstverantwortlichen und vernunftbegabten Menschen verloren gegangen sei[55] oder dass paternalistisch in die natürliche Marktordnung[56] eingegriffen werde.

Zum jetzigen Zeitpunkt bedeuten solche Stellungnahmen, dass man die menschlichen Unzulänglichkeiten und das Problem des Informationsdefizits sowie der Zwangslagen moderner Verbraucher negiert bzw. die Zeichen der Zeit nicht erkannt hat.

3. Unterschiedlicher Regelungsansatz

Alle drei Rechtsordnungen kennen heute moderne Regelungen zum Verbraucherschutz im Vertragsrecht. Die entsprechenden Innovationen sind in jedem Land indessen unterschiedlich verlaufen und weisen einen anderen Regelungsansatz auf. Einschränkend ist darauf hinzuweisen, dass in dieser Arbeit primär die Vertragslösungsrechte und Informationspflichten interessieren; ob und wie viele öffentlich-rechtliche Bestimmungen die Gesetzgeber zum Schutze der Verbraucher erlassen haben, ob sie Vorschriften betreffend Anforderungen an AGBs oder eine Beweislastumkehr im Verbrauchervertrag geregelt haben, wird hier nicht verglichen.[57]

Es sind für den Verbraucherschutz im Vertragsrecht vor allem drei Ansätze denkbar: Entweder wird ein grundlegendes, modernes Gesetz zum Verbrauchervertrag geschaffen, das ausserhalb der Zivilrechtskodifikation steht, aber gut auf diese abgestimmt ist (japanischer Ansatz), oder es werden ausgewählte, allgemeine Verbraucherschutzbestimmungen in die Zivilrechtskodifikation aufgenommen (deutscher Ansatz), oder es wird eine besondere Anwendbarkeit für bereits existierende klassische Zivilrechtsbestimmungen, wie der Irrtumsregelung, für Verbraucherverhältnisse vorgesehen (Art. 3 des jap. Sondergesetzes zum elektronischen Verkehr im Verbrauchervertrag).

Der japanische Gesetzgeber hat sich konkret für die Regelung eines grundlegenden Sondergesetzes, des Shôhisha keiyaku-hô , entschieden und in diesem allgemeine Bestimmungen zum Verbraucherschutz sowie ein allgemeines Anfechtungsrecht wegen Willensstörungen für die Verbraucherseite (Art. 4) statuiert, das für alle Arten von Verbraucherverträgen gilt.

Es existieren jedoch daneben in zahlreichen unterschiedlichen Sondergesetzen weitere verbraucherschützende Cooling-off-Regelungen, von

---

[55] *Bydlinski*, AcP 204 (2004) 360 ff.

[56] Zum sog. Paternalismusvorwurf allgemein *Mankowski*, 268 ff.; z.B. *Honsell/ Pietruszka* AJP 2001, 778 und Kritik bei *Horz*, 229.

[57] *Kühlkamp*, 96, ist offenbar insgesamt der Ansicht, dass das deutsche Verbraucherprivatrecht umfassender ausgestaltet sei als das japanische; dem kann hier nicht gefolgt werden.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Baugrundgeschäften bis zu Golfclubmitgliedschaften (vgl. § 8. lit. B), von denen die meisten kein Pendant im deutschen und im schweizerischen Recht haben. Besonders interessant sind die Cooling-off-Bestimmungen des Tokutei shô torihiki-hô für besondere Geschäftsformen der Kundenbeeinflussung. Nach Art. 9 Tokutei shô torihiki-hô existiert eine Cooling-off-Regelung von 8 Tagen für Haustürgeschäfte, die inhaltlich weitgehend vergleichbar ist mit den verbraucherschützenden Widerrufsrechten des deutschen und des schweizerischen Rechts zum Haustürgeschäft.

In jüngster Angleichungsabsicht an das Shôhisha keiyaku-hô wurden neben diesen Cooling-off-Rechten nach Tokutei shô torihiki-hô auch noch besondere Anfechtungsrechte für das Haustürgeschäft, die Geschäfte durch Anwerbung am Telefon, die Geschäfte durch progressive Kundenwerbung, die Geschäfte durch Anwerben mit einer Dienstleistung und für Dauerschuldverhältnisse erlassen. Der japanische Gesetzgeber hat damit auf die Schutzlücke des Shôhisha keiyaku-hô und dessen fehlende Informationspflicht reagiert und diese in Bezug auf die besonderen Geschäftsformen geschlossen.

Ob die Einführung eines „dritten" Vertragslösungsrechts im Hinblick auf eine einheitliche Verbraucherschutzregelung im Vertragsrecht jedoch der richtige Weg gewesen ist, erscheint sehr fraglich. Der japanische Verbrauchervertragsschutz ist damit jedenfalls noch mehr unterteilt in einen allgemeinen, der im Verbrauchervertragsgesetz (Shôhisha keiyaku-hô) geregelt ist, und in einen besonderen, der im Gesetz über die besonderen Geschäftsformen (Tokutei shô torihiki-hô) sowie allen anderen Sondergesetzen geregelt ist. Es lässt sich aber festhalten, dass der Verbrauchervertragsschutz im japanischen Recht, wenn auch vielleicht mehrspurig, so doch *konsequent in Sondergesetzen* des Privatrechts geregelt ist. Im Minpô finden sich keine Verbraucherschutzbestimmungen.

Der deutsche Gesetzgeber hat sich dagegen für eine einheitliche Definition des Verbraucher- und des Unternehmerbegriffs sowie der Integration der bisher in Sondergesetzen geregelten verbraucherschützenden Widerrufsrechte zum Haustür- und Fernabsatzgeschäft (§§ 312 ff. BGB) mit gemeinsamen Bestimmungen zur Ausübung (§§ 355 ff. BGB) in der Zivilrechtskodifikation, dem BGB, entschieden. Dass einige verbraucherschützende Widerrufsrechte (noch?) an anderer Stelle in der Zivilrechtskodifikation geregelt sind (z.B. Widerrufsrecht im deutschen Teilzeitwohnrechtsvertrag § 485 BGB), erscheint vor diesem Hintergrund vertretbar. Dem deutschen Gesetzgeber kann damit das Gelingen um eine weitgehende Integration des Verbrauchervertragsschutzes im BGB zugesprochen werden, wenn auch damit die Diskussion um die Sonderrechtsstellung des Verbrauchervertragsrechts nicht abgeschlossen ist.[58]

[58] § 9 lit. A. 2. a.; *Krejci*, FG Mayrhofer, 121 ff.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Der bisher noch verschmähte schweizerische Revisionsentwurf zum Obligationenrecht folgt einerseits diesem Vorgehen und sieht eine Aufnahme der Widerrufsrechte für Haustür- und Fernabsatzgeschäfte mit der geplanten OR-Revision im Allgemeinen Teil vor, wobei das verbraucherschützende Widerrufsrecht für Haustürgeschäfte bereits im OR (Art. 40a ff. OR) geregelt ist. Andererseits finden sich aber auch relativ neu erlassene verbraucherschützende Widerrufsrechte in schweizerischen Sondergesetzen (wie z.B. in Art. 16 KKG), so dass daraus geschlossen werden kann, dass eine einheitliche Konzeption für den Verbrauchervertragsschutz fehlt. Ernsthafte Bemühungen bezüglich eines nationalen Sonderrechts „Verbrauchervertragsrecht" oder einheitlicher „Verbrauchervertragsbestimmungen", die im allgemeinen Zivilrecht eingebettet wären, fehlen heute im schweizerischen Privatrecht. Bezeichnend hierfür ist der eher unverbindliche Name der vorgesehenen schweizerischen Gesetzesnovelle, nämlich „Verbesserungen zum Konsumentenschutz". Sie enthält sowohl verbraucherschützende Bestimmungen zu einem revidierten OR als auch zu einem revidierten UWG.

Sowohl der japanische wie auch der deutsche Gesetzgeber sind einen Schritt in die richtige Richtung gegangen, denn die zunehmende Abspaltung von Verbraucherschutzregelungen in zahlreichen Sondergesetzen ist aus Verbrauchersicht problematisch, da sie zu unübersichtlichen und unverständlichen Regelungen, Doppelspurigkeiten und Widersprüchen führt bzw. führen kann. – Die jüngsten Anfechtungsrechte, die der japanische Gesetzgeber im Tokutei shô torihiki-hô legiferierte, erscheinen daher eher als Rückschritt in den japanischen Bemühungen um eine einheitliche Verbrauchervertragsregelung.

Aus Verbrauchersicht ist es besonders problematisch, wenn der Verbraucherbegriff innerhalb des Privatrechts unterschiedlich geregelt wird oder wenn der Verbraucher sich nicht darauf verlassen kann, dass jedes Widerrufsrecht gleichermassen, z.B. innert einer Frist von 14 Tagen nach deutschem Recht bzw. 7 Tagen nach schweizerischem Recht[59], ausgeübt werden muss. Wieso sollen die Widerrufs- und Cooling-off-Fristen nicht einheitlich geregelt sein, nur um die Nivellierung nach oben zu verhindern?

Der schweizerische Gesetzgeber, der noch nicht legiferiert hat, hätte hier die Chance, den erst einmal gewählten Regelungsansatz konsequent verbraucherfreundlich durch das gesamte Privatrecht durchzuziehen oder zumindest so zu koordinieren, dass, falls er sich für die dargelegten verbraucherschützenden Widerrufsrechte de lege ferenda entscheiden sollte, deren Ausübung und Wirkung für alle Verbraucherverträge gleichermassen gestaltet sind und für alle Verbraucher gleichermassen gelten.

[59] § 10 lit. B. 3.c.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Eine *Analyse der beiden unterschiedlichen und viel diskutierten Regelungsansätze* für den Verbraucherschutz im Vertragsrecht ergibt, dass es weder einen richtigen noch einen besseren Regelungsansatz gibt; viel wichtiger aus Sicht des Verbrauchers sind die grundsätzliche Anerkennung der Besonderheiten des Verbraucherverhältnisses und das Zulassen der Auswirkungen, welche das Verbraucherverhältnis auf das ganze Schuldvertragsrecht hat. Ferner sind wenige, überschaubare materiellrechtliche Regelungen (Informationspflichten, ein griffiges Vertragslösungsrecht, einzelne Inhaltsverbote) nötig ebenso die konsequente Durchführung des einmal gewählten Regelungsansatzes sowie eine klare Kundgabe dessen.
Der Gesetzgeber sollte insbesondere auch den Mut haben, historisch gewachsene Verbraucherschutzbestimmungen, die auf die ganze Rechtsordnung verteilt sind, neu zusammenzufassen oder in einem allgemeinen Verbrauchervertragsrecht zu integrieren. Sollte das zu kompliziert sein, ist Wert auf die gute Koordination zwischen den einzelnen Verbraucherschutzbestimmungen zu legen.

Damit stellt sich als nächstes die Frage nach der guten Koordination. Dass ein neues Anfechtungsrecht für Haustürgeschäfte nach Art. 9-2 Tokutei shô torihiki-hô auf den gleichen Begriffen, Voraussetzungen und Fristen wie das allgemeine Anfechtungsrecht nach Art. 4 Shôhisha keiyaku-hô beruht, ist zunächst einmal ein Beispiel der Koordination. Ob diese gut ist, erscheint fraglich, denn das grundlegende Vertragslösungsrecht im Verbrauchervertrag ist seit dem April 2001 in Art. 4 des Shôhisha keiyaku-hô geregelt. Der Gesetzgeber hätte sich in diesem Fall im Tokutei shô torihiki-hô beispielsweise auf die Regelung der herabgesetzten Anforderungen beschränken können (die Voraussetzung des Bezugs zu den „wichtigen Vertragsumständen" bei Mitteilung von falschen Tatsachen entfällt). Eine allgemeine Regel für die gute Koordination könnte damit beispielsweise lauten: Wo immer möglich, sollte man mit Verweisen auf die allgemeinere Bestimmung arbeiten. Da die „Koordination" jedoch hier nicht der favorisierten Lösung entspricht, wird nicht weiter auf diese eingegangen.

4. Verbraucherverhältnis

Zentral für jede Form des koordinierten Verbraucherschutzes ist eine einheitliche Regelung des Verbraucherverhältnisses. Das Verbraucherverhältnis ist im deutschen Recht in §§ 13, 14 BGB und im japanischen Recht in Art. 2 Shôhisha keiyaku-hô geregelt, womit diese Definitionen in beiden Ländern für das gesamte Zivil- und Zivilprozessrecht gelten.

Im schweizerischen Recht fehlt es an beiden funktional äquivalenten Regelungsarten. Das schweizerische Privatrecht weist diverse materiale Regelungen zum Verbraucher- und Unternehmerverhältnis auf. Die neueste allgemeine materielle Definition des Verbraucherverhältnisses stammt aus-

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

gerechnet aus dem Prozessrecht, dem schweizerischen Gerichtsstandsgesetz (Art. 22 Abs. 2).

Inhaltlich ist der Verbraucher nach deutschem und nach japanischem Recht negativ definiert. Massgebend ist daher, dass der Verbraucher eine Privatperson ist, die nicht zu einem beruflichen oder gewerblichen Zweck handelt, sondern zu einem privaten. Nach Shôhisha keiyaku-hô ist der Arbeitsvertrag zudem klar von diesem Anwendungsbereich ausgenommen, nach deutschem Recht ist dagegen das Konsumieren zu „abhängig-beruflichen" Zwecken von der Verbraucherdefinition (§ 13 BGB) erfasst.

Art. 22 Abs. 2 GestG ist dagegen positiv formuliert, so dass Verbraucherverträge Verträge sind, die Leistungen zum privaten und familiären Verbrauch eines Verbrauchers erfassen, die eine andere Person im Rahmen ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit anbietet. Wichtiger als die Frage, ob eine positive oder eine negative Definition besser sei, erscheint auch hier, dass eine Ausweichmöglichkeit wie „ein überwiegender" privater oder gewerblicher Gebrauch geschaffen wird, so dass schwierige Grenzfälle angemessen behandelt werden können.

5. Moderne Vertragslösungsrechte

a) „Artenvielfalt"

Analysiert man rechtsvergleichend die verschiedenen modernen verbraucherschützenden Vertragslösungsrechte, so ergibt sich zunächst, dass dem Verbraucher im japanischen Vertragsrecht ein allgemeines Anfechtungsrecht für Verbraucherverträge (Art. 4 Shôhisha keiyaku-hô) zusteht, das er unabhängig von einer bestimmten Vertriebsform geltend machen kann, während die behandelten deutschen und die geplanten schweizerischen Widerrufsrechte auf Verbraucherverträge im Direkt- und im Fernvertrieb beschränkt sind. Das bedeutet jedoch nicht, dass die japanische Privatrechtsordnung keine spezifischen verbraucherschützenden Widerrufsrechte im Geschäftsverkehr kennen würde. Im Gegenteil weist sie, wie gezeigt wurde, zahlreiche Cooling-off-Regelungen mit einer Bedenkfrist von 8 oder 20 Tagen auf, die neben dem allgemeinen Anfechtungsrecht für Verbraucherverträge zur Anwendung gelangen können.

Im konkreten Rechtsvergleich bedeutet dies für die Haustürgeschäfte, dass die japanische Rechtsordnung neben dem allgemeinen Anfechtungsrecht nach Art. 4 Shôhisha keiyaku-hô ein verbraucherschützendes Cooling-off-Recht in Art. 9 Tokutei shô torihiki-hô, also *zwei moderne verbraucherschützende Vertragslösungsrechte*, aufweist, während das deutsche und das schweizerische Recht je ein Widerrufsrecht von 8 Tagen bei Haustürgeschäften aufweisen.

Kein zusätzliches Cooling-off-Recht steht den Verbrauchern nach japanischem Recht jedoch *im Fernabsatzvertrag* zu. Ein solches verbraucher-

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

schützendes Widerrufsrecht besteht derzeit einzig nach deutschem Recht (§ 312d BGB). Ob ein solches oder ein Äquivalent nach schweizerischem Recht legiferiert wird, ist derzeit ungewiss. Interessant ist aber in diesem Zusammenhang, dass das Argument der Gegner eines Widerrufsrechts im Fernabsatzvertrag sowohl in Japan als auch in der Schweiz gleich ist: das Fehlen des Überrumplungselements.
Im Übrigen bestehen nach japanischem Tokutei shô torihiki-hô aber zwingende verbraucherschützende Cooling-off-Regelungen, die weder im deutschen noch im schweizerischen Recht zu finden sind: Dies ist insbesondere wichtig für die besonderen Dauerschuldverhältnisse und für jene Geschäfte, welche durch progressive Kundenwerbung, Telefonanwerbung oder durch Anwerbung mit einer Erwerbsaussicht zu Stande gekommen sind. Diese finden dafür nach schweizerischem und deutschem Recht lauterkeits- und strafrechtliche Sanktion.

b) Anfechtungsrecht vs. Widerrufsrecht

Andererseits setzt das japanische Anfechtungsrecht an der Voraussetzung „wichtige Vertragsumstände" sowie der *Beeinflussung* durch den Unternehmer durch „Irreführung" oder „Überrumplung" an. Die Überrumplungssituationen nach Art. 4 Abs. 3 Ziff. 1 und 2 Shôhisha keiyaku-hô entsprechen weitgehend den Überrumplungssituationen aus den in der deutschen und schweizerischen Rechtsordnung bekannten Haustürgeschäften. Abschliessend kann dies hier jedoch nicht beurteilt werden, da erstens japanische Entscheide zu diesen Überrumplungssituationen nach Art. 4 Shôhisha keiyaku-hô fehlen und sich zweitens in der deutschen Rechtsprechung eine Ausweitung der Überrumplungssituationen gemäss § 312 BGB abzeichnet.

Interessanter ist hier das vorausgesetzte japanische *Tatbestandsmerkmal der „Irreführung"*. Es beinhaltet die Mitteilung von objektiv falschen Tatsachen, das Stellen falscher Prognosen (wenn z.B. ein unsicherer Gewinn in Aussicht gestellt wurde) und das Verschweigen objektiv nachweisbarer „nachteiliger Mitteilungen". Eine subjektive Irreführungsabsicht entfällt im Grundsatz (im Gegensatz zur Täuschung nach Art. 96 Minpô), doch muss das Verschweigen von Nachteiligem zusätzlich nach Art. 4 Abs. 2 Shôhisha keiyaku-hô bewusst erfolgen. Die so verstandene Irreführung ist jedoch auf „wichtige Vertragsumstände" beschränkt, d.h. solche, die einen konkreten Einfluss auf den Vertragsschluss gehabt haben, wie die falsche Vorstellung über die Nationalität eines Sprachlehrers oder über den Hersteller einer Software.[60]

Doch lässt sich insgesamt schliessen, dass dieser Irreführungstatbestand aufgrund seiner Abstraktheit weiter gefasst ist, als es die Haustür- und

[60] § 8 lit. B. 2.e.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Fernabsatztatbestände nach deutschem und nach schweizerischem Recht sind: Das japanische Anfechtungsrecht erfasst daher u.a. Verbraucherverträge, die in einem Geschäft im direkten Kundenkontakt, auf dem Dorfplatz vor dem einzigen Geschäft, via Internet oder nur ausnahmsweise mit Fernkommunikationsmitteln geschlossen werden. Keine Rolle spielt es im Gegensatz zu den Haustürgeschäften nach schweizerischem oder deutschem Recht, von wem die Initiative zur Vertragsschlusssituation ausging, sofern bei Vertragsschluss eine Beeinflussung durch den Unternehmer stattfand.

Die im schweizerischen und im deutschen Recht oft gepriesene Vereinfachung der Vertragsauflösung mittels verbraucherschützenden Widerrufsrechten, die keinen Nachweis einer Willensstörung voraussetzen (die Schnelligkeit und Praktikabilität, die für Alltagskonsumgüter besonders angemessen erscheint), fällt gegenüber dem japanischen Anfechtungsrecht nach Art. 4 Shôhisha keiyaku-hô nicht besonders ins Gewicht, weil der Fokus nicht auf der Willensstörung des Verbrauchers, sondern auf der Beeinflussung durch den Unternehmer liegt. Die Irreführung des Verbrauchers wird unterstellt, wenn der japanische Verbraucher nachweisen kann, dass eine Tatsache, die ihm anlässlich des Vertragsschlusses mitgeteilt worden ist, objektiv falsch war.

Damit ist zusammenfassend ein verbraucherschützendes Vertragslösungsrecht, das unabhängig von der Technik und der Situation des Vertragschlusses ist, sondern den Fokus auf die allgemeinen Methoden des Vertragsschlusses eines Unternehmers legt, aus Verbrauchersicht grundsätzlich einem Widerrufsrecht (bzw. einer Cooling-off-Regelung) vorzuziehen.

An die Nachweispflicht der Beeinflussung wären aus Verbrauchersicht jedoch möglichst geringe Anforderungen zu stellen. Dass diese nach japanischem Recht relativ hoch sind, weil der Verbraucher die ihm mitgeteilte Tatsache, die einen wichtigen Vertragsumstand betrifft, als objektiv falsch nachweisen muss, ist damit erklärbar, dass der Motivirrtum gemäss Art. 95 Minpô nach japanischem Recht grundsätzlich nicht anerkannt wird und daher Art. 4 Shôhisha keiyaku-hô aus dieser Sicht als Fortschritt für den Verbraucherschutz angesehen wird. Die praktischen Auswirkungen im Detail sind jedoch gering (§ 8 lit. F).

Ein weiteres Argument, das für ein allgemeines Anfechtungsrecht spricht, *ist einmal mehr die Privatautonomie des Verbrauchers*. Wieso soll dieser Nachweis nicht dem Verbraucher obliegen? Vorausgesetzt, dass der Verbraucher fair informiert war, passt eine begründete Vertragslösung besser ins System unseres Geschäftsverkehrs (pacta sunt servanda, Vertrauensschutz) und unseres Lebensalltags. Wir kommen auch nicht unbegründet zu spät zu einer Verabredung, auch dann nicht, wenn es sich um ein „Blinddate" handelt. Der Gewinn des Verbrauchers läge darin, dass er das

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Vertragslösungsrecht auch in allen Verträgen ausüben könnte, die unter einen Negativkatalog wie denjenigen nach § 312b Abs. 3 Ziff. 5 BGB fallen würden. Er könnte beispielsweise sein wöchentliches Biogemüse-Abonnement auflösen, wenn er herausfindet, dass das Gemüse nicht biologisch angebaut sein kann, weil neben dem Biobauernhof eine Chemiefabrik steht. Lieferungsgeschäfte von Lebensmitteln und Getränken sowie von allen sonstigen Haushaltsgegenständen des täglichen Bedarfs sind jedoch (nach dt. Recht) vom Anwendungsbereich ausgeschlossen, da diese Geschäfte dem Verbraucher vertraut seien.

Der japanische Ansatz ist ein grundsätzlich anderer: Nicht irgendwelche Geschäfte, zu denen ein Verbraucher nach Ansicht des Gesetzgebers befähigt sein soll, sind ausgenommen, sondern der Verbraucher muss seine Irreführung nachweisen können.

6. Informationspflichten im Verbrauchervertrag

Dass Informationspflichten und Verbraucherschutz im Vertrag zusammengehören, wird in allen drei Rechtsordnungen anerkannt: Art. 3 Shôhisha keiyaku-hô, Art. 6 Tokutei shô torihiki-hô, § 312c BGB, §§ 1, 3 BGB-InfoV und Art. 40d OR (sowie nach Art. 40d VE-OR) statuieren gewisse Informationsgebote und Informationspflichten des Unternehmers bei Verbraucherverträgen.

In allen drei Rechtsordnungen sind in gewissem Masse diese Informationspflichten mit der Ausübung der verbraucherschützenden Vertragslösungsrechte verknüpft, indem die Widerrufs- bzw. die Cooling-off-Frist erst ab der gehörigen Information eines Verbrauchers über das Recht zu laufen beginnt. Keine der drei Rechtsordnungen sieht jedoch ein direktes und schlichtes verbraucherschützendes Vertragsauflösungsrecht für jeden Fall vor, in dem ein Unternehmer seinen Informationspflichten nicht nachkommt.

Rechtlich ist das allgemeine Informationsgebot des japanischen Verbrauchervertragsgesetzes aber noch nicht einmal als Pflicht konzipiert, so dass eine Verletzung von Art. 3 Shôhisha keiyaku-hô auch keine Schadenersatzpflicht des Unternehmers nach sich zieht.

Nach deutschem Recht besteht dagegen ein solcher Schadenersatzanspruch bei einer Informationspflichtverletzung nach § 312c BGB. Nach schweizerischem Recht war ein solcher Schadenersatzanspruch de lege ferenda für Informationspflichtverletzungen ebenfalls vorgesehen.[61] Alle drei Rechtsordnungen kennen eine Schadenersatzpflicht aus culpa in contrahendo, doch die setzt wiederum eine entsprechende Hinweispflicht des Unternehmers voraus.

[61] § 10 lit. B. 3. d. aa.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Im Grundsatz gehört es nach schweizerischem und nach japanischem Recht noch zu den Pflichten des Verbrauchers, Informationen zu sammeln. Anderes sieht das deutsche Recht für die Fernabsatz- und Haustürgeschäfte vor. Hier werden die Informationspflichten in § 1 BGB-InfoV Nr. 1-12 ausführlich vorgeschrieben, wobei § 312e Abs. 3 BGB zusätzliche Informationspflichten für den elektronischen Fernabsatzvertrag vorsieht, die wiederum in § 3 BGB-InfoV konkretisiert werden. Erwähnenswert sind die besonderen Informationspflichten zu den wesentlichen Merkmalen der Sache oder der Dienstleistung (§ 1 BGB-InfoV Nr. 4), die Informationspflichten zum Widerrufsrecht (Nr. 10) und zu den Kosten, die im Zusammenhang mit dem Vertragsschluss anfallen können (Nr. 8, 11-12).[62]

Nach der massiven Kritik an dem blossen Informationsgebot nach japanischem Verbrauchervertragsrecht sowie aufgrund der Tatsache, dass das Tokutei shô torihiki-hô die „verbotenen Handlungen" bereits geregelt hatte, ist erklärlich, warum der japanische Gesetzgeber möglichst schnell wenigstens diese Schutzlücke schliessen wollte und das Vertragslösungsrecht bei Zuwiderhandeln gegen die „verbotenen Handlungen" einführte. Damit sind auch im japanischen Recht Informationspflichten über die Art der Ware, die Eigenschaften, die Beschaffenheit und die Wirkungen, die Anzahl der Käufe sowie die benötigte Quantität und die weiteren Angaben zu Vertragsumständen (inklusive Vertragsmotive) für die besonderen Geschäftsformen nach Tokutei shô torihiki-hô erfasst (z.B. für die Haustürgeschäfte in Art. 6 Abs. 1 Ziff. 2-5).[63]

Im schweizerischen Recht sind ebenfalls punktuell Informationspflichten vorgesehen. In Art. 40d OR sind die wichtigsten verbraucherschützenden Informationspflichten zum Haustürgeschäft geregelt: zu den Parteien, dem Vertragsgegenstand und den Kosten i.w.S. (Abs. 1) sowie zum Widerrufsrecht (Abs. 2). Eine entsprechende Informationspflicht war nach Art. 40d VE-OR für die Haustür- und Fernabsatzgeschäfte gemeinsam vorgesehen. Das erscheint zwar übersichtlicher als der lange Informationskatalog nach § 1 BGB-InfoV, doch läuft die schweizerische Rechtsordnung Gefahr, einige verbraucherschützende Informationspflichten im Obligationenrecht „zu vergessen". Beispielsweise fehlt die wichtige *Informationspflicht zu den „wesentlichen Eigenschaften" des angebotenen Produkts oder der Dienstleistung*. Eine solche ist für das Produkt zwar in Art. 3 lit. b VE-UWG vorgesehen, doch hat diese Verletzung bloss lauterkeitsrechtliche Folgen. Zudem werden einige besondere Standards zum elektronischen Geschäftsverkehr in Art. 6a VE-UWG geregelt.

Diese Zweiteilung der verbraucherschützenden Informationspflichten in vertragsrechtliche und lauterkeitsrechtliche kann aus Verbrauchersicht

[62] § 9 lit. A. 4. b und d. cc.
[63] Handbuch zu den bes. Geschäftsformen, 556.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

nicht überzeugen, denn letztlich braucht dieser alle Informationen vor oder spätestens bei Vertragsschluss, um selbstbestimmt entscheiden zu können, ob er den Verbrauchervertrag eingehen will oder nicht.[64] Die jüngste Rechtsprechung des BGH zur Anerkennung der Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB bei einem lauterkeitsrechtlichen Verstoss gegenüber Verbrauchern[65] scheint diese Kritik hier von der Sache her aufzunehmen.

Weil jedoch in allen drei Rechtsordnungen kein allgemeiner direkter Vertragslösungsanspruch an eine Verletzung der Informationspflicht geknüpft ist, kann das „Informationsmodell im Verbrauchervertragsrecht" in allen drei Rechtsordnungen zusammenfassend noch nicht als verwirklicht betrachtet werden.

D. Verhältnis zwischen beachtlichem Motivirrtum und den verbraucherschützenden Vertragslösungsrechten

1. Ausgangslage

Ein Verbraucher möchte sich von einem ungewollten Verbrauchervertrag lösen. Aufgrund der Rechtsgeschichte stehen ihm hierfür in allen drei Rechtsordnungen von der Funktion her gesehen ähnliche, aber nicht gleiche Rechtsbehelfe zur Verfügung: einerseits moderne verbraucherschützende Vertragslösungsrechte, wobei letztere in der Schweiz zum Teil erst geplant sind, und andererseits das hier ausgewählte, klassische Vertragslösungsrecht des ausnahmsweise beachtlichen Motivirrtums. Es ist davon auszugehen, dass dem Verbraucher *in allen drei Rechtsordnungen beide Arten von Rechtsbehelfen nebeneinander für die Vertragslösung zur Verfügung stehen.*

Die Position eines Irrenden im Allgemeinen mag im Vergleich zu derjenigen eines irrenden Verbrauchers nicht notwendigerweise schutzbedürftig sein. (So wird beispielsweise davon ausgegangen, dass wichtige Motive bereits bei Vertragsschluss zur Bedingung gemacht werden könnten.) Hier wird aber bewusst die Verbraucherperspektive gewählt, so dass die Vertragslösung ausschliesslich aus dieser Sicht zu würdigen ist. Aus den beschriebenen Defiziten der einzelnen Motivirrtumsregelungen und den Ausweichstrategien, die das deutsche und das japanische Recht zur Anerkennung von Willensstörungen entwickelt haben, kann kein ernsthafter Zweifel an der sachlichen Notwendigkeit von besonderen verbraucher-

[64] § 10 lit. B.3. d. aa.

[65] § 5 lit. B. 2. Freilich wird damit wieder eine „Ausweichstrategie" gewählt, statt verbraucherschützendes Informationsmodell und Vertragslösungsrecht direkt zu verknüpfen und die Trennung von lauterkeits- und schuldrechtlichen Informationspflichten für den Verbraucher aufzugeben.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

schützenden Vertragslösungsrechten bestehen. Die Gesetzgeber versuch(t)en denn auch, dieser sachlichen Notwendigkeit in allen Rechtsordnungen durch neue Gesetzesbestimmungen einigermassen gerecht zu werden.

Zudem haben seriöse Unternehmer den Verbrauchern bereits vor diesen verbraucherschützenden Gesetzesregeln freiwillig Widerrufs- und Rückgaberechte angeboten. Wird genügend und offen informiert und sind die Preise fair, werden die Verbraucher auch im Zeitalter der grenzenlosen Konsumlust das verbraucherschützende Vertragslösungsrecht nicht beliebig und nicht „grundlos" ausüben.[66]

2. Aus Verbrauchersicht

Die praktischen Vorteile des verbraucherschützenden Anfechtungsrechts nach Art. 4 Shôhisha keiyaku-hô sind für die Verbraucherseite im Vergleich zur klassischen Irrtumsberufung (Art. 95 Minpô) im japanischen Recht relativ gering.[67] Der einzig denkbare, ausschliessliche Anwendungsbereich von Art. 4 Shôhisha keiyaku-hô im Vergleich zu Art. 95 Minpô liegt in der Irreführung durch „objektiv falsche Tatsachen", zu deren Motivation sich der Verbraucher nicht geäussert haben muss, sofern man der Lehre der getrennten Behandlung der Irrtumsarten folgt. Folgt man dagegen der Lehre der einheitlichen Behandlung der Irrtumsarten, so liegt der Unterschied zu Art. 4 Shôhisha keiyaku-hô darin, dass die Voraussetzung der Erkennbarkeit des Motivs fehlen darf. Ist das Motiv zum Vertragsinhalt geworden, so geht das allgemeine Leistungsstörungsrecht dem Anfechtungsrecht nach Art. 4 Shôhisha keiyaku-hô vor, wogegen die Berufung auf Irrtum weiterhin möglich bleibt. Handelt es sich nur um "subjektiv falsche Tatsachen" (z.B. ein Haus sei das schönste oder das vermeintlich höchste in der Umgebung), ist Art. 4 Shôhisha keiyaku-hô gar nicht anwendbar.

Zudem sind die Verjährungsfristen des Anfechtungsrechts nach Art. 7 Abs. 1 Shôhisha keiyaku-hô viel ungünstiger als die Berufungsmöglichkeit auf Irrtumsnichtigkeit, die unbeschränkt möglich ist. Mit dem neuen Gesetz zur elektronischen Willenserklärung kann sich überdies auch der selbst verschuldet Irrende im Verbrauchervertrag auf Art. 95 Minpô berufen, so dass damit dieser Vorteil des Anfechtungsrechts gegenüber der Irrtumsregelung dahinfällt. Damit haben sich die Erwartungen der Lehre, dass mit dem Shôhisha keiyaku-hô eine taugliche Ausweichmöglichkeit für die restriktive Irrtumsregelung entstehe[68], nicht erfüllt.

Der Nutzen, den der Verbraucher im Vergleich zu Art. 95 Minpô aus den voraussetzungslosen Cooling-off-Regelungen nach Tokutei shô torihiki-hô

[66] *Mankowski*, 270 m.w.H.; *Hotz*, 215 ff.
[67] *Yamamoto Yutaka*, Hôgaku Kyôshitsu Nr. 242 (2000) 95.
[68] *Kubota*, Jurisuto Nr. 1200 (2001) 80.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

(und allen anderen Cooling-off-Regelungen) bei Haustürgeschäften, bei Geschäften durch Telefonwerbung, bei „Kettengeschäften", bei Geschäften durch Anwerbung mit Dienstleistung und gewissen Dauerschuldverhältnissen ziehen kann, ist dagegen wohl etwas höher. Er kann immerhin auf einzelnen Gebieten seiner Vertragsschlusstätigkeit innert 8 oder 20 Tagen voraussetzungslos von diesen zurücktreten.

Es ist allerdings anzumerken, dass der Regelungsbereich dieses Gesetzes tatsächlich auf „besondere" Geschäftsformen beschränkt ist, ganz alltägliche Verbrauchergeschäfte des E-Commerce, des schriftlichen Geschäftsverkehrs, des Katalogverkaufs und der telefonischen Bestellung (die ohne entsprechende Beeinflussung zu Stande gekommen sind), d.h. Fernabsatzgeschäfte, sind nicht erfasst.

Aus den gleichen Gründen, aus denen sich das Widerrufsrecht im Fernabsatzgeschäft nach schweizerischem Recht noch nicht durchsetzen konnte, besteht nach japanischem Recht keine Cooling-off-Regelung im Fernabsatzgeschäft.[69] Das soll aber nicht heissen, dass Argumente, die in Ost und West gleichermassen vertreten werden, schlagkräftiger werden. Es handelt sich hier bloss um ein Beispiel von schlechter Theorienrezeption.[70] Der deutsche Verbraucher zieht aus den Widerrufsrechten nach §§ 312 ff. BGB einen höheren Nutzen. Die Widerrufsrechte für Fernabsatzgeschäfte (§ 312d BGB) umfassen auch den telefonischen und elektronischen Geschäftsverkehr sowie den Finanzdienstleistungsverkehr. Sie betreffen damit zentrale und stark verbreitete Alltagsgeschäfte, so dass dem Verbraucher auf wichtigen Gebieten ein moderneres Vertragslösungsrecht zusteht. In der deutschen Rechtsprechung lässt sich zudem eine verbraucherfreundliche, restriktive Auslegung des Ausnahmenkatalogs nach § 312d Abs. 3 BGB feststellen, so dass davon ausgegangen werden kann, dass das Widerrufsrecht bei Fernabsatzverträgen im Gegensatz zur Irrtumsanfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB der wichtigere Rechtsbehelf des Verbrauchers ist.

Der Grossteil der alltäglichen Verbraucherverträge wird allerdings noch immer unter körperlich Anwesenden im Geschäft, im Supermarkt und in Einkaufszentren geschlossen, wo keineswegs nur billige Alltagsprodukte verkauft werden. Daher kommen bei diesen Verbraucherverträgen von allem Anfang an, anders als im japanischen Recht, nur die Irrtumsanfechtung bzw. die anderen allgemeinen zivilrechtlichen Rechtsbehelfe in Frage.

Die Haustürgeschäfte dürften gegenüber den Fernabsatzgeschäften grundsätzlich weniger bedeutend sein, doch lassen sich immerhin die aggressiven Verkaufsmethoden erfassen, die nicht am Telefon und ausserhalb der Geschäftsräumlichkeiten des Unternehmers stattfinden.

---

[69] Handbuch zu den bes. Geschäftsformen, 123.

[70] Dazu, warum Fernabsatzgeschäfte nicht anders zu behandeln sind als Haustürgeschäfte, *Hertz*, 228 ff.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Der Nutzen, den die Verbraucher aus den entsprechenden (vorgesehenen) verbraucherschützenden Widerrufsrechten nach schweizerischem Recht hätten haben können, wäre im Vergleich weniger gross ausgefallen, weil der schweizerische Grundlagenirrtum bereits nach geltendem Recht den grösseren Anwendungsbereich bietet als der Eigenschaftsirrtum nach § 119 Abs. 2 BGB. Trotzdem ergeben sich auch nach schweizerischem Recht Vertragsschlusssituationen, in denen der Verbraucher ausschliesslich auf die verbraucherschützenden Widerrufsrechte nach Art. 40 a VE-OR angewiesen wäre, nämlich dann, wenn er keinem eigentlichen „Motivirrtum" unterlegen ist: Wenn er bei Vertragsschluss nicht „Nein" sagen konnte, wenn er sich übernahm oder wenn er die Ware bzw. die Dienstleistung schlicht nicht wünschte bzw. nicht mehr haben wollte.

Aus Verbrauchersicht ist eine abschliessende theoretische Bewertung, welcher dieser modernen verbraucherschützenden Rechtsbehelfe der bessere ist, nicht einfach[71], denn sowohl das japanische Anfechtungsrecht aufgrund von Willensstörungen als auch die ohne Begründung voraussetzungslos geltend zu machenden Cooling-off-Regelungen bzw. Widerrufsrechte haben ihre dargelegten Nachteile. Versucht man daher aufgrund der Überlegungen zu urteilen, die hinter diesen Vertragslösungsrechten stehen, ergibt sich das Folgende:

Der primäre Gedanke, der hinter den Cooling-off-Regelungen steht, ist die Wahrung der Entscheidungsfreiheit, die Wiederherstellung der materialen Privatautonomie. Erst wenn feststeht, dass bei Vertragsschluss ein selbstbestimmter Wille des Verbrauchers abgegeben wurde, kann geprüft werden, ob der Wille in der Erklärung angemessen zum Ausdruck gekommen ist. Gemessen an einem so hohen Zweck, erscheint es erstens fraglich, dieses Vertragslösungsrecht von derart kurzbemessenen Fristen (von 7 bis 20 Tagen) abhängig zu machen, zweitens ist ein solcher Verbraucherschutz, der auf gewisse Vertriebsformen oder Kundenbeeinflussungsformen beschränkt ist, eklektisch, und drittens hat Verbraucherschutz nicht nur mit situativen oder technischen Aspekten zu tun, die bei Legiferierung bereits dem Wandel der Zeit unterliegen (so erwarten uns mit der Quantenkryptographie bereits neue technische Anforderungen an Verträge).

Falls die anfängliche freie Selbstbestimmung des Verbrauchers fehlte, soll er zumindest selbstbestimmt entscheiden können, ob er am Vertrag festhalten will oder nicht.[72]

Einzig, ob und warum diese anfängliche Selbstbestimmung des Verbrauchers beeinträchtigt war, ist daher massgebend. Das moderne japani-

[71] Sie sind letztlich auch nicht ausreichend, vielmehr müssten auch die praktisch-sozialen Möglichkeiten der Durchsetzbarkeit untersucht werden, um ein abschliessendes Urteil fällen zu können.

[72] *Mankowski*, 379 m.w.H.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

sche Anfechtungsrecht des Shôhisha keiyaku-hô setzt daher zu Recht bei einem auf alle Verbraucherverträge anwendbaren Vertrags-lösungsrecht aufgrund von Willensstörungen an. Daran, dass die praktische Relevanz dieses Vertragslösungsrechts im Resultat jedoch gering ist, ändert sich nichts.

Stehen die Irrtumsregelungen primär für eine fehlerfreie Willensbildung bzw. -äusserung, so steht das japanische Anfechtungsrecht bei Willensstörungen für mehr als nur die fehlerfreie Willensbildung. Es steht auch für die sonst irgendwie beeinträchtigte, für die beeinflusste Willensbildung und ist damit vom Gedanken, der dahinter steht, das geeignetere verbraucherschützende Vertragslösungsrecht als die Irrtumsregelungen. Faktisch ist sein Nutzen für die Verbraucher jedoch allzu gering, und eine grosszügige Irrtumsregelung, wie sie die schweizerische Grundlagenirrtumsregelung von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR darstellt, steht ihr in kaum etwas nach.

Damit ergibt sich, dass ein allgemeines Anfechtungsrecht bei Willensstörungen, das auf alle Verbraucherverhältnisse anwendbar und zeitlich nicht zu kapp bemessen ist, dem grundlegenden Gedanken des Verbraucherschutzes i.S. der Wiederherstellung der materialen Vertragsfreiheit besser gerecht wird; freilich nur in Kombination mit einer zwingenden Informationspflicht der Unternehmer den Verbrauchern gegenüber.

3. Irrtumsrecht und Informationsmodell des Verbraucherschutzes

Dogmatisch interessant beim Vergleich verbraucherschützender Vertragslösungsrechte mit der Irrtumsregelung ist, dass sich in allen drei Rechtsordnungen ein Bezug zu den verbraucherschützenden Informationspflichten herstellen lässt. Fehlen wie im japanischen und im schweizerischen Recht weitergehende gesetzlich geregelte Informationspflichten des Unternehmers im Verbrauchervertrag, so können solche aus dem allgemeinen Irrtumsrecht abgeleitet werden.

Nach japanischem Recht kann aus dem stipulierten Verbraucher-Unternehmerverhältnis (Art. 2 Shôhisha keiyaku-hô) und dem grundlegenden Gesetzeszweck des Verbrauchervertrags (das Informationsgefälle auszugleichen, Art. 1 Shôhisha keiyaku-hô) abgeleitet werden, dass der Unternehmer grundsätzlich das Informationsrisiko tragen soll. Betrachtet man die erwähnten Situationen, in denen der Motivirrtum ausnahmsweise beachtet wird, so lässt sich genauer beschreiben, wann sich dieses Informationsrisiko materialisiert bzw. wann den Unternehmer im Verbrauchervertrag aufgrund seiner *Stellung, seiner Situation oder seines Fachwissens* (über die Ware, das Recht oder die Dienstleistung, die er an den Verbraucher bringt) eine Informationspflicht trifft, weil es für ihn *(ex ante)* erkennbar ist *oder erkennbar sein könnte, dass sich ein Verbraucher irrt:*

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Im Zusammenhang mit Sicherungsverträgen: Umfang des Bürgschaftsvertrags oder der Wert des Pfandgegenstands oder die Natur des der Hauptschuld zu Grunde liegenden Vertrags
- Beschaffenheit oder Umfang (z.B. eines Grundstücks bei einem Grundstückkaufvertrag),
- Eigenschaft eines Kaufgegenstands,
- Beteiligte Vertragspartei,
- Preis, weitere Kosten.

Aus diesem speziellen Rollenverhältnis bei Vertragsschluss, das in allen drei Rechtsordnungen mindestens fallweise material anerkannt wird (Art. 40a ff. OR, in §§ 13 BGB kodifiziert) kann eine Aufklärungspflicht des Unternehmers dem Verbraucher gegenüber über allgemein interessierende Vertragspunkte betreffend die Ware, wie etwa ihre Eigenschaften, ihre Herkunft, ihre Qualität, ihren Preis, ihre Wirkungen oder Lebensdauer und die Erfüllungs- insb. die Zahlungsmodalitäten abgeleitet werden, denn als Unternehmer ist ihm konkret erkennbar oder es kann ihm aus Erfahrung erkennbar sein, dass diese Punkte für den Verbraucher bei Vertragsschluss bedeutend sind, um sich für oder gegen den Vertrag entscheiden zu können.

Nichts anderes ergibt sich, wenn auf das Prinzip der „zu Grunde liegenden Vereinbarung" im Sinne von Morita als einem typisierten entgeltlichen Verbrauchervertrag oder auf die für das schweizerische und deutsche Irrtumsrecht massgebenden Kriterien „*Verkehrswesentlichkeit*" der Eigenschaft oder „*objektive Wesentlichkeit*" abgestellt wird, denn es ist jedem Unternehmer wie jedem anderen Dritten im Geschäftsverkehr erkennbar, welche „Eigenschaften" der Sache oder welche Vertragspunkte den Verbraucher normalerweise interessieren dürften: Eigenschaften, Herkunft, Qualität, Preis, Wirkungen oder Lebensdauer und Erfüllungs- , insbesondere Zahlungsmodalitäten.

In eine ganz ähnliche Richtung tendiert die europäische Vertragsentwurfsregelung zum Irrtumsrecht nach PECL selbst:[73] In den PECL wird nach Situationen gesucht, in denen auf den Vertrauensschutz verzichtet werden könnte. Man kam zum Resultat, dass nach Art. 4: 103 (1) (a) (i) PECL ein Grund zur Vertragsanfechtung bestehe, wenn der Irrtum durch falsche Information der Gegenseite verursacht wurde und nach (ii), wenn der Irrtum dadurch entstanden war, dass die informierende Person es unterlassen hat zu informieren, *sofern es gegen das Gebot von Treu und Glauben verstösst, nicht zu informieren*. Es spielt dabei keine Rolle, ob der Irrende das merkt oder nicht. Handelt die falsch oder mangelhaft informierende Partei vor-

[73] Zum Ganzen *Grigoleit*, PECL/UP, 208 ff., 210.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

sätzlich, so liegt ein Fall von Täuschung vor (Art. 4:107 PECL). In allen anderen Fällen handelt es sich um Irrtumsfälle.

Wenn es sich also beispielsweise um einen Vertrag handelt, der nicht spekulativ oder riskant ist, und eine Partei von der anderen Hilfestellung erwarten darf, weil die andere Partei mehr Informationen hat (die sie einfach erhalten hat oder sowieso bereits besitzt), so liegt nach Art. 4: 103 (a) (ii) ein Fall von Aufklärungspflicht vor. Ein Käufer eines Hauses darf sich darauf verlassen, dass der Verkäufer ihm mitteilt, dass der Holzboden in der Diele verfault ist.[74] – Warum? Der Grund dafür ist, dass es dem Verkäufer aufgrund der typisierten Situation, die im Verbrauchervertrag regelmässig vorliegt, aufgrund seines Sach- oder Fachwissens grundsätzlich erkennbar ist, dass dieser Umstand für den Käufer wichtig ist.

Es fragt sich abschliessend noch, ob in den Fällen, in denen gar kein Motivirrtum vorliegt, der Verbraucher nicht „Nein" sagen konnte oder einfach lieber einen anderen Vertrag schliessen wollte und in denen daher nur die Widerrufsrechte bzw. die Cooling-off-Rechte geltend gemacht werden können, diese bei einer zwingenden realisierten Informationspflicht des Unternehmers überhaupt noch geregelt werden müssten. – Diese Frage ist jedoch zu bejahen, weil mit *einer Erfüllung der Informationspflicht alleine den Interessen der Verbraucher auch nicht in jedem Fall Genüge getan wird*, weil die Art zu informieren von Fall zu Fall variiert und weil für keine Information eine Garantie besteht, dass der Verbraucher sie auch tatsächlich verstanden hat. Es trifft den Unternehmer also eine Informationspflicht, bei deren Verletzung der Vertrag wegen Irrtums in einem wesentlichen Punkt aufgelöst werden kann. Mit anderen Worten: Der Unternehmer trägt das Informationsrisiko.

4. Materialisierung des Irrtumsrechts durch den Verbraucherschutz

Umgekehrt lässt sich ableiten, dass durch den Verbrauchschutz im Vertragsrecht die Irrtumsregelungen materialisiert werden.

Aus dem Nebeneinander von Minpô und Shôhisha keiyaku-hô[75] und dem statuierten grundlegenden Verbraucherschutzgedanken der „Wiederherstellung der Vertragsparität" lässt sich ableiten, dass im Verbraucherverhältnis Art. 95 Minpô verbraucherkonform ausgelegt und angewendet werden muss. Daraus ergibt sich, dass die geltende strenge Rechtsprechung

[74] V. *Bar Christian/Zimmermann Reinhard*, Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, Teile I und II, 2002, München, Art. 4:103, Beispiel 3, 268. Der Verkäufer seinerseits hatte keinen Vorsatz, weil er annahm, dass der Käufer eine Begutachtung habe vornehmen lassen.

[75] *Shiomi*, Hôgaku Seminâ Nr. 549 (2000) 10.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

zur japanischen Irrtumsregelung[76] im oben erwähnten Sinne (Ziff. 3) gemildert und als solche materialisiert werden könnte.

Ein erstes, konkretes Beispiel für einen solchen modernisierenden Einfluss auf Art. 95 Minpô wurde *mit Art. 3 des Gesetzes betreffend die* elektronischen Willenserklärungen bei Verbraucherverträgen bzw. allen elektronischen Anträgen vom 27.3.2001 (vgl. Anhang IX) bereits legiferiert: Für den elektronischen Verbrauchervertrag wurde der Ausschluss der Berufung auf die Irrtumsnichtigkeit nach Art. 95 Minpô bei grob fahrlässiger Verursachung des Irrtums durch den Verbraucher gegenüber einem Unternehmer aufgehoben. Damit wurde die klassische japanische Irrtumsregelung im elektronischen Verbraucherverhältnis zu Gunsten des Verbrauchers gesetzlich erweitert.

Keine ausdrückliche, aber eine inhaltliche Verknüpfung von Verbraucherschutzbestimmungen und Irrtumsregelung ergibt sich auch für das deutsche und das schweizerische Privatrecht. Fehlen die gesetzlich statuierten verbraucherschützenden Informationen, so werden für den Verbraucher umgekehrt Anreize geschaffen, dass er einen Vertrag eingeht, den er gar nicht eingehen will. Damit bieten die verbraucherschützenden Informationspflichten aus der BGB-InfoV und aus den vorgesehenen Art. 40d VE-OR sowie Art. 3 und 6a VE-UWG konkrete Anhaltspunkte dafür, *wann ein wesentlicher Eigenschaftsirrtum nach § 119 Abs. 2 BGB oder ein wesentlicher Grundlagenirrtum nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR entstehen kann:* Wurde etwa beim Kauf eines Notebooks im Fernabsatzgeschäft nicht über die wesentlichen Merkmale der Sache oder der Dienstleistung gemäss § 1 BGB-InfoV Nr. 4 informiert, so liegt ein ausnahmsweise beachtlicher Eigenschaftsirrtum nach § 119 Abs. 2 BGB auf der Hand. Wurde nicht richtig über die Kosten (§ 1 BGB-InfoV Nr. 8, 11-12) oder das Widerrufsrecht (§ 1 BGB-InfoV Nr. 10) informiert, sind das tatsächliche Umstände des Vertragsschlusses, die gemäss Verkehrsanschauung einen konkreten Bezug zur Sachlage im Sinne von § 119 Abs. 2 BGB haben.[77]

---

[76] *Kawakami*, Sonderband NBL Nr. 54 (1999) 30 ff.; *Yamamoto*, FS Rehbinder, 833; *Yamamoto Yutaka*, Hôgaku Kyôshitsu Nr. 234 (2000) 62 in Bezug auf die mögliche Erweiterung des Vertrauensprinzips nach Art. 1 Abs. 2 Minpô.

[77] § 5 lit. A. 4. d.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Aus diesen Gründen fragt sich abschliessend, ob sich der Gesetzgeber nicht in allen drei Ländern hätte überlegen können,[78] ob ein verbraucherspezifisch fortgebildetes Irrtumsrecht den Anforderungen des modernen Verbraucherschutzes nicht auch genügen könnte.[79]

[78] *Wiegand D.*, 142 ff.

[79] Wie bereits erwähnt, ist das österreichische Recht bereits 1979 diesen Weg gegangen: § 871 Abs. 2 ABGB besagt, dass ein Irrtum im Verbrauchervertrag, der durch Verletzung der gesetzlichen Aufklärungspflicht entstanden ist, grundsätzlich als relevanter Geschäftsirrtum zu behandeln ist.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

§ 13 Resultierender Vorschlag

A. Schlussfolgerung

Es kann und soll damit zusammenfassend künftig ein bewusster Wissenstransfer von klassischem Irrtumsrecht in die moderne Verbrauchervertragslehre und umgekehrt vom Informationsmodell des Verbraucherschutzes ins Irrtumsrecht stattfinden:

Bestand eine verbraucherschützende Informationspflicht, die vom Unternehmer verletzt wurde, so liegt auch ein ausnahmsweise beachtlicher Motivirrtum des Verbrauchers vor. Besteht umgekehrt Grund für die Annahme eines Motivirrtums, so kann mit gewisser Wahrscheinlichkeit davon ausgegangen werden, dass die Informationspflicht verletzt wurde.

Bis sich die heute noch bestehenden, aufgezeigten Schutzlücken im Verbraucherschutz geschlossen haben werden, ist mit dem grundlegend geregelten Verbraucherschutzgedanken „der Wiederherstellung der Vertragsparität" (wie er z.B. von Art. 1 Shôhisha keiyaku-hô erfasst ist) eine verbraucherfreundliche Auslegung der Irrtumsregelung im Sinne des Gesetzes und aus Sicht des Verbrauchers angebracht. Die japanische Irrtumsregelung bietet von ihrem Wortlaut her grossen Spielraum. Ausserdem hat der japanische Gesetzgeber mit der Erweiterung der Irrtumsregelung (Art. 95 Minpô) im Falle von elektronischen Verbraucherverträgen bereits den Weg der Materialisierung beschritten. Er müsste den eingeschlagenen Weg nur weitergehen.

Einen so grossen Spielraum bietet die deutsche Regelung nach § 119 Abs. 2 BGB zwar nicht, doch bleibt die Frage, warum es einfacher war, eine bewährte Rechtsfigur ausser Acht zu lassen und neue unter den Namen „Wegfall der Geschäftsgrundlage" oder der „culpa in contrahendo" zu schaffen. Ausserdem beruht das Vertragslösungsrecht gestützt auf c.i.c. vorerst auch „nur" auf Rechtsprechung und Lehre – und setzt einen Schadensnachweis voraus. Gleichwohl sind diese beiden allgemeinen Rechtsinstitute und die behandelten verbraucherschützenden Widerrufsrechte seit der Schuldrechtsmodernisierung im BGB kodifiziert worden, womit das dogmatisch gut konstruierte System BGB erheblich erweitert wurde. Der Druck darauf, dass die deutsche Irrtumslehre verbraucherfreundlich ausge-

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

legt und allenfalls erweitert wird, erscheint damit weniger gross als im japanischen Recht.

Der schweizerische Grundlagenirrtum nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR kann und *muss* dagegen beweglich angewendet werden, denn es gibt derzeit praktisch keine besonderen verbraucherschützenden Vertragslösungsrechte.

B. Allgemeines verbraucherschützendes Vertragslösungsrecht

Vor diesem Ergebnis soll hier daher als rechtsvergleichender Denkanstoss ein Überdenken, Wiederentdecken und eine Diskussion um das erstarrte Dogma der Unbeachtlichkeit des Motivirrtums im Zusammenhang mit dem Verbrauchervertrag angeregt werden. Eine Materialisierung der Irrtumsregelung als ein allgemeines verbraucherschützendes Vertragslösungsrecht, das bereits seit über hundert Jahren an prominenter Stelle in allen Rechtsordnungen geregelt und entsprechend vertraut ist, wäre, wie die japanischen Gesetzgeber im Ansatz bereits gezeigt haben, ein gangbarer und sinnvoller Weg des Verbraucherschutzes im Vertragsrecht.

Um den beschriebenen Sachproblemen allerdings vollständig gerecht zu werden und alle Motivationen für die Wahl eines verbraucherschützenden Widerrufsrechts oder Cooling-off-Rechts zu erfassen, um also auch die wenigen Fälle mit dem Motivirrtum regeln zu können, in denen sich der Verbraucher „nicht irrt", also sich keine falschen oder ungenügenden, sondern gar keine Vorstellungen über den Vertragsinhalt gemacht hat, muss bei einer Erweiterung der Irrtumsregelung der Begriff „Willensstörung" oder „irrtumsähnliche Willensbeeinträchtigung" aufgenommen werden: *Eine „Willensstörung" bei Vertragsschluss liegt vor, wenn der Verbraucher keinen Willen oder einen fehlerhaften oder einen beeinträchtigen hatte – eine Tendenz, die ohnehin* den modernen europäischen Irrtumsregelungen entspricht[1] und die zumindest für das japanische, wie auch für das deutsche Recht, die bis heute den Motivirrtum nicht ausdrücklich geregelt haben, zwanglos denkbar ist. Letztlich entspricht dies dem Ansatz des verbraucherschützenden Anfechtungsrechts nach Art. 4 Shôhisha keiyaku-hô.

Die behandelten modernen verbraucherschützenden Vertraglösungsrechte könnten dann alle aufgegeben werden, wobei entsprechend den Voraussetzungen der verbraucherschützenden Widerrufsrechte und des japanischen Anfechtungsrechts nach Shôhisha keiyaku-hô einige Irreführungs- und

[1] *Wolf*, 88, 97 ff.; im deutschen wie im schweizerischen Recht könnte auch vom gebräuchlichen Begriff des „Willensmangels" ausgegangen werden, da dieser Begriff jedoch im japanischen Recht so nicht existiert, wird hier der Begriff der Willensstörung vorgezogen.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Überrumplungstatbestände beispielhaft aufgezählt werden könnten; über einen Negativkatalog, wie denjenigen nach § 312d Abs. 3 BGB, liesse sich dann allenfalls diskutieren.

Den Fristen der behandelten verbraucherschützenden Vertragslösungsrechte entsprechend, müsste die Frist zur Berufung auf Irrtum im Verbrauchervertrag an die so verstandene Willensstörung im Verbraucherverhältnis angepasst, also herabgesetzt werden.

Auf sämtliche Informationspflichten, denen der Unternehmer dem Verbraucher gegenüber vor Vertragsschluss nachkommen muss, kann aus Verbrauchersicht dagegen nicht verzichtet werden. Hier scheint deshalb die Regelung einer *allgemeinen Informationspflicht des Unternehmers im Verbrauchervertrag* statt eines blossen Gebots, wie im japanischen Verbrauchervertragsrecht (Art. 3 Shôhisha keiyaku-hô), angemessen. Jede Verletzung einer solchen Informationspflicht [2] begründet dabei das Recht zur Vertragsauflösung, wie dies in der deutschen Rechtsprechung zur culpa in contrahendo anerkannt ist, und nicht bloss einen Schadenersatzanspruch, wie dies mit der stornierten OR-Revision noch vorgesehen war.

Diese allgemeine Informationspflicht wäre zudem von *einem exemplarischen Katalog von Informationspflichten*, statt von zwei verschiedenen wie im deutschen Recht (§ 1 und § 3 BGB-InfoV), zu begleiten.

Der Katalog müsste gewisse minimale Informationen, wie Identität und genaue Anschrift des Unternehmers und seiner Vertreter, das Wesentliche über die Sache oder die Dienstleistung enthalten – wobei dieses wie im deutschen Recht über die „essentialia" oder die „wesentlichen Eigenschaften" hinausgeht – sowie Auskunft geben über sämtliche finanziellen Verpflichtungen, die mit dem Vertragsschluss auf den Verbraucher zukommen, und schliesslich eine Hinweispflicht auf das Vertragslösungsrecht beinhalten. Im Übrigen wäre ein solcher Katalog jedoch bloss exemplarisch zu konzipieren und in einem Gesetzesanhang zum allgemeinen Zivilrecht oder einer Verordnung aufzunehmen, wie das in der deutschen BGB-InfoV der Fall ist. Dies wäre eine schlanke, übersichtliche und verbraucherfreundliche Lösung für ein verbraucherschützendes Vertragslösungsrecht; die Aufnahme eines Katalogs in die Zivilrechtskodifikation würde diese unnötig aufblähen.

Eine Regelung der zentralen Informationspflichten in einem Sondergesetz, wie dem UWG, wie es der schweizerische Gesetzgeber in der OR-Revision vorgesehen hatte, würde den Verbraucher nur unnötig verwirren

[2] Informationspflichten können zunächst unabhängig von den Rechtsfolgen einheitlich formuliert werden. Ob eine Verletzung unabhängig von einem Verschulden sanktioniert werden soll, ist dann die nächste Frage. Art. 4:103 Abs.1 (a) (iii) PECL, *Grigoleit*, PECL/UP, 210.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

(dafür aber viel Arbeit für Juristen schaffen).[3] Allerdings könnte über eine Regelung der massgeblichen verbraucherschützenden Informationspflichten in dem bereits bestehenden Bundesgesetz mit dem viel versprechenden Namen „über die Information der Konsumentinnen und Konsumenten" (Konsumenteninformationsgesetz vom 5.10.1990, KIG) statt in einem neuen Anhang zum OR diskutiert werden.[4] Im schweizerischen Recht wäre ausserdem eine einheitliche Definition des Verbraucherverhältnisses an prominenter Stelle von Vorteil; sie ist aber keineswegs zwingend.[5]

Die geltenden Irrtumsregelungen könnten daher einfach und minimal wie folgt ergänzt werden (ohne auf allenfalls abweichende Berufungsfristen einzugehen):
Der japanischen Tradition der Verbraucherschutzgesetzgebung folgend, wäre die Erweiterung der Irrtumsberufung im Verbrauchervertrag nach Art. 95 Minpō in einem Sondergesetz der Privatrechtsordnung, beispielsweise im Verbrauchervertragsgesetz, wie folgt zu regeln:

„Der Verbraucher kann sich bei allen Willensstörungen, die in die Risikosphäre des Unternehmers fallen, auf Irrtum berufen. Die Risikosphäre liegt namentlich beim Unternehmer, wenn er eine Informationspflicht verletzt oder sonst wie auf den Vertragsschluss hingewirkt hat oder die Willensstörung des Verbrauchers erkennen konnte."

„§ 119 Abs. 3 BGB:

Im Verbraucherverhältnis gilt jede Willensstörung bei Vertragsschluss, die in die Risikosphäre des Unternehmers fällt, als Irrtum. Die Risikosphäre liegt namentlich beim Unternehmer, wenn er eine Informationspflicht verletzt oder sonst wie auf den Willen des Verbrauchers hingewirkt hat oder die Willensstörung des Verbrauchers erkennen konnte."

„Art. 24 OR: Der Irrtum ist namentlich in folgenden Fällen ein wesentlicher:

...Art. 24 Abs. 1 Ziff. 5 OR: wenn der Verbraucher einer Willensstörung unterliegt, die in die Risikosphäre des Unternehmers fällt; die Risikosphäre liegt namentlich beim Unternehmer, wenn er eine Informationspflicht verletzt oder sonst wie auf den Willen des Verbrauchers hingewirkt hat oder die Willensstörung des Verbrauchers erkennen konnte."

---

[3] Z.B. das vorgesehene Vertragslösungsrecht für alle Versicherungsnehmer (Art. 3, 3a VVG).

[4] Da ein solches Gesetz bereits besteht, wäre es pragmatisch, dieses entsprechend auszubauen bzw. eine echte Informationspflicht einzuführen, wie es auch der Revisionsentwurf zum KIG vorgesehen hatte, BgIB/VE-KIG, *Picchonnaz*.

Der geltende Art. 2 Abs. 1 KIG lautet noch unverbindlich: „Liegt es im Interesse der Konsumenten, so sind in vergleichbarer Form zu deklarieren: a) die wesentlichen Eigenschaften der zum Kauf oder Gebrauch angebotenen Waren, b) der wesentliche Inhalt der vom Bundesrat bezeichneten Dienstleistungen.

[5] BgIB/VE-KIG, *Picchonnaz*, 9.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

C. Begründung

Dieser Vorschlag lässt sich auch allgemein damit begründen, dass heute von einem grossen Teil der Zivilrechtslehre – auch in der Schweiz – anerkannt ist, dass der formal freie und damit formal gerechte Zugang zu einem Verbrauchervertrag und die Freiheit, einen Vertrag zu schliessen, nicht ausreichen, um eine materiale Vertragsfreiheit zu begründen. Voraussetzung für eine echte oder freie Selbstbestimmung des Verbrauchers ist damit zwingend die Informiertheit.[6] Der so verstandenen materialen Vertragsfreiheit steht der fundamentale Grundsatz von „pacta sunt servanda"[7] auch nur scheinbar gegenüber[8], denn zwar ist dieser zugegebenermassen untrennbar mit der Privatautonomie der Vertragsparteien verbunden, indem die Verträge nur dann überhaupt dem Parteiwillen gerecht werden können, wenn sie grundsätzlich verbindlich sind,[9] aber er bezieht seine Legitimation eben auch aus der persönlichen tatsächlichen Willensfreiheit. Ein nicht absolut selbstbestimmt geäusserter Wille vermag daher nur die „Vermutung der Richtigkeit", aber nie eine „Richtigkeitsgewähr" zu bieten.[10] Erst wenn feststeht, dass bei Vertragsschluss ein selbstbestimmter Wille des Verbrauchers erklärt wurde, kann geprüft werden, ob der Wille in der Erklärung angemessen zum Ausdruck gekommen ist. Erst wenn der wirkliche Wille nicht richtig erkannt wurde oder nicht richtig erkannt werden konnte, scheint es angemessen, die Erklärung so gelten zu lassen, wie sie objektiv verstanden werden durfte und damit dem Prinzip des Vertrauensschutzes nachzukommen.[11]

Eine „Prinzipienoptimierung"[12] zwischen Selbstbestimmung einerseits und Vertrauensschutz und Verkehrssicherheit andererseits sorgfältig, anhand gesetzlich geregelten Risikoallokationen vorzunehmen, die auf das Verbraucherverhältnis zugeschnitten sind, ist meiner Meinung nach bereits ein Schritt zur Vertragsgerechtigkeit.

Die konkreten Vorteile einer solchen Lösung wären vielseitig: Die Gesetzesflut könnte eingedämmt und die zunehmenden Koordinationsschwierigkeiten zwischen den besonderen verbraucherschützenden Vertragslösungsrechten und den Informationspflichten aus unterschiedlichen Sondergeset-

---

[6] Sogar von *Bydlinski* als einem der Kritiker von besonderen Verbraucherschutzregeln anerkannt, AcP 204 (2004) 361 ff., 364.

[7] *Bydlinski, Franz*, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäfts, Wien 1967, 109.

[8] BSK-*Gonzenbach*, Vorbem. zu Art. 40a-40f N 2.

[9] *Canaris*, AcP 200 (2000) 273 ff., 278 f.

[10] *Reiner*, AcP 203 (2003) 15.

[11] *Belser*, 274.

[12] „Prinzipienoptimierung" als allgemeines Rechtsgebot, Bydlinski, AcP 204 (2004) 330 ff., 339.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

zen könnten vermindert werden; die ungeklärten Wertungswidersprüche[13] und Relationen von klassischen und modernen Vertragslösungsrechten wären bereinigt.

Denkbaren Kritiken wie mangelnder Verkehrssicherheit für Unternehmer und daraus resultierender Kostenabwälzung auf die Verbraucher wäre das Folgende entgegenzuhalten:
Solche Mehrkosten, die auf die einzelnen Verbraucher verteilt werden, haben minimste Auswirkungen für den einzelnen. Es käme mithin zu einer Risikoverteilung auf eine grosse Gruppe von Personen, statt dass ein einzelner Verbraucher im Einzelfall massiv zur Kasse gebeten würde. Ist zudem erst einmal die Routine eingetreten und informieren die Unternehmer künftig alle zuvorkommend, so wird auch ihr Aufwand geringer (z.B. Prospekte sind bereits gedruckt) und die Produkte und Dienstleistungen könnten wieder billiger werden. Die Verkehrssicherheit für die Unternehmer wäre auch gewahrt, denn ein informierter Verbraucher löst keinen fairen Verbrauchervertrag beliebig auf.[14] Streitereien und Prozesse über Verbraucheranliegen würden damit abnehmen, was volkswirtschaftlich sinnvoll ist.

[13] Z.B. zwischen der Unabdingbarkeit der verbraucherschützenden Widerrufsrechte und der Abdingbarkeit der Irrtumsanfechtung nach dt. Recht, Wiegand D., 142 ff.
[14] *Hotz*, 227 ff.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Anhänge zur Arbeit

I: Dt. Übersetzung der Irrtumsregelungen des Kyû Minpô 1890 (Wagatsuma, Kyû Hôreishû, 130 ff.)

II: Auszüge aus der Irrtumsregelung des 1. Entwurfes zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich von 1888, unter dem Titel „Willensmängel" (abgedruckt bei Mugdan, LXXXIIIf.):

III: Irrtumsregelung aus dem Dresdner Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse von 1866, in: Neudrucke Zivilrechtlicher Kodifikationen und Entwürfe des 19. Jahrhunderts Band 2, Francke Bernhard (Hrsg.), Aalen 1973).

IV: Dt. Übersetzung der vorübergehend diskutierten japanischen Irrtumsregelung aArt. 93 Minpô (Stenographischen Protokoll vom 2. März 1894 des Ausschusses der Untersuchungskommission zur Kodifikation).

V. Die Irrtumsregelung des alten Obligationenrechtes von 1881, in: Fasel Urs (Hrsg.), Handels- und obligationenrechtliche Materialien, Bern 2000.

VI: Auszüge aus der Irrtumsregelung des 2. Entwurfs zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich von 1891, unter dem Titel „Willensmängel" (abgedruckt bei Mugdan, LXXXII ff.).

VII: Dt. Übersetzung von Auszügen aus dem Shôhisha keiyaku-hô, japanisches Verbrauchervertragsgesetz, Gesetz Nr. 61/2000, in Kraft seit 1.4.2001, von Dernauer Marc, ZJapanR Nr. 11 (2001), 249 ff.; auf die dortige Übersetzung ist im Übrigen zu verweisen.

VIII: Dt. Übersetzung von Auszügen aus dem Tokutei shô torihiki-hô, japanisches Gesetz über besondere Geschäftsformen vom 4.6.1976, Gesetz Nr. 57/1976 (als Gesetz über die Haustürgeschäfte), in der Fassung von Gesetz Nr. 44/2004; teilweise wird die Übersetzung von Vogt Jutta, Stand: Gesetz Nr. 28/2002, wiedergegeben und ansonsten auf diese verwiesen, in: Kühlkamp Eva, dort Anhang II.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

IX: Dt. Übersetzung von Auszügen aus dem Gesetz, das Sonderregeln zum Minpô regelt, die in Bezug zum elektronischen Verbrauchervertrag bzw. zu elektronischen Zugängen von Anträgen stehen, Gesetz Nr. 95/2000, in Kraft seit dem 29.6.2001.

Weitere Hinweise auf japanische Gesetze in deutscher Sprache in vorliegendem Zusammenhang:
- Das japanische Rahmengesetz zum Verbraucherschutz vom 30. 5. 1968, 1968/Nr. 78, übersetzt von MÜNZEL, ist bei VON HIPPEL, 291 ff. abgedruckt. Die im Jahre 2004 revidierten Zweckbestimmungen sind bei NAKATA, ZjapanR 19 (2005) 221 ff. abgedruckt.
- Das japanische Abzahlungsgesetz vom 15.7.1961, 1961/Nr. 157, ist (von ihr übersetzt) bei RAPP, 146 ff., abgedruckt.
- Das japanische Gesetz über den Verkauf von Finanzprodukten vom 31.5.2000, 2000/Nr. 101, ist (von ihr übersetzt) bei SCHULTE, ZjapanR 19 (2005) 137 ff., abgedruckt.

Anhang I

HINWEIS: *Kyû Minpô*, „altes Zivilgesetz" von 1890 (Wagatsuma, Kyû Hô, 130 ff.), die Irrtumsregeln waren unter dem Titel „Vermögensrecht" in drei Artikeln geregelt:

Art. 309
Abs. 1 Weicht aufgrund eines Irrtums der Parteien die Vertragsnatur, der Vertragsgegenstand oder der Vertragsgrund vom Beabsichtigten ab, so verhindert dieser Irrtum die Annahme *(des Vertrags)*.
Abs. 2 Ein blosser Irrtum über das Motiv des Vertrags stellt keinen Grund für eine Ungültigkeit dar, es sei denn, die Partei ist getäuscht worden (w: habe sich aufgrund einer Täuschung entschieden).
Abs. 3 Ein Irrtum über die Identität (w: persönliche Umstände) der Parteien führt, sofern diese Eigenschaften eine Entscheidungsgrundlage bilden, zur Verhinderung der Annahme (des Vertrags).
Abs. 4 Sind die erwarteten Eigenschaften bloss eine nebensächliche Vertragsgrundlage, so soll der Vertrag nur anfechtbar sein, wenn ein Irrtum über eine solche Eigenschaft besteht.

Art. 310
Abs. 1 Ein Irrtum über eine Sache ist, sofern dieser Qualität betrifft, ein Irrtum, der zu einem Mangel in der Annahme *(des Vertrags)* führt. Wenn

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

die fragliche Eigenschaft für die Partei nicht entscheidend gewesen ist, so führt der Irrtum darüber zu keinem Mangel in der Annahme.
Abs. 2 Betrifft der Irrtum hingegen den Wert der Sache, so führt dies zu keinem Mangel in der Annahme, es sei denn, der Wert ist durch den Willen der Parteien klar oder durch die Umstände unmissverständlich bestimmt worden. Das Gleiche gilt, wenn der Wert durch das Alter, durch den Ursprung oder durch den Gebrauch der Sache bestimmt werden kann (w: ist).
Abs. 3 Für den Irrtum über den Zeitpunkt oder den Ort der Erfüllung des Vertrags gilt die Regelung Absatz 2 entsprechend.
Abs. 4 Für den Irrtum über die Kalkulation oder den Namen oder das Datum und den Ausstellungsort (w: Ort) der Urkunde gilt die Regelung des Art. 559.

Art. 311
Abs. 1 Der Rechtsirrtum, welcher die Vertragsnatur, den Vertragsgrund oder die Vertragswirkung betrifft oder die rechtliche Eigenschaft einer Sache bzw. die Rechtsstellung einer Person, sofern diese die Person zur Entscheidung bewegt haben, betrifft, führt gleich dem Irrtum über Tatsachen entweder zu einer Verhinderung oder zu einem Mangel in der Annahme.
Abs. 2 Das Gericht kann jedoch aufgrund besonderer, zu berücksichtigender (w: erbarmungswürdiger) Umstände darauf verzichten die Ungültigkeit des Vertrags aufgrund des oben erwähnten Irrtums zu anzuerkennen.
Abs. 3 Der Rechtsirrtum über eine Strafe, über das Erlöschen einer Rechtswirkung durch Zeitablauf, über die Ungültigkeit aufgrund der Rechtswidrigkeit eines Geschäfts und anderer die öffentliche Ordnung betreffender Gesetze sowie über die Unkenntnis einer Grundregel soll zur Erleichterung der Partei nicht berücksichtigt werden.

Anhang II

Irrtumsregelung des 1. Entwurfs zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich von 1888, unter dem Titel „Willensmängel" (abgedruckt bei Mugdan, LXXXIIIf.):

„§ 98 Beruht der Mangel der Übereinstimmung des wirklichen Willens mit dem erklärten Willen auf einem Irrthume des Urhebers, so ist die Willenserklärung nichtig, wenn anzunehmen ist, dass der Urheber bei Kenntnis der Sachlage die Willenserklärung nicht abgegeben haben würde; im entgegengesetzten Fall ist die Willenserklärung gültig. Im Zweifel ist anzunehmen, die Willenserklärung würde nicht abgegeben sein, wenn ein Rechts-

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

geschäft anderer Art, die Beziehung des Rechtsgeschäfts auf einen anderen Gegenstand oder die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts unter anderen Personen beabsichtigt wurde.

§ 99 Abs. 1 Die nach den Vorschriften des § 98 für nichtig zu erachtende Willenserklärung ist gültig, wenn dem Urheber derselben grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt." [...]

„§ 102 Ein Irrthum in den Beweggründen ist, sofern nicht das Gesetz ein anderes bestimmt, auf die Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts ohne Einfluss."

Anhang III

aArt. 93 Minpô, nach dem Stenographischen Protokoll vom 2. März 1894 des Ausschusses der Untersuchungskommission zur Kodifikation (法典調査会主査会議事速記, Hôtenchôsa kai Shûsakai Gizi Sokkiroku)

意思表示ハ法律行為ノ要素ニ錯誤アリタルトキハ無効トス、但表意者ニ重大ナル過失アリタルトキハ非ス存在.

„Eine Willenserklärung ist ungültig, wenn sie bezüglich eines wesentlichen Elements des Rechtsgeschäfts einen Irrtum aufweist. Handelt der Erklärende jedoch grob fahrlässig, so schadet ihm dies nicht." (w: so findet keine Einschränkung statt).

Anhang IV

Irrtumsregelung aus dem Dresdner Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse von 1866, in: Neudrucke Privatrechtlicher Kodifikationen und Entwürfe des 19. Jahrhunderts, Band 2 Dresdner Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse, Francke Bernhard (Hrsg.), Aalen 1973:

"Art. 59
Ist der Wille des einen Vertragsschliessenden auf einen Vertrag anderer Art gerichtet, als der Wille des anderen, so ist der Vertrag nichtig.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Art. 60
Der Vertrag ist nichtig, soweit der Wille der Vertragsschliessenden nicht auf denselben Gegenstand gerichtet ist.

Art. 61
Im Falle des Irrthums über die Menge oder Summe ist der Vertrag nur dann nichtig, wenn bei einem zweiseitigen Vertrag der eine Vertragsschliessende annimmt, dass ihm für seine Leistung eine grössere Gegenleistung versprochen worden sei, als der Fall ist. In allen anderen Fällen ist der Vertrag gültig, ohne Unterschied, ob er ein einseitiger oder zweiseitiger ist, jedoch nur in Ansehung der geringeren Menge oder Summe.

Art. 62
Irren sich von den Vertragsschliessenden einer oder beide über die Identität des Anderen, so ist der Vertrag nichtig, wenn der Irrende nur mit der Person, für welche er den Anderen hielt den Vertrag schliessen wollte.

Art. 63
Die irrthümliche Bezeichnung oder Benennung des Vertrags, des Gegenstandes oder der Person ist ohne Einfluss, wenn in der Sache selbst unter den Vertragsschliessenden Einverständnis vorliegt.

Art. 64
Der Vertrag ist nichtig, wenn sich einer der Vertragsschliessenden über solche persönlichen Eigenschaften des Anderen irrt, ohne welche die vertragsmässige Leistung unmöglich ist. Ein Gleiches gilt, wenn ein Vertragsschliessender eine solche Eigenschaft des Gegenstandes irrig unterstellte, vermöge welcher der letztere gemäss darüber im Verkehr herrschenden Begriffen zu einer anderen Gattung oder Art von Gegenständen zu zählen wäre, als wozu er gehört.

Art. 65
In den Fällen Art. 59 bis 62 und des Art. 64 ist der Vertrag nichtig, ohne Rücksicht darauf, ob der Irrthum entschuldbar war oder nicht.

Art. 66
Jeder andere Irrthum, insbesondere auch der in den Beweggründen, hat nur soweit Einfluss auf die Gültigkeit des Vertrags als solches in den Gesetzen bestimmt und der Irrtum bestimmbar ist."

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Anhang V

Irrtumsregelung des alten Obligationenrechtes von 1881, in: Fasel Urs (Hrsg.), Handels- und obligationenrechtliche Materialien, 2000, Bern, Stuttgart, Wien, 1279f.

„Art. 19
Der Irrthum ist insbesondere ein wesentlicher:
Wenn der eine Theil einen anderen Vertrag eingehen wollte als denjenigen, für welchen er seine Zustimmung erklärt hätte;
Wenn der Wille des Irrenden auf eine andere Sache gerichtet war als der Wille des anderen Theils;
Wenn die irrig vorausgesetzten Eigenschaften der Sache so erheblich sind, dass dieselbe, je nachdem diese Eigenschaften vorhanden sind oder fehlen, im Verkehre zu einer ganz verschiedenen Gattung oder Art von Gütern gerechnet wird:
Wenn der eine Theil irrthümlich eine Leistung von erheblich grösserem Umfange versprochen hat oder eine Gegenleistung von erheblich geringerem Umfange sich hat versprechen lassen, als es sein Wille war.

Art. 20
Der Irrthum über die Person des anderen Theils gilt nur dann als wesentlich, wenn der Vertrag hauptsächlich mit Rücksicht auf die Person abgeschlossen wurde.

Art. 21
Der nicht wesentliche Irrthum hindert die Verbindlichkeit des Vertrags nicht. Dies gilt insbesondere von dem Irrthum im Beweggrunde zum Vertragsabschluss, über den Wert der verabredeten Leistung oder die Zahlungsfähigkeit des anderen Theils.

Art. 22
Blosse Rechnungsfehler hindern die Verbindlichkeit des Vertrags nicht, sind aber zu berichtigen."

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Anhang VI

Irrtumsregelung des 2. Entwurfs zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich von 1891, unter dem Titel „Willensmängel" (abgedruckt bei Mugdan, LXXXII ff.)

Auszüge

§ 94 Wer bei der Abgabe einer Willenserklärung über deren Inhalt im Irrthume war oder eine Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben wollte, kann die Erklärung anfechten, wenn anzunehmen ist, dass er sie bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben haben würde.
Als Irrthum über den Inhalt einer Erklärung gilt auch der Irrthum über solche Eigenschaften der Person oder Sache, welche im Verkehr als wesentlich angesehen werden.

§ 95 Eine Willenserklärung, welche durch die Übermittlung verwendeter Personen oder Anstalten unrichtig übermittelt ist, kann unter der gleichen Voraussetzung angefochten werden wie nach § 94 eine irrthümlich abgegebene Willenserklärung.

§ 96 Die Anfechtung muss in den Fällen in der §§ 94, 95 ohne schuldhaftes Zögern (unverzüglich) erfolgen, nachdem der Anfechtungsberechtigte von dem Anfechtungsgrunde Kenntnis erlangt hat. Die einem Abwesenden gegenüber erfolgte Anfechtung gilt als rechtzeitig, wenn die Erklärung der Anfechtung unverzüglich abgesendet ist."

Anhang VII

消費者契約法 *Shôhisha keiyaku-hô*, japanisches Verbrauchervertragsgesetz, Gesetz Nr. 61/2000, in Kraft seit 1.4. 2001, übersetzt von Dernauer Marc, ZJapanR Nr. 11 (2001), 249 ff.

Art. 1 Ziel des Gesetzes
Dieses Gesetz hat zum Ziel, dem Verbraucher zu ermöglichen, angesichts des Ungleichgewichts zwischen ihm und dem Unternehmer in Bezug auf Art und Umfang der vorhandenen Informationen sowie der Verhandlungsstärke seine auf den Abschluss des Vertrages gerichtete Willenserklärung, das heisst das Angebot bzw. die Annahme, anzufechten, sofern er aufgrund einer bestimmten Handlung des Unternehmers etwas verkannt hat oder in

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Verlegenheit gebracht wurde; gleichzeitig soll auch durch die Sicherung der Unwirksamkeit bestimmter Vertragsbestimmungen im Ganzen und zum Teil, durch die sich der Unternehmer von seiner Verpflichtung zur Leistung von Schadenersatz freizeichnet oder die den Verbraucher sonst unangemessen benachteiligen, erreicht werden, dass die Interessen des Verbrauchers geschützt werden, um so die Erhöhung der Sicherheit des alltäglichen Wirtschaftslebens und zur gesunden Entwicklung des Volkswirtschaft beizutragen.

Art. 4 Anfechtung von Willenserklärungen beim Verbrauchervertrag
(1) Falls der Unternehmer auf den Vertragsschluss hingewirkt hat, hat der Verbraucher das Recht, seinen auf den Abschluss eines Verbrauchervertrags gerichtete Willenserklärung, das heisst das Angebot bzw. die Annahme, anzufechten, wenn der Unternehmer gegenüber dem Verbraucher eine der unter dem folgenden Ziffern genannten Handlungen vorgenommen hat und der Verbraucher einem dort beschriebenen Missverständnis erlegen ist:

Ziff. 1 Im Zusammenhang mit wichtigen Einzelheiten des Vertrags wird etwas Unwahres mitgeteilt und der Inhalt des Mitgeteilten wird für wahr gehalten.
Ziff. 2 Im Zusammenhang mit Waren, Rechten, Dienstleistungen oder einem sonstigen Vertragsgegenstand wird eine absolut sicher bezeichnete Prognose über den zukünftigen Preis, über einen Geldbetrag, der dem Verbraucher zukünftig angeblich zufliessen wird, oder über sonstige Einzelheiten aufgestellt, deren zukünftige Entwicklung ungewiss ist, und der Inhalt der Prognose wird für wahr gehalten.

Der Verbraucher kann seine auf den Abschluss eines Verbrauchervertrags gerichtete Willenserklärung, das heisst das Angebot bzw. Annahme, anfechten, wenn der Unternehmer auf den Vertragsschluss hinwirkt und dabei gegenüber dem Verbraucher behauptet hat, dass bestimmte wichtige Einzelheiten des Vertrags oder solche damit im Zusammenhang stehenden Punkte für den Verbraucher von Vorteil seien, und dabei vorsätzliche Tatsachen verschwiegen hat, die in diesem Zusammenhang dazu führen, dass der Verbraucher tatsächlich einen Nachteil erleidet, und wenn ferner der Verbraucher aus diesem Grunde vom Nichtvorhandensein der Tatsachen ausgeht und so die Tatbestände verkennt. Dies gilt jedoch nur insoweit, als der Verbraucher aufgrund des Mitgeteilten gewöhnlich ohne weiteres darauf schliessen muss, dass bestimmte Tatsachen nicht gegeben sind. Ein solches Recht steht dem Verbraucher nicht zu, sofern der Unternehmer beabsichtigt hatte, den Verbraucher über die betreffenden Tatsachen aufzuklären, der Verbraucher dies aber zurückgewiesen hat.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Der Verbraucher kann, falls der Unternehmer auf den Vertragsschluss hingewirkt hat, seine auf den Abschluss eines Verbrauchervertrags gerichtete Willenserklärung, das heisst das Angebot bzw. die Annahme, anfechten, wenn er durch eine der anfolgend aufgeführten Handlungen des Unternehmers in Verlegenheit gebracht wurde:

Ziff. 1 Der Unternehmer hat trotz einer entsprechenden Aufforderung durch den Verbraucher dessen Wohnung oder Arbeitsplatz nicht verlassen.

Ziff. 2 Der Unternehmer hat den Verbraucher trotz eines dahingehend zum Ausdruck gebrachten Willens daran gehindert, den Ort, an dem der Unternehmer auf den Abschluss des Verbrauchervertrags hinwirkte, zu verlassen.

Als „wichtige Einzelheiten des Vertrags" i.S.v. Abs. 1 Ziff. 1 und Abs. 2 werden folgende Punkte angesehen, soweit sie gewöhnlich einen Einfluss auf die Entscheidung des Verbrauchers haben, den Verbrauchervertrag zu schliessen oder nicht:

Ziff. 1 die Qualität, die Verwendungsmöglichkeit oder sonstige Vereinbarungen über Waren, Rechte, Dienstleistungen oder sonstige Handelsbedingungen für Waren, Rechte Dienstleistungen oder sonstige Gegenstände des Verbrauchervertrags,

Ziff. 2 das Entgelt sowie sonstige Handelsbedingungen für Waren, Rechte, Dienstleistungen oder sonstige Gegenstände des Verbrauchers.

Die Anfechtung der auf den Vertragsschluss gerichteten Willenserklärungen durch den Verbraucher i.S.v. Abs. 1 bis 3 kann einem gutgläubigen Dritten nicht entgegengehalten werden.

Anhang VIII

特定商取引法: *Tokutei shô torihiki-hô*, japanisches Gesetz zu den besonderen Geschäftsformen vom 4.6.1976, Gesetz Nr. 57/1976 in der Fassung von Gesetz Nr. 44/2004;
wo möglich, wird *kursiv* die Übersetzung von Vogt Jutta, Stand: Gesetz Nr. 28/2002 in: Kühlkamp, Anhang II, übernommen; im Übrigen ist auf diese verwiesen.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Art. 1 (Zweck)

Dieses Gesetz bezweckt den fairen Verkehr bei besonderen Geschäftsformen (die im Folgenden sind: Haustürgeschäfte, Fernabsatzgeschäfte, Geschäfte, die durch Telefonanwerbung zu Stande kommen, „Kettengeschäfte", besondere Dauerschuldverhältnisse und Geschäfte, die durch ein Anwerben durch eine Dienstleistung zu Stande kommen); das bedeutet, dass der Käufer u.a. Erwerber bei diesen nicht geschädigt werden darf und in seinen sonstigen wirtschaftlichen Interessen zu schützen ist, so dass die Warenübertragung und die Dienstleistungsangebote korrekt und harmonisch stattfinden können und dies zu einer gesunden Volkswirtschaft beitragen kann.

(Nachfolgende Systematik und Regelung der „Unerlaubten Handlungen", des „Widerrufs- bzw. Rücktrittsrechts" und des Anfechtungsrechts in Bezug auf die Haustürgeschäfte wiederholt sich für alle anderen besonderen Geschäftsformen:)

Art. 6 (Unerlaubte Handlungen)

Abs.1
Der Verkaufs- bzw. der Dienstleistungsunternehmer darf bei der Anwerbung zu einem Kaufvertrag oder einem Dienstleistungsvertrag im Haustürgeschäft und zur Verhinderung des Widerrufs eines Antrags zu einem solchen Kaufvertrag oder Dienstleistungsvertrag im Haustürgeschäft keine Unwahrheiten über die folgenden Umstände vermitteln:

(1) Art der Ware sowie ihre Qualität und Eigenschaft und die Art des Rechts und der Dienstleistung sowie deren Inhalt und andere Umstände, deren Aufzählung in der Regierungsverordnung des Wirtschaftsministeriums erfolgt;
(2) Preis der Ware bzw. des Rechts und das Entgelt für die Dienstleistung;

(3) Zeit und Methoden der Geldübergabe bei der Ware bzw. dem Recht und des Entgelts der Dienstleistung;

(4) Übergabe der Ware bzw. Übertragung des Rechts und Zeitpunkt des Dienstleistungsangebots;

(5) Umstände in Bezug auf den Widerruf des Antrags zu einem solchen Kaufvertrag bzw. zu einem solchen Dienstleistungsangebot und in Bezug

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

auf den Rücktritt von einem solchen Kaufvertrag bzw. Dienstleistungsvertrag (inklusive der Bestimmungen, die in Art. 9 Abs. 1-7 geregelt sind);

(6) Umstände, die der Kunde beim Vertragsschluss eines solchen Kaufvertrags bzw. Dienstleistungsvertrags benötigt;

(7) Und andere Umstände, die einen solchen Kaufvertrag bzw. Dienstleistungsvertrag betreffen und dabei geeignet sind, auf die Entscheidung des Kunden oder Erwerbers bzw. desjenigen, der ein Dienstleistungsangebot erhalten hat, Einfluss zu haben und wichtig zu sein.

Abs. 2
Der Verkaufs- bzw. der Dienstleistungsunternehmer darf bei der Anwerbung zu einem Kaufvertrag oder einem Dienstleistungsvertrag im Haustürgeschäft über Umstände, die in den vorangehenden Ziff. 1-5 erwähnt sind, keine nachteiligen Tatsachen verschweigen.

Abs. 3
Der Verkaufs- bzw. der Dienstleistungsunternehmer, der im Haustürgeschäft einen Kaufvertrags- oder einen Dienstleistungsvertragsschluss erzwingen will oder den Widerruf des Antrags zu einem Kaufvertrag- oder einem Dienstleistungsvertrags im Haustürgeschäft bzw. dessen Auflösung verhindern will, darf niemanden bedrohen oder überrumpeln.

Abs.4
Hat der Verkaufs- bzw. der Dienstleistungsunternehmer bei der Anwerbung zu einem Kaufvertrag oder einem Dienstleistungsvertrag im Haustürgeschäft dies ohne entsprechende Ankündigung ausserhalb eines Geschäftsraums oder durch eine andere verbotene Handlung getan, handelt es sich dabei um ein in der Regierungsverordnung geregeltes Lockmittel, so ist auch das Anwerben zu einem solchen Kaufvertrag oder zu einem solchen Dienstleistungsvertrag an einem anderen Ort als einem öffentlichen Orte verboten.

Art. 9 (Widerruf des Vertragsantrags beim Haustürgeschäft u.a.)

Abs. 1
Im Fall, dass der Verkaufsunternehmer oder Dienstleistungsunternehmer an einem anderen Ort als dem Geschäftsstandort u.a. einen Antrag auf einen Kaufvertrag oder auf einen Dienstleistungsvertrag über eine bezeichnete Ware (ausgenommen bezeichnete Waren, die laut Regierungser-

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

lass als Waren festgelegt sind, bei denen der Handel die Regel ist, dass die Verhandlung über Verkaufsbedingungen zwischen Verkaufsunternehmer und Käufer über einen gewissen Zeitraum erstrecken: ebenso im Folgenden dieses Absatzes) oder ein bezeichnetes Recht oder einen bezeichneten Dienst empfangen hat oder im Fall, dass der Verkaufsunternehmer oder Dienstleistungsunternehmer am Geschäftsstandort u.a. von einem Sonderkunden einen Antrag auf einen Kaufvertrag oder auf einen Dienstleistungsvertrag über eine bezeichnete Ware oder ein bezeichnetes Recht oder einen bezeichneten Dienst empfangen hat
oder im Falle, dass der Verkaufsunternehmer oder Dienstleistungsunternehmer an einem anderen Ort als dem Geschäftsstandort u.a. einen Kaufvertrag oder einen Dienstleistungsvertrag über eine bezeichnete Ware oder ein bezeichnetes Recht oder einen bezeichneten Dienst abgeschlossen hat (ausgenommen den Fall des Empfangs des Antrags am Geschäftsstandort u.a. und dem daraus folgenden Abschluss des Kaufvertrags oder Dienstleistungsvertrags an einem anderen Ort als dem Geschäftsstandort u.a.) oder im Fall, dass der Verkaufsunternehmer oder Dienstleistungsunternehmer am Geschäftsstandort u.a. mit einem Sonderkunden einen Kaufvertrag oder einen Dienstleistungsvertrag über eine bezeichnete Ware oder ein bezeichnetes Recht oder einen bezeichneten Dienst abgeschlossen hat, kann der Käufer oder der Dienstleistungsempfänger (in folgenden Paragraphen „Antragsteller u.a.") die im Folgenden genannten Fälle ausgenommen, durch ein Schriftstück den Antrag zu einem solchen Kaufvertrag oder einen Dienstleistungsvertrag widerrufen oder den Kaufvertrag oder den Dienstleistungsvertrag auflösen (in folgenden Paragrafen Widerruf eines Antrags u.a.):

Ziff. 1
Wenn 8 Tage abgelaufen sind, von dem Tag an gerechnet, an dem er die Schriftstücke gemäss Art. 5 erhalten hat (wenn er Schriftstücke nach Art. 4 vor diesem Tag erhalten hat, gilt der Empfang ab dem Tag des Erhalts). Es sei denn, dem Antragssteller sei vom Verkaufs- bzw. der Dienstleistungsunternehmer in Verletzung von Art. 6 Abs. 1 Ziff. 1 Unwahres über die Umstände des Widerrufs des Antrags u.a. mitgeteilt worden, was ihn irregeführt hat, weil er davon ausgegangen ist, diese seien wahr, oder es sei denn, dass der Verkaufs- bzw. der Dienstleistungsunternehmer in Verletzung von Art. 6 Abs. 1 Ziff. 3 den Antragssteller bedroht oder überrumpelt habe, so dass es aus diesem Grund zu einem Ablauf der Frist und einem Unterlassen des Widerrufs des Antrages gekommen ist, wobei einem solchen Antragssteller vom Tag an, an dem ihm der Verkaufs- bzw. der Dienstleistungsunternehmer in nach Regierungsverordnung bestimmter Weise Unterlagen mit einem Inhalt zur Verfügung stellt, aus denen hervor-

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

geht, dass der Widerruf u.a. des Vertragsantrags zu einem solchen Kaufvertrag oder Dienstleistungsvertrag möglich sei, diese 8 Tage zu laufen beginnen.

Ziff. 2
Im Fall, dass der Antragsteller u.a. die Schriftstücke nach Art. 4 oder Art. 5 erhalten hat, wenn es sich um eine bestimmte Ware handelt, bei der nach Regierungserlass die Gefahr besteht, dass sich ihr Wert durch den Gebrauch oder teilweisen Verbrauch bedeutend verringert, sie gebraucht oder ganz oder teilweise verbraucht wird (ausgenommen, wenn der Verkaufsunternehmer den Antragsteller zwingt solche Ware zu gebrauchen oder ganz oder teilweise zu verbrauchen).

Ziff. 3
In einem Fall von Art. 5 Abs. 2, wenn die Gesamtsumme der Preise der bezeichneten Waren oder Rechte im betreffenden Kaufvertrags oder die Gesamtsumme der Entgelte im betreffenden Dienstleistungsvertrag, die nach Regierungserlass festgelegte Summe, nicht erreicht.

(Abs. 2 - 8.)

Art. 9-2 (Anfechtung der Willenserklärung des Antrags oder der Annahme zu einem Vertrag im Haustürgeschäft)

Abs.1[1]
Der Antragsteller u.a. kann, wenn der Verkaufs- bzw. der Dienstleistungsunternehmer bei der Anwerbung zu einem Kaufvertrag oder einem Dienstleistungsvertrag im Haustürgeschäft die unter den folgenden Punkten aufgelisteten Handlungen begangen hat und er aufgrund deren irregeführt war, die Willenserklärung des Antrags oder der Annahme zu einem solchen Kaufvertrag oder Dienstleistungsvertrag anfechten.

(1) Handlung, die in Verletzung einer in Art. 6 Abs. 1 Ziff.1 geregelten Bestimmung, unwahre Tatsachen vermittelt, deren Inhalt, irregeführt, als richtig angesehen wurde.
(2) Handlung, die in Verletzung einer in Art. 6 Abs. 1 Ziff. 2. geregelten Bestimmung, wahre Tatsachen unterdrückt, deren Inhalt, irregeführt, als nicht vorhanden angesehen wurde.

[1] Zit. als Art. 9-2-1 Tokutei shō-torihiki – Hō.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Abs. 2
Die in der vorangehenden Ziffer geregelte Anfechtung einer Willenserklärung des Antrags oder der Annahme zu einem Kaufvertrag oder einem Dienstleistungsvertrag im Haustürgeschäft, kann einem gutgläubigen Dritten nicht entgegengehalten werden.

Abs. 3
Die in Abs. 1 geregelte Bestimmung, verhindert oder schliesst die ebenfalls bei einer Willenserklärung des Antrags oder der Annahme zu einem Kaufvertrag oder einem Dienstleistungsvertrag im Haustürgeschäft anwendbare Bestimmung von Art. 96 Minpô nicht aus.

Abs. 4
Das in Abs. 1 geregelte Anfechtungsrecht ist, erlischt nach 6 Monaten, vom Zeitpunkt der Kenntnisnahme an gerechnet. Es erlischt ebenfalls in 5 Jahren seit dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses des Kaufvertrags oder Dienstleistungsvertrags.

Anhang IX

電子消費者契約および電子承諾通知に関する民法の特例に関する法律
Denshi shôhisha keiyaku oyobi denshi shodaku tsuchi ni kansuru Minpô no tokutei ni kansuru hôritsu

Japanisches Gesetz, das Sonderregeln zum Minpô aufstellt, die in Bezug zum elektronischen Verbrauchervertrag bzw. zu elektronischen Zugängen von Anträgen stehen, Gesetz Nr. 95/2000, in Kraft seit dem 29.6.2001. Das Gesetz dient der Konkretisierung eines allgemeinen IT-Rahmengesetzes Gesetz, Nr. 14/2000, das seit dem 6.1.2001 in Kraft ist; übersetzte Auszüge:

Art. 1
Dieses Gesetz kommt zur Anwendung, wenn der Verbraucher sich in einem Irrtum über ein wesentliches Element des Rechtsgeschäfts (speziell) beim elektronischen Verbrauchervertrag befindet; das heisst, dann, wenn es sich bei einem Fernabsatzvertrag um einen elektronischen Zugang des Akzepts handelt.

Art. 3 (Sonderregel zum Minpô bei Vorliegen eines elektronischen Verbrauchervertrags)

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Die Regelung des so genannten „Tadashi-Gaki" (Aber-Satzes) in Art. 95 Minpô kommt nicht zur Anwendung, wenn es sich um Willenserklärungen zum Antrag oder zum Akzept eines elektronischen Verbrauchervertrags handelt und sich der Verbraucher bei diesem elektronischen Verbrauchervertrag bezüglich eines wesentlichen Elementes des Rechtsgeschäfts im Irrtum (Yôso no sakugo) befindet, sofern bei diesem Irrtum folgende zwei (Voraussetzungen) zutreffen.
Es sei denn, der Vertragspartner in diesem elektronischen Verbrauchervertrag, der ein Unternehmer ist (wobei von ihm beauftragte Personen auch umfasst sind) und die betreffenden Antrags - oder Akzepterklärungen mit einem Rechnersystem, das auf elektromagnetische Weise funktioniert, vertreibt, habe dem Verbraucher Hilfsmittel zur Verfügung gestellt, die es diesem erlauben zu erkennen, ob er einen Antrags- oder Akzeptwillen habe, oder der Verbraucher habe dem Unternehmer ausdrücklich erklärt, dass er keine solchen Hilfsmittel brauche.

(1.)
Der Verbraucher, der zur Kommunikation ein elektronisches Rechnersystem benutzte, darf zum Zeitpunkt der Kommunikation mit dem betreffenden Unternehmer keinen Willen zum Antrag oder Akzept des elektronischen Verbrauchervertrags gehabt haben.

(2.)
Der Verbraucher, der zur Kommunikation ein elektronisches Rechnersystem benutzte, hat zum Zeitpunkt der Kommunikation eine Antrags- oder Akzepterklärung zum elektronischen Verbrauchervertrag abgegeben, die nicht seinem Willen zum Inhalte der Willenserklärung entspricht.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Literaturverzeichnis

In der Arbeit einmal zitierte Literaturangaben erscheinen nur in den Fussnoten. Auf die Unterscheidung zwischen Monographien und Aufsätzen wurde verzichtet. Die Literatur ist so weit als möglich nach japanischem und deutschem/schweizerischem Recht gegliedert. Die japanischen Namen, Titel und Zeitschriften bzw. Verlage werden im Original zitiert; anzumerken ist, dass bei diesen meist der Verlag und nicht der Erscheinungsort angegeben wird. Bei Mehrfachnennungen wird der Namen durch Gedankenstrich ersetzt.

I. Zum japanischen Recht

Boissonade, Gustave Emile, Projet de Code civil pour l'empire du Japon accompagné d'un commentaire, Tome 2, Livre II, IIe Partie: Des droits personnels ou obligations, deuxième édition, Tokio 1883 *(zit. Boissonade)*.

Dernauer, Marc, Das japanische Gesetz über Verbraucherverträge, ZJapanR 11 (2001) 242 ff.

道垣内弘人 消費者契約と情報提供義務 ジュリ

Dôgauchi Hiroto, Shôhisha Keiyaku to jôhô teikyô gimu [Das Verbrauchervertragsgesetz und die Informations(erteilungs)-pflicht], Jurisuto Nr. 1200 (2000) 49 ff.

舟橋諄一 意思表示の錯誤 九州大学十周年 法学論文集

Funahashi Junichi, Ishi hyôji no sakugo, Kyûshû Daigaku Jushûnen [Erklärungsirrtum, Gesammelte Schriften der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Kyûshû zum 10-jährigen Bestehen], Hôgaku Ronbunshû 1937 *(zit. Funahashi)*.

後藤巻則 消費者契約法の法理論 弘文堂

Gotô Makinori, Shôhisha keiyaku-hô no Hôriron [Rechtstheorie zum Verbrauchervertragsgesetz], Kôbandô-Verlag 2002 *(zit. Gotô)*.

Götze, Bernhard, Versicherung, Verbraucherschutz und Umwelt, in: Baum Harald/ Drobnig Ulrich (Hrsg.), Japanisches Handels- und Wirtschaftsrecht, Berlin, New York 1994 *(zit. Götze)*.

平野裕之 民法総則 日本評論社

Hirano Hiroyuki, Minpô Sôsôku [Allgemeiner Teil des Zivilgesetzbuches] Nihon Hyôron-Verlag 2004 *(zit. Hirano)*.

広中俊雄 動機の錯誤について 法学教室

Hironaka Toshio, Dôki no sakugo ni tsuite [Zum Motivirrtum] Hôgaku Kyôshitsu Nr. 127 (1991) 64 f.

星野英一「消費者契約の基本的内容について」を読んで NBL

Hoshino Eiichi, Shôhisha Keiyaku no kihonteki naiyô ni tsuite wo yonde [Das Verbrauchervertragsgesetz auf seinen konkreten Inhalt untersucht] NBL Nr. 683 (2000) 6 ff.

Ishikawa Akira/Leetsch Ingo, Das japanische BGB in deutscher Sprache, Japanisches Recht, Bd. 15, Köln 1985 *(zit. Ishikawa/Leetsch)*.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

磯村保 石田喜久雄 現代民法講義 I
Isomura Tamotsu, in: Ishida Kikuō (Hrsg.), Gendai Minpō Kōgi I [Lehrbuch zum Modernen Zivilrecht 1], Tokio 1985 *(zit. Isomura)*.
伊藤進 消費者私法論 信山社
Itō Susumu, Shōhisha shihō ron [Lehre zum Verbraucherprivatrecht], Shinyama-Verlag 1998 *(zit. Itō)*.
Jansen, Marius B. (ed.), The Cambridge History of Japan, Cambrigde University Press Volume 5: The Nineteenth Century, , 1989 *(zit. Jansen)*.
Janssen, Markus, Bericht über die 150. Sitzungsperiode des Japanischen Parlaments, ZJapanR 11 (2001) 201 ff.
鹿野菜穂子 内心の意思の不一致のときは契約は不成立 別冊ジュリスト民法判例選 I
Kano Naoko, Naishin no ishi no fuichi no toki wa keiyaku wa fuseiritsu [Dissens des Vertrags bei Inkongruenz der inneren Willen, Urteilsbesprechung des Urteils des Daishin'in vom 28.6.1944] Bessatsu Jurisuto Minpō Hanrei Hyakusen I [Sonderbeilage Jurisuto: Rechtsprechung zum 100-jährigen Bestehen des Minpō I] 4. Aufl. 1996, 41 ff. *(zit. Kano, Hyakusen I)*.
川井健 谷口=石田穰 新版注釈民法(1)総則(1) 有斐閣
Kawai Takeshi, in: Taniguchi/Ishida (Hrsg.), Shinpan Minpō chūsaku (1) sōsoku (1) [Neubearbeitung des Kommentars zum Zivilrecht Bd. 1, Allgemeiner Teil, 1.Teil] zu Art. 95 Minpō, 2002, Yuhikaku-Verlag *(zit. Kawai-Kom.)*.
河上正二 民法総則講義 法律行為 (5)無効な契約の成立 法学セミナー
Kawakami Shōji, Minpō sōsoku kōgi hōritsukōi, mukōna keiyaku no seiritsu [Vorlesungen zum Allgemeinen Teil des Zivilrechts, Juristische Handlungen (5. Teil), Ungültiger Vertragsschluss], Hōgaku seminā Nr.10, Bd. 610 (2005) 86 ff.
– 総論 消費者契約法 別冊NBL
Sōron Shōhisha keiyaku-hō [Allgemeiner Teil zum Verbrauchervertragsgesetz], Bessatsu [Sonderband] NBL Nr. 54 (1999) 41 ff.
– クーリングオフについての一考察 時間という名の後見人 東北大学法学会 法学
Kūringu ofu ni tsuite no ichikōsatsu „jikan" to iu na no kōken nin [Eine Betrachtung zum Widerrufsrecht: Die Zeit als „Vormund"], Tohoku Daigaku Hōgakkai, Hōgaku Nr. 6, Bd. 60 (1997) 1178 ff.
川島武宜 意思欠缺と動機の錯誤 民法解釈の諸問題
Kawashima Takeyoshi, Ishi ketsuki to dōki no sakugo, Minpō kaishaku no shomondai [„Lücke im Willen" und „Motivirrtum", Fragen der Auslegung zum Zivilrecht], 1949 (1. Aufl. 1938), Tokio *(zit. Kawashima)*.
北川善太郎 総論 有斐閣
Kitagawa Zentarō, Saiken sō ron [Lehre von den Schuldverhältnissen] 3. Aufl., Yuhikaku-Verlag 2004 *(zit. Kitagawa, saiken ron)*.
– 民法講義I 有斐閣
Minpō kōgi I [Lehrbuch des Zivilrechts I], Yuhikaku-Verlag 1993 *(zit. Kitagawa, Minpō)*.
– , Use and Non-Use of Contracts in Japanese Business Relations, in: Baum, Harald (ed.), Japan: Economic Success and Legal System, Berlin, New York 1997 *(Kitagawa, Contract)*.
– /*Pilny Karl H.*, Verträge, Haftung und Kreditsicherheiten, in: Baum Harald/Drobnig Ulrich (Hrsg.), Japanisches Handels- und Wirtschaftsrecht, Berlin, New York 1994, 302 ff. *(zit. Kitagawa/Pilny)*.
–, Drei Entwicklungsphasen im Japanischen Zivilrecht, in: Die Japanisierung des westlichen Rechts, Coing Helmut et al. (Hrsg.), München 1988, 130 ff. *(zit. Kitagawa, 3 Entwicklungsphasen)*.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

–, Unfair Contract Terms in Administrative Guidance, Rechtstheorie 16 (1985) 181 ff.

–, Die Rezeption und Fortbildung des europäischen Zivilrechtes in Japan, Arbeiten zur Rechtsvergleichung Heft 45, Frankfurt a.M., Berlin 1970 *(zit. Kitagawa, Rezeption).*

小林一俊 課税所得課税の錯誤による財産分与の無効の成否 民商法雑誌

Kobayashi Kazutoshi, Jôto shotoku kazei no sakugo ni yoru zaisan bunyu no mukô no seihi [Erfolg der Ungültigkeit einer Vermögensteilung wegen Irrtums bezüglich der Grundstücksübertragungssteuern], Minshôhô Zasshi Bd. 102 (1990) 488 ff.

– 錯誤論の研究 酒井書店

Sakugo ron no kenkyû [Untersuchungen zum Irrtumsrecht], Sakai-Verlag 1986, *(zit. Kobayashi, Sakugo).*

– 意思の欠缺と動機の錯誤 民法学の争点 I ジュリスト

Ishi no ketsuketsu to dôki no sakugo, Minpô gaku no sôten I [Fehlender Wille und Motivirrtum, Streitpunkte der Zivilrechtslehre I], Jurisuto, 2. Aufl. 1985, *(zit. Kobayashi, Minpô no sôten I).*

近藤充代 クーリングオフ権の根拠をめぐる学説の検討 東京都立大学法学会 雑誌

Kondo Mitsuyo, kûringu ofu ken no konkyo wo meguru gakusetsu no kentô [Untersuchung zu den Grundlagen und Lehren des Cooling-off-Rechts], Tokyo Metropolitan University Hôgakkai Zasshi Bd. 35 (1994) Nr. 1, 403 ff.

河野太志

電子消費者契約および電子承諾通知に関する民法の特例に関する法律の概要 NBL

Kôno Futoshi, Denshi shôhisha keiyaku oyobi denshi shôdaku tsûchi ni kansuru Minpô no tokurei ni kansuru hôritsu no gaiyô [Überblick über die Sonderregelungen zum Minpô betreffend elektronischen Verbrauchervertrag bzw. elektronischer Annahmeerklärung], NBL Nr. 718 (2001) 28 ff.

Kôno Toshiyaki, Eine Skizze der Entwicklung des Bereicherungsrechtes in Japan – anläßlich des hundertjährigen Bestehens des BGB, AcP 200 (2000) 519 ff.

窪田充見 消費者契約法と不法行為 ジュリスト

Kubota Atsumi, Shôhisha keiyaku-hô to fuhôkôi [Das Verbrauchervertragsgesetz und die unerlaubte Handlung], Jurisuto Nr. 1200 (2001) 77 ff.

Kühlkamp Eva, Japanisches und deutsches Verbraucherprivatrecht unter Einschluss des Produkthaftungsrechts, Münster 2004 *(zit. Kühlkamp).*

Marutschke Hans-Peter, Einführung in das Japanische Recht, Schriftenreihe der Juristischen Schulung Heft 136, München 1999 *(zit. Marutschke).*

丸山英子 クーリング・オフ要件・結果と正当化根拠 専修法学論集

Maruyama Eiko, Kûringu ofu, yoken, kekka to seitôka konkyo [Voraussetzungen, Rechtsfolgen und Grundlagen für die Rechtfertigung eines „Cooling-off"], Senshu Hôgaku Ronshu Nr. 9, Bd. 79 (2000) 1 ff.

森田宏樹 民法95条民法典の百年II 広中俊雄 星野英一

Morita Hiroki, Minpô 95 jô Minpôten no Hyakunen II [Art. 95 Minpô, in Hundert Jahre Minpô, Bd. II], Hironaka Toshio/Hoshino Eiichi (Hrsg.), Tokio 1998 *(zit. Morita, 100 Jahre Minpô).*

– 合意瑕疵の構造とその拡張理論 NBL

Goi kashi no kôzô to sono kakuchô riron [Theorie der Erweiterung der Struktur von Mängeln in der Vereinbarung], NBL Nr. 482 (1991) 22 ff.

森山浩江 書評：後藤巻則『消費者契約の法理論』 法律時報

Moriyama Hiroe, Shohyô: Gotô Makinori „Shôhisha keiyaku no hôriron", 2004/1, [Rezension von Gotô Makinori „Rechtstheorie zum Verbrauchervertragsgesetz"], Horitsu Jihô Nr. 1, Bd. 76 (2004) 81 ff.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

長尾治助 瑕疵ある意思表示論 法律時報
Nagao Jisuke, Kashi aru ishi hyôji ron [Theorie der fehlerhaften Willenserklärungen], Hôritsu Jihô Nr. 9, Bd. 60 (1991) 54 ff.
内閣府国民生活局消費者企画課 逐条解説消費者契約法
Naikaku - Fu Kokumin-Seikatsu-Kyoku Shôhisha-Kikakuka Chikujô Kaisetsu Shôhisha keiyaku-hô [Kurzkommentar zum Gesetz über Verbraucherverträge des Beratungsausschusses für das Volksleben für Verbraucherschutzfragen beim Innendepartement] (Hrsg.), 2. Aufl., Tokio 2003 *(zit. Chikujô Kaisetsu, Kurzkommentar)*.
中松纓子 錯誤 民法講座 1有斐閣
Nakamatsu Eiko, Sakugo, Minpô kôza I [Der Irrtum, in: Vorlesungen zum Zivilrecht I], Yuhikaku-Verlag 1984 *(zit. Nakamatsu)*.
Nakamura Hideo, Die Rezeption des deutschen Rechts in Japan, ZZP 84 (1971) 74 ff.
中田裕康 消費者契約法と信義則論 ジュリスト
Nakata Hiroyasu, Shôhisha keiyaku-hô to shingisoku ron [Das Verbrauchervertragsgesetz und das Vertrauensprinzip], Jurisuto Nr. 1200 (2001) 70 ff.
Nakata Kunihiro, Verbraucherschutzrecht in Japan: Der Wandel vom Verbraucherschutzrecht zum Verbraucherrecht, ZJapanR 19 (2005) 221 ff.
–, Neue Tendenzen im japanischen Willenserklärungsrecht, ZJapanR 11 (1991) 32 ff.
中山信弘 編 改訂 電子商取引に関する準則とその解説 別冊 NBL
Nakayama Nobuhiro (Hrsg.) Kaitei: Denshi shôtorihiki ni kansuru junsoku to sono kaisetsu [Änderung: Regeln und deren Auslegung zum elektronischen Geschäftsverkehr], Bessatsu [Sonderband] NBL Nr. 93 (2004) 199 ff.
Negishi Akira, Wettbewerb, gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, in: Baum Harald/Drobnig Ulrich (Hrsg.), Japanisches Handels- und Wirtschaftsrecht, Berlin, New York 1984 *(zit. Negishi)*.
日本弁護士連合会／消費者問題対策委員会 コメンタール消費者契約
Nihon bengoshi rengô kai/Shôhisha mondai taisaku iin kai, komentaru Shôhisha keiyaku-hô [Kommentar zum Verbrauchervertragsgesetz des Japanischen Anwaltsverbandes und der Vereinigung für Massnahmen zu Verbraucherfragen], 2001, Aizawa Yukio-Verlag *(zit. Kommentar des Anwaltsverbandes)*.
Noda Yoshiyuki, Introduction to Japanese Law, 10th ed., University Press Tokyo 1997 *(zit. Noda)*.
–, Comparative Jurisprudence in Japan, it's Past and Present, Part I, Law in Japan, An Annual Vol. 8:1, 1975.
野村豊弘 動機の錯誤 別冊 ジュリスト 民法判例百選 I
Nômura Toyohiro, Dôki no sakugo [Der Motivirrtum], Bessatsu Jurisuto Minpô Hanrei Hyakusen I [Sonderbeilage des Jurisuto: Rechtsprechung zum 100-jährigen Minpô I] 4. Auflage 1996, 44 ff. *(zit. Nômura, Hyakusen I)*.
–, 意思表示の錯誤 法学協会雑誌
Ishi hyôji no sakugo [Irrtum bei der Willenserklärung], Hôgaku Kyôkai Zasshi Nr. 10, Bd. 85 (1968) 1366 ff., Nr. 5, Bd. 93 (1976) 64 ff. und 691 ff.
落合誠一 消費者契約法 有斐閣
Ochiai Seiichi, Shôhisha keiyaku-hô [Gesetz zum Verbrauchervertrag], Yuhikaku-Verlag 2001 *(zit. Ochiai)*.
Ônaka Arinobu, Zur Irreführungsregelung im japanischen Verbrauchervertragsgesetz, ZJapanR 13 (2003) 7 ff.
大中有信, 動機の錯誤と等価民法学論叢
Ônaka Arinobu, Dôki no saguko to tôkasetsu [Motivirrtum und Äquivalenzprinzip], Hôgaku ronsô Nr. 5, Bd. 141 (1997) 100 ff.
Oda Hiroshi, Japanese Law, 2. ed., London 2000 *(zit. Oda)*.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

沖野眞己 消費者契約法における契約締結過程の規律 NBL

Okino Masami, Shôhisha keiyaku-hô ni okeru keiyaku teiketsu katei no kiritsu [Regeln des Vertragsschlusses im Gesetz zum Verbrauchervertrag], NBL Nr. 685 (2000) 16 ff.

– 契約締結過程の規律と意思表示理論 別冊NBL

Keiyaku teiketsu katei no kiritsu to ishi hyôji riron [Regeln des Vertragsschlusses und Theorie der Willenserklärungen], Bessatsu [Sonderband] NBL Nr. 54 (1999) 23 ff.

大村敦志 消費者法 2 版 2003 有斐閣

Ômura Atsushi, Shôhisha Hô [Verbraucherrecht], 2. Aufl., Yuhikaku-Verlag 2003 *(zit. Ômura, Shôhisha)*.

– 基本民法 I 総則 物権総論

Kihon Minpô I, Sôsoku-Bukken Sôron [Grundsätze des Zivilrechts I, Allgemeiner Teil und Prinzipien des Sachenrecht] Yuhikaku-Verlag 2001 *(zit. Ômura, Minpô)*.

尾島茂樹 クーリング・オフに関する規定の日英米独比較

Ojima Shigeki, Kûringu ofu ni kansuru kitei no nichieibeidoku hikaku [Aus dem Blickwinkel des Verbraucherkreditgesetzes – Japanische Cooling-off-Regeln und ihr Vergleich mit den amerikanischen Bestimmungen], Untersuchungen zum Konsumentenkredit Nr. 24 (2000) 170 ff. *(zit. Ôshima)*.

Rahn Gantram, Rechtsdenken und Rechtsauffassung in Japan, München 1991 *(zit. Rahn)*.

Rapp Christine, Überschuldungsproblematik und Verbraucherkreditrechtssystem, Bonner Japanforschungen Bd. 15, Bonn 1996 *(zit. Rapp)*.

Röhl Wilhelm, Generalities, in: History of Law in Japan since 1868, Röhl Wilhelm (ed.), Leiden/Boston 2005 *(zit. Röhl)*.

斎藤正弘 池本誠司 石戸谷豊 特定商取引法 ハンドブック 日本評論社

Saitô Masahiro, Ikemoto Seiji, Ishitoya Yutaka, Tokutei shô torihiki-hô handobukku [Handbuch zum Gesetz zu den besonderen Geschäftsformen], 3. Aufl. 2005, Nihon Hyôron-Verlag *(zit. Handbuch zu den bes. Geschäftsformen)*.

斉藤洋子 クーリング・オフ制度と民法における位置

Saitô Hiroko, Kûringu ofu seido to Minpô ni okeru ichi [System des Cooling-off und dessen Stellung im Zivilrecht], tâtonnement Nr. 2 (1998) 228 ff.

Schulte Christine, Das Gesetz über den Verkauf von Finanzprodukten, ZJapanR 19 (2005) 123 ff.

潮見佳男 不法行為法、1 版 1999、3 版 2004 有斐閣

Shiomi Yoshio, Fuhôkôi Hô, [Das Recht der unerlaubten Handlung], 1. Aufl. 1999, 3. unveränderter Nachdruck, Yuhikaku-Verlag 2004 *(zit. Shiomi)*.

– 消費者契約法と民法論 法学セミ

Shôhisha keiyaku-hô to Minpôron [Gesetz zum Verbrauchervertrag und Theorie des Zivilrechts], Hôgaku seminâ Nr. 9, Bd. 549 (2000) 10 ff.

– 比較法の視点からみた消費者契約法 民商法雑誌

Hikaku-ho no shiten kara mita Shôhisha keiyaku-hô [Das Verbrauchervertragsgesetz aus rechtsvergleichender Sicht], Minshôhô Zasshi Bd. 123 (2001) 656 ff.

– 現組競合の視点から見た損害論の現状と課題 ジュリスト

Kihan kyôgô no shiten kara mita songai ron no genjô to kadai [Von einem Normanspruch aus betrachtete gegenwärtige Schadensfrage und Subjekt] Jurisuto Nr. 179 (1995), 12 ff.

Stoll Hans, Zur Neueren Entwicklung des japanischen Zivilrechts, in: Coing Helmut et al. (Hrsg.) Die Japanisierung des westlichen Rechts, Japanisch-deutsches Symposion in Tübingen vom 26.-28. Juli 1988, Tübingen 1990 *(zit. Stoll)*.

Sugishita Toshirô, Zur positiven Vertragserfüllung (Schlechterfüllung) im japanischen Recht, Nihôn University Comparative Law Vol. 13, 1996, 79 ff.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Takayanagi Kenzô, A Century of Innovation: The Development of Japanese Law, 1868-1961, in: Law in Japan: The Legal Order in a Changing Society, ed. by A.T. von Mehren, Harvard University Press, Cambridge Mass. 1963 (*zit. Takayanagi*).

Tanaka Hideo, The Japanese Legal System, 6th ed. 1984, 9th printing, University of Tokyo Press 1994 (*zit. Tanaka*).

富井政章 民法原論 有斐閣

Tomii Masaakira, Minpô Genron I [Grundlagen des Zivilrechtes, Bd. I], Yûhikaku-Verlag 1903 (*zit. Tomii*).

右近潤一 消費者保護のあり方に関する一考察 同志社法学

Ukon Junichi, Shôhisha hogo ni arikata ni kansuru ichikôsatsu [Betrachtungen zu den Methoden des Verbraucherschutzes], Doshisha Hôgaku Nr. 4, Bd. 55 (2003), 97 ff.

我妻榮 旧法令集 有斐閣

Wagatsuma Sakae (Hrsg.), Kyû hôreishu [Alte Gesetzessammlung] Yûhikaku-Verlag 1968 (*zit. Wagatsuma, Kyûhô*).

– 新訂民法総則 2版1965 岩波書店

Shintei Minpô sôsoku [Neuer Allgemeiner Teil des Zivilrechts], 2. Aufl., Iwanami-Verlag 1965 (*zit. Wagatsuma, Minpô*).

山本敬三 民法講義 IV-1 契約2005有斐閣

Yamamoto Keizô, Minpô Kôgi IV-1, Keiyaku, [Lehrbuch zum Zivilrecht IV-1, Verträge] Yuhikaku-Verlag 2005 (*zit. Yamamoto, Keiyaku*).

– 民法講義I 総則2版 2005有斐閣

Minpô Kôgi I, Sôsoku, [Lehrbuch zum Zivilrecht I, Allgemeiner Teil], 2. Aufl., Yuhikaku-Verlag 2005 (*zit. Yamamoto, Minpô*).

– , Das Verbrauchervertragsgesetz in Japan und die Modernisierung des Zivilrechts, in: Recht im Wandel seines sozialen und technologischen Umfeldes, Festschrift für Manfred Rehbinder, Jürgen Becker et al. (Hrsg.), Bern 2002, 819 ff. (*zit. Yamamoto, FS Rehbinder*).

– 消費者契約法の意義と民法の課題 民商法雑誌

Shôhisha keiyaku-hô no igi to Minpô no kadai [Bedeutung des Gesetzes über den Verbrauchervertrag und der Rahmen des Zivilrechts], Minshôhô Zasshi Bd. 123 (2001) 505 ff.

– 消費者契約法と情報提供 法理の展開 金融法務事情

Shôhisha keiyaku-hô to jôhô teikyô hôri no tenkai [Verbrauchervertragsgesetz und Entwicklung des Informationsmodells], Kinyu hômu jijô (*zit. Kinhô*) Nr. 1596 (2000) 7 ff.

– 取引関係における違法行為をめぐる制度間競合論 総括 ジュリスト

Torihiki kankei ni okeru ihôkôi wo megaru seidokan kyôgôron sôkatsu [Im Geschäftsverkehr auftretende Ansprüche rund um die unerlaubte Handlung – eine Zusammenfassung], Jurisuto Nr. 1097 (1996) 116 ff.

山本豊 電子契約の法的者の問題 ジュリスト

Yamamoto Yutaka, Denshi keiyaku no hôtekisha no mondai [Juristische Fragen zum elektronischen Vertrag], Jurisuto Nr. 1215 (2002) 75 ff.

– 消費者契約法 法学教室（一）（二）（三）

Shôhisha keiyaku-hô [Gesetz über den Verbrauchervertrag], Hôgaku Kyôshitsu, 1.Teil in Nr. 241 (2000), 77 ff., 2. Teil in Nr. 242 (2000), 88 ff., 3. Teil in Nr. 243 (2000) 56 ff.

山下純司 消費者契約法と詐欺・強迫 ジュリスト

Yamashita Junji, Shôhisha keiyaku-hô to sagi・kyôhaku [Verbrauchervertragsgesetz und Täuschung sowie Drohung] Jurisuto Nr. 1200 (2001) 57 ff.

– 保証意思と錯誤の関係 法学会雑誌

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Hoshô ishi to sakugo no kankei [Verhältnis von Bürgschaftswille und Irrtum], Hôgakkai Zasshi Nr. 1, Bd. 36 (2000) 77 ff.

吉田豊，民法総則講義 有斐閣

Yoshida Yutaka, Minpô Sôsoku Kôgi [Lehrbuch zum Zivilrecht, Allgemeiner Teil] Yuhikaku-Verlag 2000 *(zit. Yoshida)*.

Yoshioka Hiroyuki, Gesetzlicher Verbraucherschutz in Japan, in: Gegenwartsprobleme des Verbraucherschutzes: Berichte über Erfahrungen in Japan und Deutschland, Kitagawa, Zentaro/Rehbinder, Manfred (Hrsg.), Berlin 1978 *(zit. Yoshioka)*.

Hinweis zu den Fundstellen der japanischen Urteile

Urteile des Daishin'in = Japanisches Reichsgericht von 1875-1947 finden sich in Minroku (民録), der Sammlung der höchstrichterlichen Urteile in Zivilsachen bis 1921; seither in Minshû（民集）, der Sammlung der höchstrichterlichen Urteile in Zivilsachen ab 1921, wobei der oberste japanische Gerichtshof seit 1947 Saikô Saibansho (最高裁判所), abgekürzt: Saikosai, heisst. Urteile des Saikosai, des Kôsai (= Abk. für japanisches Ober- bzw. Oberlandesgericht) und des Chisai (= Abk. für japanisches Bezirks- bzw. Landesgericht) sind v.a. abgedruckt in den Periodika Hanrei Jihô (判例時報), Hanrei Taimuzu (判例タイムズ) und Jurisuto (ジュリスト).

II. Zum deutschen und schweizerischen Recht

Adomeit, Klaus, Herbert Marcuse, der Verbraucherschutz und das BGB, NJW 2004, 579 ff.

Apathy, Peter, Der Rücktritt des Verbrauchers vom Fernabsatzvertrag, in: Festschrift für E. A. Kramer, Privatrecht und Methode, Heinrich Honsell et al. (Hrsg.), Basel, Genf, München 2004, 3 ff. *(zit. Apathy, FS Kramer)*.

Bucher, Gabriela, Irrtumsanfechtung, vertragswidrige Leistung und Sachmängelgewährleistung beim Kauf, Arbeiten zur Rechtsvergleichung Band 179, Baden-Baden 1996 *(zit. Bucher)*.

Bulcheit, Peter, Konsumentvertrag und E-Commerce, Eine Übersicht, Bern 2005 *(zit. Bulcheit)*.

Boudenbacher, Carl, Lauterkeitsrecht, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Basel 2001 *(zit. Boudenbacher, UWG)*.

Becker, Hermann, Berner Kommentar, Bd. VI: Obligationenrecht. 1. Abt. Allgemein Bestimmungen (Artikel 1-183), 2. Aufl., Bern 1941 *(zit. BK-Becker)*.

Belser, Eva Maria, Freiheit und Gerechtigkeit im Vertragsrecht, Freiburg in der Schweiz 2000 *(zit. Belser)*.

–, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, Ein Kommentar zum deutschen Bürgschaftsbeschluss und zum Stand der richterlichen Inhaltskontrolle in der Schweiz, AJP 1998, 433 ff.

Bierekoven, Christiane, Der Vertragsschluss via Internet im internationalen Wirtschaftsverkehr, Köln, Berlin, Bonn, München 2001 *(zit. Bierekoven)*.

Bischoff, Jacques, Vertragsrisiko und clausula rebus sic stantibus, Zürich 1983 *(zit. Bischoff)*.

Brehm, Wolfgang, Zur automatisierten Willenserklärung, in: Festschrift für Hubert Niederländer zum siebzigsten Geburtstag, Jayme, Erik et al. (Hrsg.), Heidelberg 1991, 233 ff. *(zit. Brehm, FS Niederländer)*.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Brox, Hans, Allgemeiner Teil des BGB, 29. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München 2005 *(zit. Brox)*.

Brunner, Alexander, Art. 22 GestG in: Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht, Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen, Karl *Spühler*, Luca Tenchio, Dominik Infanger (Hrsg.), Basel, Frankfurt a.M. 2001 *(zit. BSK-GestG 22-Brunner)*.

–, Neue Entwicklungen im Konsumentenrecht, SJZ 97 (2001) 241 ff.

–, Die Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen in der aktuellen schweizerischen Lehre und Praxis, ZSR 118 (1999), I. Halbband, 305 ff.

–, Was ist Konsumentenrecht?, JKR 1995, 31 ff.

Bucher, Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Zürich 1988 *(zit. Bucher)*.

–, Hundert Jahre schweizerisches Obligationenrecht: Wo stehen wir heute im Vertragsrecht?, ZSR 102 (1983) 251 ff.

Bülow, Peter/Artz Markus, Fernabsatzverträge und Strukturen eines Verbraucherprivatrechtes im BGB, NJW 2000, 2049 ff.

Bydlinski, Franz, Die Suche nach der Mitte als Daueraufgabe der Privatrechtswissenschaft, AcP 204 (2004) 309 ff.

Canaris, Claus-Wilhelm, Äquivalenzvermutung und Äquivalenzwahrung im Leistungsstörungsrecht des BGB, in: Festschrift Herbert Wiedemann zum 70. Geburtstag, Wank Rolf et al. (Hrsg.), München 2002, 3 ff. *(zit. Canaris, FS Wiedemann)*.

–, Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner Materialisierung, AcP 200 (2000) 273 ff.

–, Theorienrezeption und Theoriestruktur, in: Festschrift für Zentaro Kitagawa zum 60. Geburtstag, Leser Hans G./Isomura Tamotsu (Hrsg.), Berlin 1992, 61 ff. *(zit. Canaris, FS Kitagawa)*.

Coing, Helmut, Die Zivilrechtswissenschaft im 19. Jahrhundert in Europa, München 1993 *(zit. Coing)*.

Dilger, Petra, Verbraucherschutz bei Vertragsschlüssen im Internet, München 2000 *(zit. Dilger)*.

Dörner, Heinrich/Staudinger, Ansgar, Schuldrechtsmodernisierung, Systematische Einführung und synoptische Gesamtdarstellung, 2. Aufl., Baden-Baden 2002 *(zit. Dörner/Staudinger, SRM)*.

–, *Heinrich*, Rechtsgeschäfte im Internet, AcP 202 (2002) 363 ff.

Dornier, Roger, Das Widerrufsrecht bei Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften, Freiburg in der Schweiz 1994 *(zit. Dornier)*.

Fick, Fritz, Der wesentliche Irrtum im revidierten schweizerischen Obligationenrecht (Art. 23-27), Festschrift für Georg Cohn zu seinem 70. Geburtstag, Zürich 1915 *(zit. Fick, FS Cohn)*.

Felke, Klaus/Jordans, Roman, Umsetzung der Fernabsatz-Richtlinie für Finanzdienstleistungen, NJW 2005, 710 ff.

Fleischer, Holger, Konkurrenzprobleme um die culpa in contrahendo: Fahrlässige Irreführung versus arglistige Täuschung, AcP 200 (2000) 91 ff.

–, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, München 1999 *(zit. Fleischer)*.

Flume, Werner, Eigenschaftsirrtum und Kauf, Darmstadt 1975 *(zit. Flume)*.

–, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band „Das Rechtsgeschäft", 4. Aufl., Berlin 1992 *(zit. Flume, AT)*.

Fountoulakis, Christina, Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über den elektronischen Geschäftsverkehr, in: Information & Recht: ein Projekt von Assistentinnen und Assistenten der Juristischen Fakultät Basel, Basel 2002, 57 ff. *(zit. Fountoulakis)*.

Frei, Oliver, Abschluss des Konsumentenvertrags im Internet, Zürich 2001 *(zit. Frei)*.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Fuchs, Andreas, Das Fernabsatzgesetz im neuen System des Verbraucherschutzes, ZIP 2000, 1273 ff.

Gauch, Peter/Schluep, Walter/Schmid, Jörg/Rey, Heinz, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1-2, 8. Aufl., Zürich 2003 *(zit. Gauch/Schluep/ Schmid/ Rey)*.

Gauch, Peter, Auslegung, Ergänzung und Anpassung schuldrechtlicher Verträge, in: Rechtsentwicklung an der Schwelle des 21. Jahrhunderts, Gauch Peter/Schmid Jörg (Hrsg.), Zürich 2001, 209 ff. *(zit. Gauch, Auslegung)*.

–, Zum Stand der Lehre und Rechtsprechung. Geschichten und Einsichten eines privaten Schuldrechtlers, ZSR 119 (2000) 1 ff.

–, Die Übervorteilung – Bemerkungen zu Art. 21 OR, recht 1989, 91 ff.

–, Urteil des Bundesgerichtes, 1. Zivilabteilung vom 7. Juni 1988 in Sachen A. gegen Frau X. (BGE 114 II 131 ff.), „Picasso-Entscheid", SAG 1989, 152 ff.

Gasser, Urs, Innovation im (Vertrags-)Recht?, SJZ 97 (2001) 386 ff.

Gmür, Rudolf, Das schweizerische Zivilgesetzbuch verglichen mit dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch, Bern 1965 *(zit. Gmür)*.

Goltz, Hanno, Motivirrtum und Geschäftsgrundlage im Schuldvertrag, Köln, Berlin, Bonn, München 1973, *(zit. Goltz)*.

Gonzenbach, Rainer, Art. 40a-g OR, in: Honsell Heinrich, Vogt Nedim Peter, Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 3. Aufl., Basel, Genf, München 2003 *(zit. BSK- Artikel-Gonzenbach)*.

–, „Pacta sunt servanda" oder neues Licht auf einen alten Grundsatz – Notizen zu einem Konsumentenschutzproblem, ZSR 106 (1987) 436 ff.

–, Culpa in contrahendo im schweizerischen Vertragsrecht, Bern 1987 *(zit. Gonzenbach)*.

Gordeley, James, The Enforcement of Promises in European Contract Law, Cambridge University Press 2001 *(zit. Gordeley)*.

Graf, Georg, Vertrag und Vernunft: eine Untersuchung zum Modellcharakter des vernünftigen Vertrags, Wien, New York 1997 *(zit. Graf)*.

–, Sozialvertragstheorie und Privatrecht. Die ethischen Grundlagen des Privatrechts, Rechtsethik Bd. 1, Bydlinsky/Mayer-Maly (Hrsg.), Wien, New York 1994, 81 ff. *(zit. Graf, Rechtsethik Bd. 1)*.

Grasmann, Günther, in: Einführung in die grossen Rechtssysteme der Gegenwart, David/Grasmann (Hrsg.), 2. Aufl., München 1988 *(zit. Grasmann)*.

Grigoleit, Hans Christoph, Irrtum, Täuschung und Informationspflichten in den European Principles und den Unidroit-Principles, in: Informationspflichten und Vertragsschluss im Aquis communautaire, Informations requirements and formation of contract in the aquis communautaire, Schulze Reiner, Ebers Martin, Grigoleit Hans Christoph (Hrsg.), Tübingen 2003 *(zit. Grigoleit, PECL/UP)*.

–, Die neuen Vertriebsformen des BGB, NJW 2002, 1151 ff.

–, Neuere Tendenzen zur schadensrechtlichen Vertragsaufhebung, NJW 1999, 900 ff.

–, Abstraktion und Willensmängel – Die Anfechtbarkeit des Verfügungsgeschäfts, AcP 199 (1999) 379 ff.

–, Vorvertragliche Informationshaftung: Vorsatzdogma, Rechtsfolgen, Schranken, München 1997 *(zit. Grigoleit)*.

Härting, Niko/Schirmbacher, Martin, Finanzdienstleistungen im Fernabsatz, CR 2005, 48 ff.

Hartmann, Stephan, Die vorvertraglichen Informationspflichten und ihre Verletzung. Klassisches Vertragsrecht und modernes Konsumentenschutzrecht, Freiburg in der Schweiz 2001 *(zit. Hartmann)*.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Hau, Wolfgang, Zur Übung – Bürgerliches Recht: Die entdeckten Pandekten des Ferdinand Regelsberger, JuS 2002, 337 ff.

Hefermehl, Wolfgang, in: Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Kommentar begründet von Soergel Hans Thomas, Band 2, Allgemeiner Teil 2, 104-240, wissenschaftliche Redaktion Wolf Manfred, 13. Aufl., Stuttgart 1999 *(zit. Soergel/Hefermehl)*.

Heinrichs, Helmut, in: Palandt Otto, Bürgerliches Gesetzbuch, 64. Aufl., München 2005, Beck'sche Kurz-Kommentare Band 7 *(zit. Palandt/Heinrichs)*.

–, in: Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts, Ergänzungsband zu Palandt BGB, 61. Auflage, München 2002 Beck'sche Kurz-Kommentare, *(zit. Palandt/Heinrichs SMG)*.

Heiz, Christoph, Der Grundlagenirrtum, Zürich 1985 *(zit. Heiz)*.

Heun, Sven Erik, Die elektronische Willenserklärung, CR 1994, 595 ff.

Hey, Felix Christopher, Die Kodifizierung der Grundsätze über die Geschäftsgrundlage durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, Beiträge für Claus-Wilhelm Canaris zum 65. Geburtstag, herausgegeben und verfasst von seinen Schülern, München 2002, 21 ff. *(zit. Hey)*.

Hommelhoff, Peter, Verbraucherschutz im System des deutschen und europäischen Privatrechts, Heidelberg 1996 *(zit. Hommelhoff)*.

Honsell, Heinrich, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 7. Aufl., Bern 2003 *(zit. Honsell, BT)*.

–, Kaufrecht und elektronischer Geschäftsverkehr, in: Internet-Recht und Electronic Commerce Law, 3. Tagungsband, Arter Oliver et al. (Hrsg.), Bern 2003, 211 ff. *(zit. Honsell, Kaufrecht und E-Commerce)*.

– / Pietrzak, *Thomas*, Der Vernehmlassungsentwurf zu einem Bundesgesetz über den elektronischen Geschäftsverkehr, AJP 2001, 771 ff.

–, OR-Novelle zum Konsumentenschutz, AJP 1992, 66 ff.

Hotz, Sandra, Plädoyer für ein Widerrufsrecht im Fernabsatzvertrag, in: Camprubi Madleine (Hrsg.), Angst und Streben nach Sicherheit in Gesetzgebung und Praxis, Analysen und Perspektiven von Assistierenden des Rechtswissenschaftlichen Institutes der Universität Zürich, Zürich 2004, 207 ff. *(zit. Hotz)*.

Huber, Peter, Irrtumsanfechtung und Sachmängelhaftung, Tübingen 2001 *(zit. Huber)*.

Huber, Ulrich, Die Praxis des Unternehmenskaufes im System des Kaufrechts, AcP 202 (2002) 180 ff.

Huguenin, Claire, Art. 19-21 OR, in: Honsell Heinrich, Vogt Nedim Peter, Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 3. Aufl., Basel, Genf, München 2003 *(zit. BSK-Artikel-Huguenin)*.

–, Konsumentenrecht im OR im Spannungsfeld zwischen Regulierung und Deregulierung, SJZ 91 (1995) 417 ff.

–, Direktvertrieb und Widerrufsrecht, AJP 1994, 691 ff.

Jörg, Florian S., Informationspflichten im E-Commerce in: Internet-Recht und Electronic Commerce Law, ders./Arter Oliver (Hrsg.), Bern 2003, 15 ff. *(zit. Jörg, Bd. 2003)*.

– /*Arter, Oliver*, Ein kritischer Blick auf den Entwurf zum Bundesgesetz über den elektronischen Geschäftsverkehr, AJP 2002, 165 ff.

–, Ausgewählte Rechtsfragen zum Vertragsschluss im Internet und neue Geschäftsmodelle, in: Internet-Recht und Electronic Commerce Law, ders./Arter Oliver (Hrsg.), Bern 2001, 15 ff. *(zit. Jörg, Bd. 2001)*.

Kittner, Michael, Schuldrecht, Rechtliche Grundlagen – Wirtschaftliche Zusammenhänge, 3. Aufl., München 2003 *(zit. Kittner)*.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Keller, Max/Schöbi, Christian, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, Das Schweizerische Schuldrecht, Band I, 3. Aufl., Basel, Frankfurt a.M. 1988 *(zit. Keller/Schöbi)*.

Köhler, Helmut, Das neue UWG, NJW 2004, 2121 ff.

–, BGB Allgemeiner Teil, 26. Aufl., München 2002 *(zit. Köhler BGB AT)*.

–, Die Lehre von der Geschäftsgrundlage als Lehre von der Risikobefreiung, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe für die Wissenschaft I, Berlin 2000, 295 ff. *(zit. Köhler, Geschäftsgrundlage)*.

–, Die Problematik automatisierter Rechtsvorgänge, insbesondere von Willenserklärungen, AcP 182 (1982) 127 ff.

Koller, Tamler Marlis, Der Konsumentenvertrag, Bern 1995 *(zit. Koller Tamler)*.

Kolly, Gilbert, Der Grundlagenirrtum nach Art. 24 OR, Rechtsprechung des Bundesgerichtes, Freiburg in der Schweiz 1978 *(zit. Kolly)*.

Kramer, Ernst A., in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, Allgemeiner Teil §§ 1-240, AGB Gesetz, 4. Auflage, München 2001, Hrsg. Franz Jürgen Säcker *(zit. Mü-Ko/Kramer)*.

–, Der Einfluss des BGB auf das schweizerische und österreichische Privatrecht, AcP 200 (2000), 365 ff.

–, BGH und Kalkulationsirrtum, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe für die Wissenschaft, Berlin 2000, 57 ff. *(zit. Kramer, Kalkulationsirrtum)*.

–, Der Irrtum beim Vertragsschluss, Eine weltweite rechtsvergleichende Bestandesaufnahme, Zürich 1998 *(zit. Kramer, Irrtum int.)*.

–, in: Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band VI, 1. Abteilung, 1. Teilband, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 18 OR *(zit. BK-Kramer)*.

–, Eine Wendung der Rechtsprechung des Bundesgerichtes zum Grundlagenirrtum? SJZ 66 (1970) 177 ff.

Krejci, Heinz, Ist das Verbraucherrecht ein Rechtsgebiet?, in: Verbraucherschutz in Europa, Festgabe für Heinrich Mayrhofer, Eccher et al. (Hrsg.), Wien 2000, 121 ff.

Langer, Dirk, Verträge mit Privatkunden im Internet, Studien zum Verbraucherrecht Band 9, Hrsg. Stauder Bernd, Zürich 2003 *(zit. Langer)*.

Larenz, Karl, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, fortgeführt von Wolf Manfred, 9. Aufl., München 2003 *(zit. Larenz/Wolf)*.

–, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 7. Aufl., München 1997 *(zit. Larenz)*.

Lips, Michael, Die kaufrechtliche Garantie, Studien zum Verbraucherrecht/Etudes de droit de la consommation Band 8, Hrsg. Stauder Bernd, Zürich 2002 *(zit. Lips)*.

Lorenz, Stephan, Schuldrechtsreform 2002, Problemschwerpunkte 3 Jahre danach, NJW 2005, 1889 ff.

– */Riehm, Thomas*, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, München 2002 *(zit. Lorenz/Riehm)*.

–, Im BGB viel Neues: Die Umsetzung der Fernabsatzrichtlinie, JuS 2000, 831 ff.

–, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag – Eine Untersuchung von Möglichkeiten und Grenzen der Abschlusskontrolle im geltenden Recht, München 1997 *(zit. Lorenz)*.

Lupi Thomann, Melania, Die Anwendung des Konsumkreditgesetzes auf Miet-, Miet/Kauf- und Leasingverträge, Studien zum Verbraucherrecht Band 10, Hrsg. Stauder Bernd, Zürich 2003 *(zit. Lupi Thomann)*.

Mankowski, Peter, Online-Auktionen, Versteigerungsbegriff und fernabsatz-rechtliches Widerrufsrecht, JZ 2005, 444 ff.

–, Beseitigungsrechte, Tübingen 2003 *(zit. Mankowski)*.

Martinek, Martin, Verbraucherschutz im Fernabsatz, Leschilfe mit Merkpunkten zur neuen EU-Richtlinie, NJW 1998, 207 ff.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Medicus, Dieter, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, Ein Studienbuch, 16. Aufl., München 2005 *(zit. Medicus, AT/Stud.)*.

–, Allgemeiner Teil des BGB: ein Lehrbuch, 8. Aufl., Heidelberg 2005 *(zit. Medicus, BGB AT)*.

–, Eigenschaft oder Rolle als Anknüpfungspunkt für Rechtsfolgen, in: Privatrecht und Methode, Festschrift für Ernst A. Kramer, Honsell Heinrich et. al. (Hrsg.), Basel, Genf, München 2004, *(zit. Medicus, FS Kramer)*.

–, Wer ist ein Verbraucher?, in: Festschrift für Zentaro Kitagawa zum 60. Geburtstag, Leser Hans G./Isomura Tamotsu (Hrsg.), Berlin 1992, 61 ff. *(zit. Medicus, FS Kitagawa)*.

Meier-Hayoz, Arthur, Das Vertrauensprinzip beim Vertragsabschluss. Ein Beitrag zur Lehre der Auslegung und der Mängel des Vertragsabschlusses beim Schuldvertrag, Zürich 1948 *(zit. Meier-Hayoz)*.

Merz, Hans, Vertrag und Vertragsschluss, 2. Aufl., Freiburg in der Schweiz 1992 *(zit. Merz)*.

–, Die privatrechtliche Besprechung des Bger. 1988, ZBJV 126 (1990) 252 ff.

Micklitz, Hans-W. in: Europäisches Verbraucherrecht, Reich Norbert/Micklitz Hans.-W., 4. Aufl., Baden-Baden 2003 *(zit. Micklitz, europ. Verbraucherrecht)*.

–, in: Handkommentar zum Vertriebsrecht, Baden-Baden 2002 *(zit. HK-VertriebsR /Micklitz)*.

–, Vertragsmodalitäten im Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes VuR 2001, 71 ff. *(zit. Micklitz, Vertragsmodalitäten)*.

–, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band I, Allgemeiner Teil, §§ 1-240 BGB, AGB, 4. Aufl., München 2001 *(zit. Mü-Ko/Micklitz)*.

Mugdan, Benno, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band I, Berlin 1899 *(zit. Mugdan)*.

Oechsler, Jürgen, Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag, Tübingen 1997 *(zit. Oechsler)*.

Oser, Hugo/Schönenberger, Wilhelm, Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht, Das Obligationenrecht, 1. Halbband (Art. 1-183), 2. Aufl., Zürich 1929 *(zit. ZK-Oser/Schönenberger)*.

Pichonnaz, Pascal, Begleitbericht und Entwurf zur Teilrevision des Konsumentenschutzinformationsgesetzes vom 16. April 2004 *(zit. BgIB/VE-KIG)*.

–, Überlegungen zur „autonomen" Umsetzung der Richtlinie 1999/44/EG über den Verbrauchsgüterkauf in der Schweiz, Verbraucherkauf in Europa, Hrsg. Schermaier Martin Josef, München 2003 *(zit. Pichonnaz)*.

Protz, Christophe et al., E-Commerce-Praxis in der Schweiz, Aufholbedarf für Schweizer Online-Shops, Schweizerischer Treuhänder 2002, 593 ff.

Rehbinder, Manfred, Schmaus, Stefan, Rechtsprobleme beim Vertragsschluss im Internet, UFITA 2000, 313 ff. *(zit. Rehbinder/Schmaus)*.

–, Zum Begriff des Konsumentenrechtes, JKR 1995, 59 ff.

–, Der Schweizerische Konsumentenschutz: ein Trauerspiel, recht 1990, 129 ff.

–, Die Rezeption fremden Rechts in soziologischer Sicht, in: Zur Rezeption des deutschen Rechts in Korea, ders./Ju-Chan Soun (Hrsg.), Baden-Baden 1990 *(zit. Rehbinder, Rezeption fremden Rechts)*.

Reiner, Günther, Der verbraucherschützende Widerruf im Recht der Willenserklärungen, AcP 203 (2003) 1 ff.

Rösler, Hannes, 30 Jahre Verbraucherpolitik in Europa, ZfRV 2005, 134 ff.

Savigny, Carl Friedrich von, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. III, 1840 *(zit. Savigny Bd. III)*.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Schermaier, Martin Josef, in: Historisch-kritischer Kommentar zum BGB Band I, Allgemeiner Teil und §§ 1-240 BGB, herausgegeben von Schmoeckel Matthias, Rückert Joachim, Zimmermann Reinhard, Tübingen 2003 *(zit. HKK-Schermaier)*.

–, Die Bestimmungen des wesentlichen Irrtums von den Glossatoren bis zum BGB, Wien, Köln, Weimar 2000 *(zit. Schermaier)*.

Schmelzer, Mikael, Der Konsumentenvertrag, Zürich 1995 *(zit. Schmelzer)*.

Schmidlin, Bruno, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band VI, 1. Abteilung, 2. Teilband, Unterteilband 1b, Mängel des Vertragsschlusses, Art. 23 - 31 OR *(zit. BK-Schmidlin)*.

–, Das Vertrauensprinzip und die Irrtumslehre im deutschen und schweizerischen Recht, ZSR 87 (1970) 2. Halbband, 225 ff.

Schmidt-Räntsch, in: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bamberger, Heinz Georg/Roth Herbert (Hrsg.), München 2003 *(zit. BaRo/Schmidt-Räntsch)*.

Schneider, A./Fick, Fritz (Hrsg.), Das Schweizerische Obligationenrecht betreffend die persönliche Handlungsfähigkeit mit allgemeinen Erläuterungen, Zürich 1881 *(zit. Schneider/Fick)*.

Schöbi, Felix, Ein Vertragsrecht für das digitale Zeitalter?, in: Aktuelle Rechtsfragen des E- Commerce, Trüeb Rudolf Hrsg., Zürich 2001, 50 ff. *(zit. Schöbi, E-Commerce)*.

–, Vertragsabschluss auf elektronischem Weg: Schweizer Recht heute und morgen, in: Geschäftsplattform Internet, Rechtliche und praktische Aspekte, Weber Rolf H. (Hrsg.), Zürich 2000, 103 ff. *(zit. Schöbi, Elektronischer Vertragsabschluss)*.

Schulte-Nölke, Hans, in: Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, Schulze Reiner (Schriftleitung), 3. Aufl., Baden-Baden 2003 *(zit. Hk-BGB/Schulte-Nölke)*.

Schulze, Reiner, in: Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, ders. (Schriftleitung), 3. Aufl., Baden 2003 *(zit. Hk-BGB/Schulze)*.

Schwaab, Dirk, Zum Irrtum beim Vertragsschluss, Europäische Hochschulschriften Reihe II, Band 2940, Frankfurt a.M., Berlin, Bern, Bruxelles, New York 2000 *(zit. Schwaab)*.

Schwarz, Andreas B., Zur Entstehung des modernen Pandektensystems, Savigny Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung 42 (1921), 587 ff. *(zit. SZ Rom)*.

Schwenzer, Ingeborg, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Bern 2003 *(zit. Schwenzer)*.

Simonius, August, Wandlung der Irrtumslehre in Theorie und Praxis, Aus der Praxis Schweizerischer Gerichte und Verwaltungsbehörden, in: Festgabe zum 70. Geburtstag von Fritz Goetzinger, Basler Studien zur Rechtswissenschaft Heft 10, Wieland et al. (Hrsg.), Basel 1920, 240 ff. *(zit. Simonius, FS Goetzinger)*.

Singer, Reinhard in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 1, Allgemeiner Teil §§ 90-133, 13. Aufl., Berlin 2004 *(zit. Staudinger/Singer)*.

–, Selbstbestimmung und Verkehrsschutz im Recht der Willenserklärungen, München 1995 *(zit. Singer)*.

Stauder, Bernd, in: Droit de la consommation, Stauder Bernd/Favre-Bulle Xavier, Commentaire Romand, Extrait du Code des Obligations 1, Thévenoz/Werro (Hrsg.), Basel 2004 *(zit. CR-Stauder)*.

–, Leasingverträge nach revidiertem KKG, JKR 2002, 79 ff.

Stauder, Bernd/Langer Dirk/Schaffelhuber Kai, Entwicklung des europäischen Verbraucherrechts von 1995-2001, JKR 2001, 236 ff.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Thot, Norman B., Elektronischer Vertragsschluss – Ablauf und Konsequenzen, Europäische Hochschulschriften Reihe 2, Rechtswissenschaften Bd. 2824, Köln 1999 (*zit. Thot*).

von Bernuth, Wolf, Abschluss und Gestaltung von Online-Verträgen, in: E-Commerce und Recht Bd. 2, Hamann Christian /Weidert Stefan (Hrsg.), Berlin 2002, 173 ff. (*zit. von Bernuth*).

Von Hippel, Eike, Verbraucherschutz, 3. Aufl., Tübingen 1986 (*zit. von Hippel*).

Von Tuhr, Andreas/Peter Hans, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I, 3. Aufl., Zürich 1979 (*zit. von Tuhr/Peter*).

– */Peter Hans/Escher Arnold*, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Supplement zur 3. Aufl., Zürich 1984 (*zit. von Tuhr/Peter/Escher Supplement*).

Waas, Bernd, Der Kalkulationsirrtum zwischen Anfechtung und unzulässiger Rechtsausübung – BGHZ 139, 177, JuS 2001, 14ff

Weber, Rolf H., E-Commerce und Recht, Rechtliche Rahmenbedingungen elektronischer Geschäftsformen, Zürich 2001 (*zit. Weber, E-Commerce*).

– */Jöhri, Yvonne*, Vertragsschluss im Internet, Geschäftsplattform Internet, in: Rechtliche und praktische Aspekte, Weber Rolf H. (Hrsg.) , Zürich 2000, 39 ff. (*zit. Weber/Jöhri*).

Weber-Stecher, Urs, Internationales Konsumvertragsrecht, Zürich 1997 (*zit. Weber-Stecher*).

Wendehorst, Christiane, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Schuldrecht/Allgemeiner Teil, Band 2a, §§ 241-432 BGB, Ulmer Peter (Hrsg.), 4. Aufl., München 2003 (*zit. Mü-Ko/Wendehorst*).

–, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Ergänzungsband zur 4. Auflage, Band 2a, §§ 241-432 BGB, München 2006 (*zit. Mü-Ko/Wendehorst Ergbd.*).

Werro, Franz/Belser, Eva Maria, L'exécution du contrat à distance, in: La protection des consommateurs acheteurs à distance, Studien zum Verbraucherrecht Band 6, Stauder Hildegard und Bernd (Hrsg.), 1999, Zürich (*zit. Werro/Belser*).

Wieacker, Franz, Privatrechtsgeschichte, München 1967 (*zit. Wieacker*).

–, Gemeinschaftlicher Irrtum der Vertragsparteien und Clausula rebus sic stantibus, in: Festschrift zum 60. Geburtstag von Walter Wilburg, Graz 1965, 229 ff.

Wiedenmann, Kai-Udo, Verbraucherleitbilder und Verbraucherbegriff im deutschen und europäischen Privatrecht, Frankfurt a.M., Berlin, Bern 2003 (*zit. Wiedenmann*).

Wiegand, Daniel, Vertragliche Beschränkung der Berufung auf Willensmängel, München 2000 (*zit. Wiegand D.*).

Wiegand, Wolfgang, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 2003, ZBJV 140 (2004) 826 ff.

– */Marti Mario*, Das Bundesgesetz über den elektronischen Geschäftsverkehr – Die rechtliche Erfassung des E-Commerce, Tagung 2001 für Informatik und Recht, Hrsg. Koller Thomas/Muralt Müller Hanna, Bern 2002, 37 ff. (*zit. Wiegand/Marti*).

–, Zur Anwendung von autonomen nachvollzogenem EU-Privatrecht, in: Festschrift für Professor Roger Zäch zum 60. Geburtstag, „Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz", Forstmoser Peter et al., Zürich 1999, 171 ff. (*zit. Wiegand/FS Zäch*).

Wildemann, Daniela, Vertragsschluss im Netz, München 2000 (*zit. Wildemann*).

Windscheid, Bernhard, Lehrbuch der Pandekten I, 4. Aufl., München 1876 (*zit. Windscheid, Pandekten I*).

–, Wille und Willenserklärung, AcP 63 (1880) 73 ff.

Wolf, Manfred, Willensmängel und sonstige Beeinträchtigungen der Entscheidungsfreiheit in einem europäischen Vertragsrecht, in: Europäische Vertragsrechtsvereinheitli-

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

chung und deutsches Recht, Basedow Jürgen (Hrsg.), Tübingen 2000, 87 ff. *(zit. Wolf).*

Zehnder, Andreas, Begriffsmerkmale der Wesentlichkeit im Schweizer Irrtumsrecht, Zürich 1993 *(zit. Zehnder).*

Zimmermann, Reinhard, The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition, Oxford 1996 *(zit. Zimmermann).*

Zitelmann, Ernst, Irrtum und Rechtsgeschäft, Leipzig 1879 *(zit. Zitelmann).*

Zweigert, Konrad/Kötz, Hein, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl., Tübingen 1996 *(zit. Zweigert/Kötz).*

Zweigert, Konrad, Irrtum über die Irrtümer, ZfRV 1966, 12 ff.

Zum französischen Recht

Ghestin, Jacques, Traité de droit civil, La formation du contrat, 3e édition, Paris 1993 *(zit. Ghestin).*

Mazeaud, Henri Léon et Jean/Chabas, François, Leçons de droit civil, Monchrestien, tome II., 1er vol., Obligations: théorie générale, 8e édition, Paris 1991 *(zit. Mazeaud/Chabas)*

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Sachregister

„Autonomer" Nachvollzug 257
Abzahlungsvertrag 63, 150, 170
AGB 130, 151, 219, 272, 294
Allgemeine Landrecht für die Preussischen Staaten 10, 22 f.
Anfechtungsrecht
– allgemeines nach Shôhisha keiyaku-hô 152, 156 ff., 165, 184, 187, 192, 312, 319
– besonderes nach Tokutei shô torihiki-hô 153, 184 ff., 288
– vs. Widerrufsrecht 314 ff.
Antimonopolgesetz , jap. 149
Anwerbung durch Geschäft mit Aussicht auf eine Erwerbstätigkeit 181, *Siehe* Telefonanwerbung, Kettengeschäft
„Appointment-sale-"Geschäfte 174 f.
Äquivalenz 3, 76, 96, 98, 104, 127, 130
Arbeitsvertrag 74, 93, 111, 155, 313
Aufklärungspflicht, allgemeine 72, 100, 134, 198, 323
– und Irrtumsrecht 113 f., 127, 194 ff., 239 f., 275f., 319 ff.
– gesetzliche nach ABGB 326
– nach PECL 324
– und Grad der Erkennbarkeit 113, 127 f.
– vorvertragliche 103, 305
Siehe Informationspflichten
Auslegung
– europakonforme 258
– historische 55
– nach dem hypothetischen Parteiwillen 106
– nach jap. Recht 56
– objektive 46 f., 62, 67
– richtlinien-konforme 208
– verbraucherfreundliche 327
Siehe Objektivierungstendenzen, Vertrauensprinzip

Bedingung 18, 122, 144, 179, 221
Bereicherung 50, 126, 143, 250
Bewilligung 125, 137
Bluntschli 22
Boissonade 8, 12 ff., 37, 59, 293
Bona fides-Prinzip 31
Bürgschaftsvertrag 41, 58, 63, 108, 155, 252

„Catch-sale-"Geschäfte 174 f.
cause, Theorie der 13, 57, 293
champ contractuel 58
clausula rebus sic stantibus 26, 93, 105, 127, 130, 131, 253, 276
Code civil 8 ff., 14, 22, 37, 293
Common Law 37, 89, 103, 293, 304
Computerkurs 180
Cooling-off
– Ausschluss 175
– Begriff und Rechtsnatur 167 ff.
– Fristen 151, 175, 183, 199, 311
– Informationspflicht 175
– Recht 201, 288, 313
– Rechtsfolgen 175
Cooling-off-Rechte, jap.
– bei Geschäften durch Telefonanwerbung 176, 285
– bei Geschäften durch Anwerbung mit Aussicht auf eine besondere Erwerbstätigkeit 181
– bei Geschäften über besondere Dauerschuldverträge 180
– bei Haustürgeschäften 151, 173, 187
– bei sog. „Kettengeschäften 178
– nach Abzahlungskaufgesetz 150, 169

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

– nach dem Gesetz über das Bausparwesen 170
– nach dem Gesetz über Depositgeschäfte mit besonderen Waren und Rechten 170
– nach dem Gesetz über die Rechtmässigkeit von Golfclubmitgliedschaften 170
– nach dem Gesetz zum Geschäftsverkehr mit Versicherungen 170
– weitere 170, 181
culpa in contrahendo
– nach dt. Recht 27, 89, 101 ff., 112 f., 144, 304, 307, 316, 327, 329
– nach jap. Recht 71, 201, 305
– nach schweiz. Recht 127, 131 ff., 281

Daimyô 6
Dauerschuldverhältnisse, Geschäfte, über besondere 172 ff., 314
Delikt Siehe unerlaubte Handlung
Deutsch-Französischer Krieg 10
Dissens 14 f., 19, 66, 78, 127, 168, 192
dôki hyôji setsu („Lehre der Motiverklärung") 46 f.
Dresdner Entwurf 23, 30, 333, 336

E-Commerce 149, 151, 203
– Erklärungsirrtum im 79
– Fernabsatzvertrag 224 ff.
– jap. Sondergesetz betr. el. Willenserklärungen im Verbrauchervertrag 203 ff., 346
– Übermittlungsirrtum im 82
– Vertragsschluss im 226 f.
– Verbraucherschutz im 135, 179
Ehe- und Partnerschaftsvermittlungsvertrag 253
Eigenschaftsirrtum
– als sog. Sachverhaltsirrtum 88
– nach den Entwürfen zum BGB 32
– nach dt. Recht 83, 94, 99, 107, 110ff., 240, 244, 321, 325
– nach jap. Recht 44
– nach Kyû Minpô 13 f.
Eigentum 126, 133
E-Mail 79, 98, 178, 224 f., 243, 266, 276
Erkennbarkeit
– des Informationsbedarfs 322
– des Irrtums 52 f., 113, 123 ff, 196
– des Motivs 46 f., 141 f., 195 f., 202f., 319 f.
Siehe Objektivierungstendenz
Erklärungsinhalt, Irrtum im 41, 297
Erklärungsirrtum 142
– gegenseitiger 62
– nach dt. Recht 79, 225
– nach schweiz. Recht 117
– und Motivirrtum 31, 142, 292, 298, 301
erreur
obstacle 14, 19
sans effet sur la validité du contrat 14
vice du consentement 14, 59
error
in corpore 15
in negotio 15, 82, 118
in nomine 15
in personam 15, 75
in substantia 15

Fahrlässigkeit des Irrtums 27, 61, 115, 136, 205, 306, 325
Fairness im Geschäftsverkehr 229
falsa demonstratio 62, 66 ff., 78, 93, 109, 126
Fernabsatzgeschäft
– nach jap. Recht 177
– nach schweiz. VE-OR 263 ff.
– nach dt. Recht 207, 214 ff.
– per Telefon im Besonderen 223 f.
Französisches Recht 14 ff., 20
Siehe Code civil
Funahashi 47

Garantie 54, 144, 299. *Siehe Gôi Shugi*
Geschäftspraktiken
unlautere 98, 148, 151
Gesetz über besondere Geschäftsformen *Siehe Tokutei shô torihiki hô*
Gesetz zum unlauteren Wettbewerb, jap. 149
Gesetze zum Schutz vor Kleinkreditgeschäften, jap. 151
Gôi Shugi (Prinzip der zu Grunde liegenden Vereinbarung) 46, 53 f., 57, 60, 65, 76, 141, 144, 192, 298 f., 300, 302f.
Grundlagenirrtum 116, 120 ff., 125, 127, 137, 275ff., 296

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Grundstückkaufvertrag 50, 64, 75, 102, 108, 323
Haustürgeschäfte
– jap. Gesetz über 150, 176
– nach dt. Recht 212 ff.
– nach jap. Recht 172 ff., 186
– nach schweiz. Recht 250 f.
– verbotene Handlungen beim 185, 196
Siehe Anfechtungsrecht
Heimunterrichtsangebote 180
„Homeparty-"Geschäfte 174
Hozumi 9, 16
Huber 24

ichigenteki kôsei („Lehre der einheitlichen Behandlung") 47 ff.
Identitätsirrtum 14, 18, 37, 47, 82
Immobilien 216, 263
Immobilienvertrag 252
Informationsdefizit 138, 220, 270
Informationsgebot nach Shôhisha keiyaku-hô 164 f.
Informationspflichten, besondere
– aus c.i.c 254
– aus Tokutei shô torihiki-hô 172 ff.
– aus Treu und Glauben 254
– exemplarischer Katalog 329
– für den elektronischen Geschäftsverkehr nach dt. Recht 220, 228 f., 235
– für den Fernabsatzvertrag nach dt. Recht 220 f.
– für den Finanzdienstleistungsverkehr nach dt. Recht 220, 234
– für den Finanzdienstleistungsvertrag nach jap. Recht 152
– nach schweiz. Recht de lege ferenda 266
– nach schweiz. Sondergesetzen de lege lata 253 f.
Siehe Aufklärungspflicht
Informationspflichtwidrigkeit 239
Inhaltsirrtum 34, 38, 75, 79 ff., 87, 140, 204, 293
– erweiterter 87
Inhaltskontrolle
– allgemein 96, 273
– nach Shôhisha keiyaku-hô 152, 294
Internet-Auktion 240
Irreführung
– fahrlässige 102 ff., 304
– nach Shôhisha keiyak-hô 157, 193
– nach Tokutei shô torihiki-hô 184, 195
– Verbot der Irreführung 221 f.
– vorsätzlich *Siehe Täuschung*
Irrtum in der Willensbildung
Siehe Motivirrtum
Irrtum über zukünftigen Sachverhalt 68, 89, 121, 160
Irrtumsanfechtung 28, 78, 94, 100, 103, 108, 112, 223, 235, 320
– Frist 95, 126,
Siehe Nichtigkeitsfolge für den Irrtum
Irrtumsarten Siehe Yôso no sakugo, Eigenschafts-, Erklärungs-, Identitäts, Inhalts-, Tatsachen- und Motivirrtum, Irrtum über zukünftige Sachverhalte, erreur, error
Irrtumsrecht für Europa
– PECL 38, 88, 110, 142, 293, 301, 323
– UP 38, 88
Irrtumsregelungen
– deutsche 78 ff.
– japanische 40 ff.
– schweizerische 115 ff.
Irrtumsrisiko 54 ff., 69, 76, 142, 203, 301
ishi ketsu („Willenslücke") 69 f.

Japanische Urteile, allg. Fundstellen 354
Japanisches Sondergesetz zu elektronischen Willenserklärungen im Verbrauchervertrag *Siehe E-Commerce*

Kalkulationsirrtum 81, 88, 90 f., 105, 113, 304
kashi aru ishi hyoji 69
Kaufrecht 109, 207, 257, 258, 259, 263, 265, 270, 305
Kausalitätskriterium
– objektives 44
– subjektives 44
Kawashima 47
Kettengeschäft 151, 172, 178 f., 283, 342
Knebelungsvertrag 97
Kobayashi 51
Kodifikationsprozess 23, 36, 292 f.
Kodifikationsstreit 9, 24
Kommodore Perry 7
Konkurrenz

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

- zwischen Irrtum und c.i.c. 101, 134
- zwischen Irrtum und Sachgewährleistung 73, 109, 134, 305
- zwischen Irrtum und Sittenwidrigkeit 74, 96, 129
- zwischen Irrtum und Störung der Geschäftsgrundlage 104 f.
- zwischen Irrtum und unerlaubter Handlung 72

Konsument 247, Siehe Verbraucher
Konsumentenschutz 259, 262, 272, 295, 311, *Siehe Verbraucherschutz*
Konsumentenvertrag 248, *Siehe Verbrauchervertrag*
Konsumkreditgeschäft 283
Konsumkreditgesetz 252
Körperpflege- und Fitnessangebote 180
kôsei rûru („Gerechtigkeitsregel") 155
Kramers Theorie 88 f.
Kündigungsrecht 173, 183, 252
Kyû Minpô 8 f., 12, 37, 41, 293, 333

laesio enormis 26, 99
lauterkeitsrechtliche Schutz 224, 266, 278, 280
Leasingvertrag 28, 81, 128, 129, 179
Leistungsstörungsrecht 27, 319
Lizenzvertrag 93
Lockangebote 149

Materialisierung des Irrtumsrechts 201ff., 324
Meiji-Regierung 7, 8
Minpô (japanisches Zivilgesetz) 10 ff., 15 ff., 40 ff.
misrepresentation 56, 89, 103, 304
„Monitoring-"Vertriebsmethode 182 f.
Morinaga-Fall 148
Moritas Irrtumslehre 57 ff., 293, 301 f., 323
Motiv
- das dem Vertrag zu Grunde liegt 142
- motif déterminant 57, 60
- subjektives 47
- motif déterminant 60
- stillschweigend ausgedrückt 43, 46, 65, 299
- unbeachtliches 43

Motivirrtum
- "veranlasster, erkannter oder erkennbarer" 102, 304
- ausnahmsweise beachtlicher 88, 100 ff., 107, 140, 242, 297, 327
- einfacher 75, 119 f.
- wesentlicher oder qualifizierter 117, 120 ff., 296 *Siehe Grundlagenirrtum*
- Wesentlichkeitsvoraussetzungen, des 117, 120 ff., 299
- gegenseitiger 61, 91, 306
- gemeinsamer *Siehe gegenseitiger*
- unbeachtlicher 14, 91 f., 245

Multi-Geschäftsmethoden 179
Munzinger 24

Naturrecht 16, 292
„Nebenerwerbs-"Vertriebsmethode 181
Ne-Hypothek 43
Nichtigkeitsfolge für den Irrtum 17, 19 f., 37, 55, 70, 103
nigenteki kôsei („Lehre der getrennten Behandlung) 42 ff.
ninshiki kanôsei („Lehre der Erkennbarkeit") 45 f.

Objektivierungstendenz 45, 49
Obligationenrecht
- altes von 1881 16, 24, 32
- Modernisierung 37
- Vorentwurf zur Teilrevision von 2001 (Konsumentenschutz) 259 ff

Öffnung Japans 7

pacta sunt servanda 161, 197, 315, 331
Pandekten 10, 31 ff., 107
Partnerschaftsvermittlungsauftrag, schweiz. 253
Pauschalreisegesetz, schweiz. 288
Persönlichkeitsrecht 27
Picasso-Urteil 28
positive Vertragsverletzung 11, 27
Prinzip der zu Grunde liegenden Vereinbarung *Siehe Gôi Shugi*
Privatautonomie 54, 62, 65, 142, 182, 188, 245, 272 f., 302, 308, 315, 321, 331
privatrechtliches Gesetzbuch für den Kt. Zürich 23, 36, 292
Produktehaftpflicht 148
progressive Kundenwerbung *Siehe Schneeballsystem*
Prozessführungskultur 303

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Rechtsirrtum 12, 15, 19, 335
Rechtsmissbrauch 268
Rechtssicherheit 234
Regierungsverordnung zum Tokutei shô torihiki-hô 173 f.
restitutio in integrum 31, 72, 77, 176, 305
Richtlinien der EG 205, 257, 295
Römisches Recht 14 ff., 21 f., 31
Rückerstattungsanspruch bei Widerruf 232
Rücktrittsrecht
– und Widerrufsrecht 230 ff.
– als Cooling-off-Regelung 168
– aus Sondergesetzen 171, 173
Rümelin 24

Sachgewährleistungsanspruch
– nach jap. Recht 73 f., 76
– nach dt. Recht 109 ff., 113, 237
– nach schweiz. Recht 135 ff.
Sachkenntnis 106, 271
Sachlagen 34
Savingys Irrtumslehre 29 ff.
Schadenersatzanspruch
– aus culpa in contrahendo *Siehe dort*
– aus Garantie 55
– aus Shôhisha keiyaku-hô 316
– aus Verletzung der Informationspflichten 152, 223
– geg. den Getäuschten 100
– geg. den Irrenden 95, 108, 116 f.
– geg. den Widerrufenden 183
Schneeballsystem u.ä. Geschäfte 151 f., 178
Schuldrechtsmodernisierung des BGB 26, 101, 106, 110, 206 f., 210, 230
Schutzlücke 310, 317
Schwangerschaft 97
Selbstbestimmung 153, 178, 196, 210, 274, 282, 307, 331
shin ichigenteki kôsei („Neue Lehre der einheitlichen Behandlung") 57 f.
shin zigenteki kôsei („Neue Lehre der getrennten Behandlung") 53 ff.
Shôhisha keiyaku-hô (jap. Verbrauchervertragsgesetz) 152, 154
Sittenwidrigkeit 74, 96, 98, 127 ff., 138ff., 144, 151, 154 f., 192, 318
Störung der Geschäftsgrundlage 104 ff.
Streitschlichtung 303
Stützunterrichtsangebote 180

Tadashi-Gaki (sog. „Aber-Satz" von Art. 95 Minpô) 17, 306, 307, 347, *Siehe Fahrlässigkeit des Irrtums*
Tatsachenirrtum 19
Täuschung
– nach jap. Recht 70 f., 154, 157, 191, 297
– nach dt. Recht 99 ff., 237
– nach schweiz. Recht 131, 274
Täuschung durch Dritte
Lehre der analogen Anwendung der 144 f., 305
Täuschungsanfechtung 96
Teilzeitwohnrecht 207
Telefonanwerbung, Geschäft durch 151, 172, 185 ff., 188, 285, 314, 342
Theorienrezeption 11, 37, 132, 303, 320
Tokugawa 6, 7
Tokutei shô torihiki-hô 151, 171 ff., 183 ff., 333 f, 341,
– verbotene Handlungen nach 173 f.
Siehe besonderes Anfechtungsrecht, Cooling-off-Rechte
Tomii 9, 16 f., 44, 48, 303
Tomiis Irrtumslehre 41 ff.
Treu und Glauben 70, 81, 100, 323,
– Vertragsgrundlage nach 25, 120
Siehe Informationspflichten, Aufklärungspflicht
Übervorteilung 127 ff., 138
Ume 9, 16, 18
unerlaubte Handlung 66, 72, 192
unerwünschter Vertrag 96 ff., 274, 302
Ungültigkeit Siehe Nichtigkeitsfolge für den Irrtum, Unverbindlichkeit des Vertrags
unlauterer Wettbewerb 208, 260, 262, 286
Unternehmer 154 f., 171, 208 f.
Unverbindlichkeit des Vertrags 116, 122, 126

Verbraucher 155 f., 208 f., 247
Verbraucherbild 183
Verbrauchergrundlagengesetz 149, 154, 308
Verbraucherkreditgeschäft 207
Verbraucherrecht 179, 208, 233
verbraucherschützende Vertragslösungsrechte 199, 282, 287, 308, 313, 318

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Verbrauchgüterkauf 206 f., 231, 239, 258, 268, 276, 289, 305
Vergleichsvertrag 121
Verkehrsschutz 91
verkehrswesentliche Eigenschaft 84 ff.
Versicherungsvertrag 251 ff., 265
Vertragsfreiheit 130, 153, 236, 272, 282, 322
Vertragsgerechtigkeit 97, 130, 331
Vertrauenshaftung 132
Vertrauensprinzip 11, 32
Vertrauensschutz 18, 67, 92 f., 140 ff., 299, 306, 315, 323, 331
Verwaltung 136, 150, 295
Voraussetzungslehre 31, 33 f.

Wagatsuma 45 f.
Wegfall der Geschäftsgrundlage 27, 104 ff., 107, 327
Werbung, Pflicht zur korrekten 178
Wertersatzpflicht bei Widerruf 233
Widerrufsrecht
- als Rückgaberecht 231
- bei Fernabsatzgeschäften nach dt. Recht 215 ff.
- bei Haustürgeschäften nach dt. Recht 212
- de lege ferenda nach schweiz. Recht 262 ff.
- de lege lata nach schweiz. Recht 249 ff.
- Form eines Cooling-off-Rechts 167
- im Vergleich zur Irrtumsregelung 235 f., 273
- Rechtsfolgen 232, 269
- verbraucherschützende nach BGB 206

Wille
- echter *Siehe wirklicher*
- wirklicher 31, 67 f., 141, 237, 274
- wirklicher vs. Erklärung 17, 29, 34, 40, 53, 116, 297

Willensbildung 62, 91 f., 102, 128, 167, 178, 192, 230, 235, 274, 322
Willensfreiheit 89, 103, 106, 245, 331
Willensmängel 69, 90, 96, 106, 268, 297, 333, 335, 339
Willensprinzip 33 ff., 54
Windscheid 31 f.
Wucher 74, 98
Yôso no sakugo 18, 40 ff., 75, 148, 299, 347
Zitelmann 30 ff.

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht

Alphabetische Übersicht

Adam, Wolfgang: Internationaler Versorgungsausgleich. 1985. *Band 13.*
Ady, Johannes: Ersatzansprüche wegen immaterieller Einbußen. 2004. *Band 136.*
Ahrendt, Achim: Der Zuständigkeitsstreit im Schiedsverfahren. 1996. *Band 48.*
Amelang, Ulrich: Der Schutz der Privatheit im Zivilrecht. 2002. *Band 97.*
Anderegg, Kirsten: Ausländische Eingriffsnormen im internationalen Vertragsrecht. 1989. *Band 21.*
Athanassopoulou, Victoria: Schiffsunternehmen und Schiffsüberlassungsverträge. 2005. *Band 151.*
Bälz, Moritz: Die Spaltung im japanischen Gesellschaftsrecht. 2005. *Band* 158.
Bartels, Hans-Joachim: Methode und Gegenstand intersystemarer Rechtsvergleichung. 1982. *Band 7.*
Bartnik, Marcel: Der Bildnisschutz im deutschen und französischen Zivilrecht. 2004. *Band 128.*
Basedow, Jürgen / Wammerl, Wolfgang: Die Dritthaftung von Klassifikationsgesellschaften. 2004. *Band 132.*
Basedow, Jürgen (Hrsg.): Europäische Verkehrspolitik. 1987. *Band 16.*
– / *Scherpe, Jens M.* (Hrsg.): Transsexualität, Staatsangehörigkeit und internationales Privatrecht. 2004. *Band 134.*
Baum, Harald: Alternativanknüpfungen. 1985. *Band 14.*
Behrens, Peter: siehe *Hahn, H.*
Beulker, Jette: Die Eingriffsnormenproblematik in internationalen Schiedsverfahren. 2005. *Band 153.*
Böhmer, Martin: Das deutsche internationale Privatrecht des timesharing. 1993. *Band 36.*
Boelck, Stefanie: Reformüberlegungen zum Haager Minderjährigenschutzabkommen von 1961. 1994. *Band 41.*
Brand, Oliver: Das internationale Zinsrecht Englands. 2002. *Band* 98.
Brockmeier, Dirk: Punitive damages, multiple damages und deutscher ordre public. 1999. *Band 70.*
Brückner, Bettina: Unterhaltsregreß im internationalen Privat- und Verfahrensrecht. 1994. *Band 37.*
Buchner, Benedikt: Kläger- und Beklagtenschutz im Recht der internationalen Zuständigkeit. 1998. *Band 60.*
Büttner, Benjamin: Umfang und Grenzen der Dritthaftung von Experten. 2006. *Band 169.*
Busse, Daniel: Internationales Bereicherungsrecht. 1998. *Band 66.*
Dawe, Christian: Der Sonderkonkurs des deutschen Internationalen Insolvenzrechts. 2005. *Band 159.*
Dernauer, Marc: Verbraucherschutz und Vertragsfreiheit im japanischen Recht. 2006. *Band 164.*
Dilger, Jörg: Die Regelungen zur internationalen Zuständigkeit in Ehesachen in der Verordnung (EG) Nr. 2201/2003. 2004. *Band 116.*
Döse-Digenopoulos, Annegret: Der arbeitsrechtliche Kündigungsschutz in England. 1982. *Band 6.*

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Dohm, Heike: Die Kompetenzen der Europäischen Gemeinschaft im Internationalen Privatrecht. 2004. *Band 133.*
Dopffel, Peter (Hrsg.): Ehelichkeitsanfechtung durch das Kind. 1990. *Band 23.*
– (Hrsg.): Kindschaftsrecht im Wandel. 1994. *Band 40.*
–, *Ulrich Drobnig* und *Kurt Siehr* (Hrsg.): Reform des deutschen internationalen Privatrechts. 1980. *Band 2.*
Dornblüth, Susanne: Die europäische Regelung der Anerkennung und Vollstreckbarerklärung von Ehe- und Kindschaftsentscheidungen. 2003. *Band 107.*
Drappatz, Thomas: Die Überführung des internationalen Zivilverfahrensrechts in eine Gemeinschaftskompetenz nach Art. 65 EGV. 2002. *Band 95.*
Drobnig, Ulrich: siehe *Dopffel, Peter.*
Eichholz, Stephanie: Die US-amerikanische Class Action und ihre deutschen Funktionsäquivalente. 2002. *Band 90.*
Eisele, Ursula S.: Holdinggesellschaften in Japan. 2004. *Band 121.*
Eisenhauer, Martin: Moderne Entwicklungen im englischen Grundstücksrecht. 1997. *Band 59.*
Ernst, Ulrich: Mobiliarsicherheiten in Deutschland und Polen. 2005. *Band 148.*
Eschbach, Sigrid: Die nichteheliche Kindschaft im IPR – Geltendes Recht und Reform. 1997. *Band 56.*
Faust, Florian: Die Vorhersehbarkeit des Schadens gemäß Art. 74 Satz 2 UN-Kaufrecht (CISG). 1996. *Band 50.*
Fenge, Anja: Selbstbestimmung im Alter. 2002. *Band 88.*
Fetsch, Johannes: Eingriffsnormen und EG-Vertrag. 2002. *Band 91.*
Fischer-Zernin, Cornelius: Der Rechtsangleichungserfolg der Ersten gesellschaftsrechtlichen Richtlinie der EWG. 1986. *Band 15.*
Förster, Christian: Die Dimension des Unternehmens. 2003. *Band 101.*
Forkert, Meinhard: Eingetragene Lebenspartnerschaften im deutschen IPR: Art. 17b EGBGB. 2003. *Band 118.*
Freitag, Robert: Der Einfluß des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das Internationale Produkthaftungsrecht. 2000. *Band 83.*
Fricke, Martin: Die autonome Anerkennungszuständigkeitsregel im deutschen Recht des 19. Jahrhunderts. 1993. *Band 32.*
Fricke, Verena: Der Unterlassungsanspruch gegen Presseunternehmen zum Schutze des Persönlichkeitsrechts im internationalen Privatrecht. 2003. *Band 110.*
Frische, Tobias: Die Entwicklung der gesetzlichen Rechte des überlebenden Ehegatten. 1996. *Band 49.*
Fromholzer, Ferdinand: Consideration. 1997. *Band 57.*
Gantzhage, Niklas: Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht bei Verbraucherverträgen im Internet. 2004. *Band 126.*
Godl, Gabriele: Notarhaftung im Vergleich. *Band 85.*
Gottwald, Walther: Streitbeilegung ohne Urteil. 1981. *Band 5.*
Graf, Ulrike: Die Anerkennung ausländischer Insolvenzentscheidungen. 2003. *Band 113.*
Grigera Naón, Horacio A.: Choice of Law Problems in International Commercial Arbitration. 1992. *Band 28.*
Großmund, Pascal: Drittstaatenproblematik des europäischen Zivilverfahrensrechts. 2000. *Band 80.*
Hahn, H. u.a.: Die Wertsicherung der Young-Anleihe. Hrsg. von Peter Behrens. 1984. *Band 10.*
Handorn, Boris: Das Sonderkollisionsrecht der deutschen internationalen Schiedsgerichtsbarkeit. 2005. *Band 141.*
Hartenstein, Olaf: Die Privatautonomie im Internationalen Privatrecht als Störung des europäischen Entscheidungseinklangs. 2000. *Band 81.*

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Hein, Jan von: Das Günstigkeitsprinzip im Internationalen Deliktsrecht. 1999. *Band 69.*
Heiss, Helmut (Hrsg.): Zivilrechtsreform im Baltikum. 2006. *Band 161.*
Hellmich, Stefanie: Kreditsicherungsrechte in der spanischen Mehrrechtsordnung. 2000. *Band 84.*
Hellwege, Phillip: Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge als einheitliches Problem. 2004. *Band 130.*
Hinden, Michael von: Persönlichkeitsverletzungen im Internet. 1999. *Band 74.*
Hippel, Thomas von: Der Ombudsmann im Bank- und Versicherungswesen. 2000. *Band 78.*
Hirse, Thomas: Die Ausweichklausel im Internationalen Privatrecht. 2006. *Band 175.*
Hoffmann, Nadja: Die Koordination des Vertrags- und Deliktsrechts in Europa. 2006. *Band 168.*
Hotz, Sandra: Japanische, deutsche und schweizerische Irrtumsregelungen. 2006. *Band 176.*
Hutner, Armin: Das internationale Privat- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation. 2005. *Band 156.*
Hye-Knudsen, Rebekka: Marken-, Patent- und Urheberrechtsverletzungen im europäischen Internationalen Zivilprozessrecht. 2005. *Band 149.*
Janssen, Helmut: Die Übertragung von Rechtsvorstellungen auf fremde Kulturen am Beispiel des englischen Kolonialrechts. 2000. *Band 79.*
Jeremias, Christoph: Internationale Insolvenzaufrechnung. 2005. *Band 150.*
Jung, Holger: Ägyptisches internationales Vertragsrecht. 1999. *Band 77.*
Junge, Ulf: Staatshaftung in Argentinien. 2002. *Band 100.*
Kadner, Daniel: Das internationale Privatrecht von Ecuador. 1999. *Band 76.*
Kannengießer, Matthias N.: Die Aufrechnung im internationalen Privat- und Verfahrensrecht. 1998. *Band 63.*
Kapnopoulou, Elissavet N.: Das Recht der mißbräuchlichen Klauseln in der Europäischen Union. 1997. *Band 53.*
Karl, Anna-Maria: Die Anerkennung von Entscheidungen in Spanien. 1993. *Band 33.*
Karl, Matthias: siehe *Veelken, Winfried.*
Kern, Christoph: Die Sicherheit gedeckter Wertpapiere. 2004. *Band 135.*
Kircher, Wolfgang: Die Voraussetzungen der Sachmängelhaftung beim Warenkauf. 1998. *Band 65.*
Klauer, Stefan: Das europäische Kollisionsrecht der Verbraucherverträge zwischen Römer EVÜ und EG-Richtlinien. 2002. *Band 99.*
Kleinschmidt, Jens: Der Verzicht im Schuldrecht. 2004. *Band 117.*
Kliesow, Olaf: Aktionärsrechte und Aktionärsklagen in Japan. 2001. *Band 87.*
Köhler, Martin: Die Haftung nach UN-Kaufrecht im Spannungsverhältnis zwischen Vertrag und Delikt. 2003. *Band 111.*
Koerner, Dörthe: Fakultatives Kollisionsrecht in Frankreich und Deutschland. 1995. *Band 44.*
Kopp, Beate: Probleme der Nachlaßabwicklung bei kollisionsrechtlicher Nachlaßspaltung. 1997. *Band 55.*
Kronke, Herbert: Rechtstatsachen, kollisionsrechtliche Methodenentfaltung und Arbeitnehmerschutz im internationalen Arbeitsrecht. 1980. *Band 1.*
Landfermann, Hans-Georg: Gesetzliche Sicherungen des vorleistenden Verkäufers. 1987. *Band 18.*
Leicht, Steffen: Die Qualifikation der Haftung von Angehörigen rechts- und wirtschaftsberatender Berufe im grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehr. 2002. *Band 82.*

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Linhart, Karin: Internationales Einheitsrecht und einheitliche Auslegung. 2005. *Band 147.*
Linker, Anja Celina: Zur Neubestimmung der Ordnungsaufgaben im Erbrecht in rechtsvergleichender Sicht. 1999. *Band 75.*
Lohmann, Arnd: Parteiautonomie und UN-Kaufrecht. 2005. *Band 119.*
Lorenz, Verena: Annexverfahren bei Internationalen Insolvenzen. 2005. *Band 140.*
Lüke, Stephan: Punitive Damages in der Schiedsgerichtsbarkeit. 2003. *Band 105.*
Magnus, Dorothea: Medizinische Forschung an Kindern. 2006. *Band 170.*
Meier, Sonja: Irrtum und Zweckverfehlung. 1999. *Band 68.*
Melin, Patrick: Gesetzesauslegung in den USA und in Deutschland. 2004. *Band 137.*
Mönch, Klaus: Besitzfunktionen beim gutgläubigen Mobiliarerwerb im deutschen und französischen Recht. 1990. *Band 24.*
Mistelis, Loukas A.: Charakterisierungen und Qualifikation im internationalen Privatrecht. 1999. *Band 73.*
Mörsdorf-Schulte, Juliana: Funktion und Dogmatik US-amerikanischer punitive damages. 1999. *Band 67.*
Morawitz, Gabriele: Das internationale Wechselrecht. 1991. *Band 27.*
Mühlens, Jörg: Der sogenannte Haftungsdurchgriff im deutschen und englischen Recht. 2006. *Band 174.*
Müller, Achim: Grenzüberschreitende Beweisaufnahme im Europäischen Justizraum. 2004. *Band 125.*
Müller, Carsten: International zwingende Normen des deutschen Arbeitsrechts. 2005. *Band 157.*
Nemec, Jiří: Ausländische Direktinvestitionen in der Tschechischen Republik. 1997. *Band 54.*
Neumann, Nils: Bedenkzeit vor und nach Vertragsabschluß. 2005. *Band 142.*
Neunhoeffer, Friederike: Das Presseprivileg im Datenschutzrecht. 2005. *Band 146.*
Niklas, Isabella Maria: Die europäische Zuständigkeitsordnung in Ehe- und Kindschaftsverfahren. 2003. *Band 106.*
Nojack, Jana: Exklusivnormen im IPR. 2005. *Band 152.*
Pattloch, Thomas: Das IPR des geistigen Eigentums in der VR China. 2003. *Band 103.*
Peinze, Alexander: Internationales Urheberrecht in Deutschland und England. 2002. *Band 92.*
Pfeil-Kammerer, Christa: Deutsch-amerikanischer Rechtshilfeverkehr in Zivilsachen. 1987. *Band 17.*
Plett, K. und *K.A. Ziegert* (Hrsg:) Empirische Rechtsforschung zwischen Wissenschaft und Politik. 1984. *Band 11.*
Pißler, Knut B.: Chinesisches Kapitalmarktrecht. 2004. *Band 127.*
Reichert-Facilides, Daniel: Fakultatives und zwingendes Kollisionsrecht. 1995. *Band 46.*
Reiter, Christian: Vertrag und Geschäftsgrundlage im deutschen und italienischen Recht. 2002. *Band 89.*
Richter, Stefan: siehe *Vrellen, Winfried.*
Ringe, Georg: Die Sitzverlegung der Europäischen Aktiengesellschaft. 2006. *Band 171.*
Rohe, Mathias: Zu den Geltungsgründen des Deliktsstatus. 1994. *Band 43.*
Rothoeft, Daniel D.: Rückstellungen nach § 249 HGB und ihre Entsprechungen in den US-GAAP und IAS. 2004. *Band 122.*
Rühl, Gisela: Obliegenheiten im Versicherungsvertragsrecht. 2004. *Band 123.*
Rusch, Konrad: Gewinnhaftung bei Verletzung von Treuepflichten. 2003. *Band 109.*
Sachse, Kathrin: Der Verbrauchervertrag im Internationalen Privat- und Prozeßrecht. 2006. *Band 166.*

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Sachsen Gessaphe, Karl August Prinz von: Das Konkubinat in den mexikanischen Zivilrechtsordnungen. 1990. *Band 22.*
Sandrock, Andrea: Vertragswidrigkeit der Sachleistung. 2003. *Band 104.*
Schacherreiter, Judith: Das Franchise-Paradox. 2006. *Band 167.*
Schärtl, Christoph: Das Spiegelbildprinzip im Rechtsverkehr mit ausländischen Staatenverbindungen. 2005. *Band 145.*
Schepke, Jan: Das Erfolgshonorar des Rechtsanwalts. 1998. *Band 62.*
Scherpe, Jens M.: Außergerichtliche Streitbeilegung in Verbrauchersachen. 2002. *Band 96.*
–: siehe *Basedow, J.*
Schilf, Sven: Allgemeine Vertragsgrundregeln als Vertragsstatut. 2005. *Band 138.*
Schimansky, Annika: Der Franchisevertrag nach deutschem und niederländischem Recht. 2003. *Band 112.*
Schindler, Thomas: Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und Drohung. 2005. *Band 139.*
Schlichte, Johannes: Die Grundlage der Zwangsvollstreckung im polnischen Recht. 2005. *Band 144.*
Schmidt, Claudia: Der Haftungsdurchgriff und seine Umkehrung im internationalen Privatrecht. 1993. *Band 31.*
Schmidt-Parzefall, Thomas: Die Auslegung des Parallelübereinkommens von Lugano. 1995. *Band 47.*
Schnyder, Anton K.: Internationale Versicherungsaufsicht zwischen Wirtschaftsrecht und Kollisionsrecht. 1989. *Band 20.*
Scholz, Ingo: Das Problem der autonomen Auslegung des EuGVÜ. 1998. *Band 61.*
Schütze, Elisabeth: Zession und Einheitsrecht. 2005. *Band 155.*
Schurr, Francesco A.: Geschäftsimmanente Abstandnahme. 2006. *Band 165.*
Seibt, Christoph H.: Zivilrechtlicher Ausgleich ökologischer Schäden. 1994. *Band 42.*
Seif, Ulrike: Der Bestandsschutz besitzloser Mobiliarsicherheiten. 1997. *Band 52.*
Selbig, Sabine: Förderung und Finanzkontrolle gemeinnütziger Organisationen in Großbritannien und Deutschland. 2006. *Band 173.*
Sieghörtner, Robert: Internationales Straßenverkehrsunfallrecht. 2002. *Band 93.*
Sieht, Kurt: siehe *Deypfel, Peter.*
Söhngen, Martin: Das internationale Privatrecht von Peru. 2006. *Band 162.*
Solomon, Dennis: Der Bereicherungsausgleich in Anweisungsfällen. 2004. *Band 124.*
Sonnentag, Michael: Der Renvoi im Internationalen Privatrecht. 2001. *Band 86.*
Spahlinger, Andreas: Sekundäre Insolvenzverfahren bei grenzüberschreitenden Insolvenzen. 1998. *Band 64.*
Stegmann, Oliver: Tatsachenbehauptung und Werturteil in der deutschen und französischen Presse. 2004. *Band 120.*
Stiller, Dietrich F.R.: Das internationale Zivilprozeßrecht der Republik Korea. 1989. *Band 19.*
Takahashi, Eiji: Konzern und Unternehmensgruppe in Japan – Regelung nach deutschem Modell? 1994. *Band 38.*
Tassikas, Apostolos: Dispositives Recht und Rechtswahlfreiheit als Ausnahmebereiche der EG-Grundfreiheiten. 2004. *Band 114.*
Thiele, Christian: Die zivilrechtliche Haftung der Tabakindustrie. 2003. *Band 115.*
Thoms, Cordula: Einzelstatut bricht Gesamtstatut. 1996. *Band 51.*
Tiedemann, Andrea: Internationales Erbrecht in Deutschland und Lateinamerika. 1993. *Band 34.*
Tiedemann, Stefan: Die Haftung aus Vermögensübernahme im internationalen Recht. 1995. *Band 45.*

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.

Trulsen, Marion: Pflichtteilsrecht und englische family provision im Vergleich. 2004. *Band 129.*
Veelken, Winfried, Matthias Karl, Stefan Richter: Die Europäische Fusionskontrolle. 1992. *Band 30.*
Verse, Dirk A.: Verwendungen im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis. 1999. *Band 72.*
Waehler, Jan P. (Hrsg.): Deutsch-polnisches Kolloquium über Wirtschaftsrecht und das Recht des Persönlichkeitsschutzes. 1985. *Band 12.*
– (Hrsg.): Deutsches und sowjetisches Wirtschaftsrecht. Band 1. 1981. *Band 4.*
– Band 2. 1983. *Band 9.*
– Band 3. 1990. *Band 25.*
– Band 4. 1990. *Band 26.*
– Band 5. 1991. *Band 28.*
Wang, Xiaoye: Monopole und Wettbewerb in der chinesischen Wirtschaft. 1993. *Band 35.*
Wazlawik, Thomas: Die Konzernhaftung der deutschen Muttergesellschaft für die Schulden ihrer US-amerikanischen Tochtergesellschaft. 2004. *Band131.*
Weinhaupt, Axel: Die vermögensrechtlichen Beziehungen der Ehegatten im brasilianischen Sach- und Kollisionsrecht. 1981. *Band 3.*
Weller, Matthias: Ordre-public-Kontrolle internationaler Gerichtsstandsvereinbarungen im autonomen Zuständigkeitsrecht. 2005. *Band 143.*
Wesch, Susanne: Die Produzentenhaftung im internationalen Rechtsvergleich. 1994. *Band 39.*
Weyde, Daniel: Anerkennung und Vollstreckung deutscher Entscheidungen in Polen. 1997. *Band 58.*
Wiese, Volker: Der Einfluß des Europäischen Rechts auf das Internationale Sachenrecht der Kulturgüter. 2006. *Band 160.*
Willemer, Charlotte: Vis attractiva concursus und die Europäische Insolvenzverordnung. 2006. *Band 163.*
Wilzleb, Normann: Geldansprüche bei Persönlichkeitsverletzungen durch Medien. 2002. *Band 94.*
Wu, Jiin Yu: Der Einfluß des Herstellers auf die Verbraucherpreise nach deutschem und taiwanesischem Recht. 1999. *Band 71.*
Wurmnest, Wolfgang: Grundzüge eines europäischen Haftungsrechts. 2003. *Band 102.*
–: siehe *Basedow, J.*
Zeeck, Sebastian: Das Internationale Anfechtungsrecht in der Insolvenz. 2003. *Band 108.*
Ziegert, K.A.: siehe *Plett, K.*
Zobel, Petra: Schiedsgerichtsbarkeit und Gemeinschaftsrecht. 2005. *Band 154.*

Einen Gesamtkatalog erhalten Sie kostenlos vom Verlag
Mohr Siebeck, Postfach 2040, D-72010 Tübingen.
Neueste Informationen im Internet unter www.mohr.de

© 2019 Mohr Siebeck.
Nur für Bewerbung/Antragsstellung bestimmt. For application purposes only.