

Der Kalkulationsirrtum

Eine rechtsvergleichende und rechtsökonomische Studie

Von HOLGER FLEISCHER, Göttingen*

Inhaltsübersicht

I. Thema	265
II. Kalkulationsirrtümer zwischen Einheit und Vielheit	265
III. Die unproblematischen Fälle	267
1. Vertragsauslegung	268
2. Erkannter und ausgenutzter Irrtum	269
3. Nicht erkennbare Kalkulationsirrtümer	272
a) Rechtswissenschaftliche Antwort	272
b) Volkswirtschaftliche Alternative: die Zweit-Preis-Regel	273
IV. Die problematischen Fälle: Erkennbare Kalkulationsirrtümer	274
1. Das höchstrichterliche Entscheidungsmaterial	275
2. Anforderungen an die Erkennbarkeit des Irrtums	276
a) Verkehrsschutz versus Vertragsgerechtigkeit	276
b) Rechtsökonomische Erträge	278
c) Rechtsvergleichende Erkenntnisse	280
d) Rechtssystematische Einsichten	284
e) Zwischenergebnis	286
3. Unzumutbarkeit der Vertragsdurchführung als zweite Voraussetzung?	287

* Abgekürzt werden zitiert: *Flume*, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts² II: Das Rechtsgeschäft (1979); *Kindl*, Der Kalkulationsirrtum im Spannungsfeld von Auslegung, Irrtum und unzulässiger Rechtsausübung, Zugleich Besprechung der Entscheidung des BGH vom 7. 7. 1998, WM 1998, 2375; WM 1999, 2198ff.; *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts⁸ (1997); *S. Lorenz*, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag (1997); *Medicus*, Allgemeiner Teil des BGB⁷ (1997); Münchener Kommentar zum BGB³ (1993) (zitiert: Münch.Komm.[-Bearb.]); *Palandt*, Bürgerliches Gesetzbuch⁵⁹ (2000) (zitiert: *Palandt*[-Bearb.]); *H.-P. Pawlowski*, Die Kalkulationsirrtümer: Fehler zwischen Motiv und Erklärung: JZ 1997, 741ff.; *Singer*, Der Kalkulationsirrtum, Ein Fall für Treu und Glauben?: JZ 1999, 342ff.; *Soergel(-Hefermehl)*, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen¹³(1999); *Staudinger*, Kommentar zum BGB mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen¹¹ (1980) (zitiert: *Staudinger*[-Bearb.]).

4. Dogmatische Verortung des vertraglichen Lösungsrechts	288
a) Streitstand	288
b) Stellungnahme	289
5. Ein zusammenfassender Beispielfall	291

I. Thema

Die Einordnung des Kalkulationsirrtums in das Koordinatensystem der allgemeinen Irrtumslehre gehört zu jenen Rechtsproblemen, die, einmal gelöst, immer wieder neu anstehen. Ein nicht abreißender Strom von Stellungnahmen im in- und ausländischen Vertragsrecht hat sich dieser außerordentlich schillernden Erscheinungsform über Jahrzehnte hinweg angenommen, ohne daß sich in Kernfragen konsensfähige Ergebnisse abzeichneten. Höchststrichterliche Orientierungshilfe verspricht nunmehr ein Grundsatzurteil des Bundesgerichtshofs (BGH), das sich mit einem Kalkulationsfehler bei einer öffentlichen Ausschreibung auseinandersetzt¹. Ergebnis und Begründung dieser neuerlichen Entscheidung sind im Schrifttum bereits ausführlich gewürdigt worden². Der vorliegende Beitrag möchte die Diskussion fortsetzen und um eine bislang vernachlässigte rechtsvergleichende und rechtsökonomische Perspektive ergänzen. Ein Hauptaugenmerk gilt dabei jenen Fällen, in denen eine Partei die fehlerhafte Kalkulation ihres Vertragspartners erkannt hat oder ohne weiteres hätte erkennen können. Es bietet sich an, das Thema vom deutschen Recht her anzugehen und von dort Verbindungslinien zu den Lösungsansätzen in unseren Nachbarrechtsordnungen zu ziehen.

II. Kalkulationsirrtümer zwischen Einheit und Vielheit

Obwohl der »error calculi«³ im in- und ausländischen Vertragsrecht zum festen Bestandteil der juristischen Fachsprache gehört⁴, entbehrt er bis heute einer festen tatbestandlichen Umgrenzung. Wie ein Blick in die modernen

¹ Vgl. BGH 7.7. 1998, BGHZ 139, 177.

² Vgl. C. Berger, Anm. zu BGH 7.7. 1998, LM Nr. 36 zu § 119 BGB; Harder, WuB IV A. § 199 BGB 1.99; Kindl 2198; Medicus, EWiR 1998, 871; Peters, Anm. zu BGH 7.7. 1998, JR 1999, 157f.; Schöpflin, JA 1999, 89; Singer 342.

³ So der Titel eines neueren Beitrages von Mayer-Maly, Error calculi, in: FS Niederländer (1991) 97ff.

⁴ Vgl. letzthin die Zusammenstellung bei Kramer, Der Irrtum beim Vertragsschluß, Eine weltweit rechtsvergleichende Bestandsaufnahme (1998) Rz. 76–81; ausführlich auch Kötz/Flessner, Europäisches Vertragsrecht I: Kötz, Abschluß, Gültigkeit und Inhalt des Vertrages (1996) 260ff.

Kommentierungen belegt⁵, hat er inzwischen einen Anwendungsbereich gewonnen, der zwar noch Schwerpunkte erkennen läßt, sich im übrigen aber einem einheitlichen systematischen Zugriff weithin entzieht. Seine wesentlichen Entwicklungslinien sind bekannt und hier nur mit wenigen Strichen nachzuzeichnen. Am Anfang stand eine Rechtserkenntnis des Reichsgerichts aus dem Jahre 1903, die einem Verkäufer die Berufung auf einen Rechenfehler in seiner Preiskalkulation versagte, weil der Irrtum nur einen der Preisofferte vorangegangenen, außerhalb der rechtsgeschäftlichen Erklärung liegenden Umstand betraf⁶. Eine wenig später ergangene Entscheidung bestätigte diesen Grundsatz, fügte aber in einem obiter dictum hinzu, es könne anders liegen, falls die fehlerhafte Kalkulation zum Gegenstand der für den Vertragschluß entscheidenden Verhandlungen gemacht worden sei⁷. Aus dieser beiläufigen Bemerkung entwickelte sich in der Folgezeit der sogenannte erweiterte Inhaltsirrtum, der von der Spruchpraxis in unterschiedlichen Zusammenhängen zur Geltung gebracht wurde⁸. Bekanntheit erlangt haben vor allem der *Altmetall*-⁹, der *Silber*-¹⁰, der *Rubel*-¹¹, der *Grundschildfall*¹² sowie die *Börsenkursfälle*¹³, in denen das Reichsgericht jeweils eine Anfechtbarkeit wegen eines Inhaltsirrtums bejahte. Der Bundesgerichtshof hatte die Frage nach der Bedeutung eines solchen externen Kalkulationsirrtums bislang ausdrücklich offengelassen¹⁴ und erst in der eingangs erwähnten Entscheidung näher Stellung bezogen. Im Schrifttum ist gegenüber der Figur des erweiterten Inhaltsirrtums dagegen schon früh Kritik laut geworden¹⁵, und der Chor der kritischen Stimmen hat sich in neuerer Zeit noch verstärkt¹⁶. Dabei hat sich

⁵ Vgl. vorerst nur Münch.Komm.(-Kramer) § 119 BGB Rz. 72–78; Palandt(-Heinrichs) § 119 BGB Rz. 18–21; Soergel(-Hefermehl) § 119 BGB Rz. 28–30.

⁶ Vgl. RG 16. 10. 1903, RGZ 55, 367.

⁷ Vgl. RG 25. 1. 1907, RGZ 66, 266 (268).

⁸ Ausführliche Rechtsprechungsanalysen bei *Larenz*, Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung³ (1963) 28ff.; *ders.*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts⁷ (1988) § 20 II (S. 374ff.); prägnanter Überblick bei *Larenz/Wolf* § 36 Rz. 70–71; *Medicus* Rz. 757.

⁹ Vgl. RG 23. 5. 1917, RGZ 90, 268.

¹⁰ Vgl. RG 17. 12. 1920, RGZ 101, 107.

¹¹ Vgl. RG 30. 11. 1922, RGZ 105, 406.

¹² Vgl. RG 22. 11. 1935, RGZ 149, 235.

¹³ Vgl. RG 16. 10. 1918, RGZ 94, 65; 12. 11. 1919, RGZ 97, 138; 4. 12. 1920, RGZ 101, 51; 22. 1. 1927, RGZ 116, 15.

¹⁴ Vgl. BGH 12. 4. 1960 und 28. 4. 1971, LM Nr. 8 und 21 zu § 119 BGB; BGH 28. 4. 1983, NJW 1983, 1671; 19. 12. 1985, NJW-RR 1986, 569 (570).

¹⁵ Vgl. *Krückmann*, Kalkulationsirrtum und ursprüngliche Sinn-, Zweck- und Gegenstandslosigkeit: AcP 128 (1928) 157ff.; *Rhode*, Die beiderseitige Voraussetzung als Vertragsinhalt: AcP 124 (1925) 257ff. (270ff.).

¹⁶ Vgl. *Ennecerus/Nipperdey*, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts¹⁵ I/2 (1960) § 167 IV (S. 1040–1041); *Erman(-Brox)*, BGB⁹ (1993) § 119 BGB Rz. 38 (zitiert: *Erman/-Bearb.*); *Flume* § 23 4 e (S. 469ff.); *Hübner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches (1996) Rz. 783; *Köhler*, BGB, Allgemeiner Teil²⁴ (1998) § 14 Rz. 25f.; *Larenz/Wolf* § 36 Rz. 70ff.; *Medicus* Rz. 757; Münch.Komm.(-Kramer) § 119 BGB Rz. 72ff.; Palandt

allmählich die Überzeugung herausgebildet, daß es »den« Kalkulationsirrtum angesichts der Vielzahl möglicher Sachverhaltsgestaltungen gar nicht gibt, wir also ein Problemfeld mit sehr unterschiedlichen Falltypen vor uns haben. Je nach Lage des Falles soll dem Irrenden mit den Instrumenten der Auslegung, der Perplexität oder der subjektiven Geschäftsgrundlage geholfen werden¹⁷. Gelegentlich werden auch Gegenansprüche des Irrenden unter dem Gesichtspunkt der culpa in contrahendo in Erwägung gezogen¹⁸. Ein weiterer Teil der Lehre befürwortet eine Problembewältigung durch eine entsprechende Anwendung des § 119 I und II BGB¹⁹, nähert sich also in Konstruktion und Ergebnis wieder der reichsgerichtlichen Spruchpraxis an. Schließlich gibt es Stimmen, die für die Sachverhalte des Kalkulationsirrtums neue Risikotragungsregeln aus Treu und Glauben unter Berücksichtigung strukturelleicher Risikoprobleme im BGB entwickeln²⁰.

III. Die unproblematischen Fälle

Der beschriebenen Stoffvielfalt ordnend Herr zu werden, ist kein leichtes Unterfangen. Fragt man indes nicht sofort nach der Beachtlichkeit »des« Kalkulationsirrtums, sondern löst den Fragenkreis in seine Einzelelemente auf, könnte sich zu wesentlichen Fragen schon jetzt breitere Übereinstimmung abzeichnen. Einvernehmliche Lösungen lassen sich nach meiner Auffassung für drei Fallgruppen ausmachen.

(-Heinrichs) § 119 BGB Rz. 18; *Soergel(-Hefermehl)* § 119 BGB Rz. 28ff.; *Staudinger(-Dilcher)* § 119 BGB Rz. 27ff. Dem Reichsgericht in Ergebnis und Begründung zustimmend aber OLG München 15. 3. 1990, NJW-RR 1990, 1406.

¹⁷ Vgl. mit Unterschieden im einzelnen *Erman(-Brox)* (vorige Note) § 119 BGB Rz. 38; *Goltz*, Motivirrtum und Geschäftsgrundlage im Schuldvertrag (1973) 236ff.; *Hübner* (vorige Note) Rz. 446; *Kindl* 2203; *Larenz* (oben N. 8) § 20 II (S. 374–375); *Larenz/Wolf* § 36 Rz. 72–80; *Medicus* Rz. 758–760; *Palandt(-Heinrichs)* § 19 BGB Rz. 18–21; *Staudinger(-Dilcher)* § 119 BGB Rz. 27–30.

¹⁸ Vgl. *Enneccerus/Nipperdey* (oben N. 16) § 167 IV 4 (S. 1040); *Flume* § 25, S. 493; *Lorenz* 275; *Medicus* Rz. 761; aus der Spruchpraxis OLG Köln 25. 11. 1982 – 18 U 210/80, NJW 1985, 1475; 25. 11. 1982, BauR 1995, 98.

¹⁹ Vgl. mit großen Unterschieden im einzelnen *Adams*, Irrtümer und Offenbarungspflichtigen im Vertragsrecht: AcP 186 (1986) 453ff. (484, 488); *Heiermann*, Der Kalkulationsirrtum des Bieters beim Bauvertrag: BB 1984, 1836ff. (1840ff.); Münch.Komm. (-Kramer) § 119 BGB Rz. 73ff.; *Paulowski*, Allgemeiner Teil des BGB³ (1997) Rz. 535; *ders.*, Kalkulationsirrtümer 745f.; *Staudinger(-Dilcher)* § 119 BGB Rz. 30; *Wieser*, Der Kalkulationsirrtum: NJW 1972, 708ff.

²⁰ Vgl. vor allem *Staudinger(-Schmidt)* § 242 BGB Rz. 425; ferner *Mayer-Maly* (oben N. 3) 210, der einen beachtlichen Kalkulationsirrtum bejaht, wenn dieser vom anderen Vertragspartei veranlaßt wurde, ihm auffallen mußte oder vom Irrenden rechtzeitig aufgeklärt wurde.

1. Vertragsauslegung

Eine erste Teilklasse betrifft Sachverhalte, in denen die Erklärung den Fehler und zugleich das fehlerfrei Gewollte erkennen läßt. Als Modellsachverhalt eignet sich ein Lehrbuchbeispiel von *Medicus*²¹, das sich in ganz ähnlicher Form in verschiedenen Darstellungen des in- und ausländischen Vertragsrechts wiederfindet²²: Hat ein Bauunternehmer bei der Vertragsanbahnung erklärt, er müsse 100 Kubikmeter Erdreich bewegen und jeder Kubikmeter koste ihn 100 DM, so daß er für 1000 DM anbiete, kann das Geschäft im Wege der Auslegung womöglich auf den richtigen Preis bezogen und eine Anfechtung hinfällig werden. Auf diese Weise läßt sich auch der berühmte *Rubelfall* des Reichsgerichts lösen, in dem die Parteien für eine Schuld von 30.000 Rubel eine Rückzahlung von 7.500 Reichsmark in der irrigen Annahme vereinbarten, dies entspreche dem gängigen Wechselkurs²³. Man mag darin einen Anwendungsfall der *falsa demonstratio* sehen²⁴ – jener Rechtsfigur also, nach der das Rechtsgeschäft trotz der Falschbezeichnung mit dem übereinstimmend gewollten Inhalt Geltung erlangt.

Eindrucksvoll bestätigt wird die Richtigkeit dieses Ergebnisses durch eine rechtsvergleichende Umschau: Das schweizerische Obligationenrecht hält für die hier in Rede stehenden Fälle in Art. 24 III OR eine eigene Rechtsregel bereit, wonach bloße Rechnungsfehler die Verbindlichkeit des Vertrages nicht hindern, wohl aber zu berichtigen sind. Wie ein Blick in die Spruchpraxis des Bundesgerichts zeigt, behandelt diese Bestimmung ein Konsensproblem: Sie gibt der Einigung über die gemeinsam gewollte Berechnungsgrundlage den Vorrang vor dem unrichtig hergeleiteten Rechenergebnis²⁵. Erforderlich ist ein Versehen beider Vertragsparteien, das in ihren übereinstimmenden Willenserklärungen zutage tritt²⁶. Nach außen nicht erkennbare Kalkulationsirrtümer einer Partei liegen dagegen außerhalb des Anwen-

²¹ Vgl. *Medicus*, Bürgerliches Recht¹⁷ (1996) Rz. 134.

²² Vgl. *Lorenz* 273; Münch.Komm.(-Kramer) § 119 BGB Rz. 75; *Pawlowski* 747; *Singer* 344; *Staudinger(-Schmidt)* § 242 BGB Rz. 409.

²³ Vgl. RG 30. 11. 1922 (oben N. 11); dazu wie im Text *Flume* § 26 4a (S. 501–502); *Larenz* (oben N. 8) § 20 IIa (S. 375); *Larenz/Wolf* § 36 Rz. 75; *Lorenz* 272; *Medicus* (oben N. 21) Rz. 154; Münch.Komm.(-Kramer) § 119 BGB Rz. 75; abweichend *Singer*, Selbstbestimmung und Verkehrsschutz im Recht der Willenserklärungen (1995) 226.

²⁴ In diesem Sinne *Brox*, Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung (1960) 65; *Kindl* 2204; *Lorenz* 272; Münch.Komm.(-Kramer) § 119 BGB Rz. 49 und 75; *Singer* 344; *Soergel(-Hefermehl)* § 119 BGB Rz. 30; *Staudinger(-Dilcher)* § 119 BGB Rz. 29; *Wieser* (oben N. 19) 709.

²⁵ Vgl. BG 26. 6. 1976, BGE 102 II 81 (82); 17. 12. 1990, BGE 116 II 685 (688); 28. 7. 1993, BGE 119 II 341 (343).

²⁶ Vgl. *Gauch/Schlup*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil I⁶ (1995) Rz. 840; *Koller*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil I (1996) Rz. 1092–1093; *Berner Kommentar(-Schmidlin)* (1996) Art. 23/24 OR Rz. 532 und 539.

dungsbereichs des Art. 24 III OR²⁷. Ähnlich strukturiert ist Art. 1430 des italienischen Codice civile, wonach der Bewertungsirrtum nicht zur Vertragsnichtigkeit, sondern nur zu seiner Korrektur führt. Auch diese Bestimmung präsentiert sich als Auslegungsregel, ist also nur anwendbar, wenn die Kalkulationsgrundlage Teil des Vertragskonsenses geworden ist²⁸. Zu weithin übereinstimmenden Ergebnissen gelangt auch die französische Vertragsdoktrin, der als dogmatische Ableitungsbasis für eine allgemeine Berichtigungspflicht zwei spezialgesetzliche Bestimmungen in Art. 2058 C.C. und Art. 1269 N.c.p.c. dienen²⁹. Gleiches gilt fernerhin für das spanische Recht, das sich des Berechnungsirrtums in Art. 1266 III Código civil annimmt und als Rechtsfolge lediglich dessen Berichtigung vorsieht³⁰. Endlich kennt auch das angelsächsische Recht eine Berichtigungspflicht bei offensichtlichen Rechenfehlern: In England bedient man sich der von der equity-Gerichtsbarkeit entwickelten Rechtsfigur der rectification³¹; das amerikanische Vertragsrecht hat das Institut der reformation herausgebildet³², das sich auch gegenüber nicht beachteten Formvorschriften durchsetzt.

2. Erkannter und ausgenutzter Irrtum

In unmittelbarer Nachbarschaft zu der falsa demonstratio angesiedelt sind die Sachverhalte des erkannten und ausgenutzten Irrtums. Anschauungsmaterial bietet eine Reichsgerichtsentscheidung aus dem Jahre 1907. Bei dem Angebot einer Provisionsvereinbarung hatte der Kläger irrtümlich »Quadratrate« statt »Quadratfuß« geschrieben. Der Beklagte hatte diese Offerte in Kenntnis des Schreibfehlers und des wirklichen Klägerwillens angenommen, berief sich aber später auf den objektiven Erklärungsinhalt. Das Reichsgericht entschied zugunsten des Klägers: Wenn der Beklagte erkannt habe, daß die Offerte trotz des Wortes »Quadratrate« von dem Anbietenden als eine solche für eine Provision nach »Quadratfuß« gemeint war, sei der Vertrag über eine Provision nach »Quadratfuß« zustande gekommen³³. Im Schrifttum

²⁷ Sehr deutlich BG 28.7. 1993 (oben N. 25) 343.

²⁸ Vgl. *Cian/Trabuochi*, Codice civile⁵ (1997) Art. 1430 Anm. 1; *Rescigno*, Codice civile³ (1996) Art. 1430 Anm. 1; *Sacco/De Nova*, Il contratto I (1993) 399.

²⁹ Vgl. *Carbonnier*, Les obligations²¹ (1998) Nr. 412; *Malaurie/Aynès*, Les obligations (1997) Nr. 412; *Terré/Simler/Lequette*, Les obligations⁶ (1996) Nr. 605.

³⁰ Dazu des näheren *Diez-Picazo/Gullon*, Sistema de Derecho civil II⁷ (1994) 57; *Valpuesta Fernández*, Derecho civil³ (1998) 384f.

³¹ Vgl. *Anson(-Beatson)*, Law of Contract²⁷ (1998) 324ff.; *Cheshire/Fifott/Furmston*, Law of Contract¹³ (1996) 250ff.; *Chitty(-Beale)*, On Contracts²⁷, General Principles (1994) Rz. 5-041.

³² Vgl. *Calamari/Perillo*, The Law of Contracts⁴ (1998) § 9.31 (S. 359ff.); *Farnsworth*, Contracts² (1990) § 7.5 (S. 485ff.).

³³ Vgl. RG 29.10. 1907, RGZ 66, 427 (429).

hat diese Entscheidung zu Recht weithin Zuspruch gefunden³⁴. Sie bewegt sich auf anerkannten Bahnen der modernen Auslegungslehre. Zur Interpretation einer Erklärung sind danach nicht nur die einem objektiven Dritten bekannten Umstände, sondern auch allfällige Zusatzkenntnisse des Erklärungsempfängers heranzuziehen³⁵. Für den durchschauten Irrtum folgt daraus, daß der Wille des Erklärenden auch dann in den Erklärungstatbestand hineingezogen wird, wenn er objektiv nicht erkennbar war. Der Erklärungsempfänger wird mit seiner Berufung auf die objektiv korrekte Verwendungsregel nicht gehört. Nimmt er das ihm unterbreitete Angebot an, so kommt es zu einem Vertragsschluß auf der Basis des wahren Willens seines Gegenübers³⁶. Anders als bei den Fällen der *falsa demonstratio* besteht hier zwar kein *natürlicher*, wohl aber ein *normativer* Konsens. Auch eine Anfechtung wegen Inhaltsirrtums wird man dem Erklärungsempfänger regelmäßig verwehren müssen. Für das bewußte Auseinanderfallen von Wille und Erklärung enthalten die §§ 116–118 BGB eigenständige Risikoverteilungsregeln. Diese Vorschriften passen auch auf den erkannten und ausgenutzten Erklärungsirrtum³⁷. Einer spiegelbildlichen Anwendung des § 116 Satz 1 BGB läßt sich entnehmen, daß der Erklärungsempfänger an den richtig verstandenen Willen seines Gegenübers gebunden ist, mag er innerlich auch abweichende Vorstellungen verfolgen. Seine nicht verlautbarte Absicht, nur zu den objektiven Vertragsbedingungen abzuschließen, gleicht einem geheimen Vorbehalt und ist deshalb unbeachtlich.

Es liegt nahe, die am Beispiel des klassischen Erklärungsirrtums gewonnenen Grundsätze auf den erkannten und ausgenutzten Kalkulationsirrtum zu übertragen, bei dem der Erklärungsempfänger ebensowenig schutzwürdig ist: Vertrauens- oder Verkehrsschutzerwägungen, die ansonsten ein Festhalten des Irrenden am *stare pactis* tragen, verwirken bei einem durchschauten Irrtum ihr Lebensrecht. Rechtsökonomische Begründungsgesichtspunkte weisen in dieselbe Richtung: Eine Vertragsrechtsordnung, die (auch) auf das Ziel der Transaktionskostenminimierung ausgerichtet ist³⁸, hat darauf zu achten,

³⁴ Vgl. *Flume* § 16 1 d (S. 301); Münch.Komm.(-*Kramer*) § 119 BGB Rz. 49; *Staudinger* (-*Schmidt*) § 242 BGB Rz. 407; siehe ferner *Kramer*, Grundfragen der rechtlichen Einigung (1972) 175f.

³⁵ Vgl. *Rummel*, Von durchschauten Irrtümern, falschen Bezeichnungen und aufzuklärenden Mißverständnissen: JBl. 1988, 1ff. (2).

³⁶ Vgl. *Flume* § 16 1 d (S. 301); *Rummel* (vorige Note) 2; *Schlemmer*, Erkannter Irrtum und irrtümlische Erkenntnis: JBl. 1986, 149ff. (155); ferner Münch.Komm.(-*Kramer*) § 119 BGB Rz. 49 mit dem Bemerkten, daß sich aus § 122 II BGB nichts Gegenteiliges herleiten lasse, weil sich dessen Anwendungsbereich auf das Erkennen der »negativen Seite« des Willens beschränke.

³⁷ Im Ergebnis wie hier *Rummel* (oben N. 35) 3; *Staudinger*(-*Schmidt*), § 242 BGB Rz. 407; siehe auch *Staudinger*(-*Dilcher*) § 155 BGB Rz. 11; Das Bürgerliche Gesetzbuch (-*Krüger-Nieland*), hrsg. von Mitgliedern des Bundesgerichtshofes (1959) § 155 BGB Rz. 5.

³⁸ Zu dieser Zielrichtung des Vertragsrechts etwa *Trieblocock*, The Limits of Freedom of

daß Fehlerquellen in einem möglichst frühen Stadium aufgedeckt werden, sofern Anreize zur Fehlervermeidung dadurch keinen Schaden nehmen. So liegt es beim erkannten und ausgenutzten Kalkulationsirrtum: Seine Aufdeckung ist für den Erklärungsempfänger mit keinen zusätzlichen Informationskosten verbunden; er erweist sich als *cheapest-cost-avoider*³⁹.

Beträchtliches Kopferbrechen bereitet indes die Frage nach dem weiteren Schicksal der Vereinbarung: Soll der Irrende bei einem erkannten Kalkulationsirrtum anfechten müssen oder gilt der Vertrag als mit dem wirklich gewollten Inhalt zustande gekommen? Der Bundesgerichtshof hat die Frage in den Fällen fehlerhaft kalkulierter Ausschreibungsgebote bislang nur unter dem Blickwinkel eines vertraglichen Lösungsrechtes erörtert: In einem neueren Urteil ließ der VII. Zivilsenat offen, ob dem Bieter bei einem internen Kalkulationsirrtum ein Anfechtungsrecht analog § 119 I BGB zusteht, wenn der Anfechtungsgegner den Kalkulationsirrtum vor Vertragsschluß erkannt hat⁴⁰. Eine Vorgängerentscheidung desselben Senats hatte es dem Auftraggeber gemäß § 242 BGB verwehrt, den Anbieter im Falle eines erkannten Kalkulationsirrtums am Vertrag festzuhalten.⁴¹ Im Schrifttum gehen die Meinungen auseinander: Teils will man dem Irrenden bei einem treuwidrig ausgenutzten Motivirrtum mit dem Einwand unzulässiger Rechtsausübung oder einem Gegenanspruch aus culpa in contrahendo zur Hilfe kommen, wenn der Erklärungsempfänger erkennt, daß die Erklärung nicht stimmen kann⁴². Strenger urteilen andere, die es mit § 123 BGB bewenden⁴³ oder ein Lösungsrecht nur bejahen, wenn die Bindung an den Vertrag zu schlechthin unerträglichen, unzumutbaren Ergebnissen führt⁴⁴. Wieder andere sehen den richtigen Anknüpfungspunkt in einer entsprechenden Anwendung des § 119 BGB⁴⁵. Nach meiner Auffassung liegt der Schlüssel zur Problemlösung in einer sachgerechten Anwendung anerkannter Auslegungsgrundsätze. Dabei kann sich zunächst ergeben, daß die Kalkulationsbasis bei den Vertragsverhandlungen ganz im Vordergrund stand, so daß ein normativer Konsens auf der Grundlage des tatsächlich Gemeinten vorliegt. Fraglich ist insoweit nur, ob sich der Erklärungsempfänger seinerseits durch eine Irrtumsanfechtung von dem Vertrag lösen kann. Dies wird man, anders als in den Fällen des er-

Contract (1993) 16f.; *Williamson*, Die ökonomischen Institutionen des Kapitalismus (1990) 30 und 78.

³⁹ Vgl. allgemein *Cooter/Ulen*, Law and Economics² (1996) 244ff.; *Posner*, Economic Analysis of Law⁵ (1998) § 4.6 (S. 122ff.).

⁴⁰ Vgl. BGH 19. 12. 1985 (oben N. 14).

⁴¹ Vgl. BGH 4. 10. 1979, NJW 1980, 180.

⁴² Vgl. *Flume* § 25 (S. 492).

⁴³ Vgl. *v. Tuhr*, JW 1925, 1633 (1634 zu Nr. 5).

⁴⁴ Vgl. *Lorenz* 283.

⁴⁵ Vgl. *Pawlowski* 745.

kannten Erklärungsirrtums, im Regelfall bejahen müssen⁴⁶. Nur wenn eine Anfechtung aufgrund besonderer Umstände im Einzelfall treuwidrig wäre, ist eine schärfere Sanktion gerechtfertigt. Häufig wird es indes so liegen, daß die abstrakten Kalkulationsgrundlagen bei Abschluß des Vertrages hinter den angegebenen absoluten Endpreis zurücktreten. In einem solchen Fall ist der Vertrag zu dem irrtümlich errechneten Preis zustande gekommen, und es obliegt der irrenden Partei, diese Bindung nachträglich zu beseitigen.

3. Nicht erkennbare Kalkulationsirrtümer

a) Rechtswissenschaftliche Antwort

Als gesichert gelten darf schließlich, daß interne Kalkulationsirrtümer unbeachtlich sind, sofern sie der Erklärungsempfänger nicht erkannt hat und auch nicht erkennen konnte⁴⁷. Bei schulmäßiger Subsumtion der Sachverhalte scheiden Erklärungs- und Eigenschaftsirrtum gleichermaßen aus: Für den Erklärungsirrtum fehlt es an einer nach außen in Erscheinung getretenen Verlautbarung, und der Eigenschaftsirrtum erfordert nach richtiger Auffassung ebenfalls, daß die Bedeutung des betreffenden Umstandes vom Erklärenden in irgendeiner Form dem Vertrag zugrunde gelegt wurde⁴⁸. Durchschlagende Wertungsgesichtspunkte, die eine Korrektur dieses Ergebnisses erfordern, sind nicht ersichtlich. Vorbringen ließe sich allenfalls, daß es nicht recht einleuchte, einen Schreibfehler bei der Abgabe des Angebots als Erklärungsirrtum anzuerkennen, dem kurz zuvor begangenen Rechenfehler aber keinerlei Bedeutung beizumessen⁴⁹. Das Beispiel ist gut gewählt, kann den im Gesetz angelegten Trennungsschnitt zwischen Geschäfts- und Motivirrtümern aber nicht in Frage stellen. Im Interesse des Verkehrsschutzes sind weitere Ausnahmen von der grundsätzlichen Unbeachtlichkeit des Motivirrtums nicht begründbar⁵⁰.

Eine rechtsvergleichende Umschau ist geeignet, die Sachrichtigkeit der hiezulande gefundenen Ergebnisse zu bestätigen. Keine Schwierigkeiten, die Unbeachtlichkeit eines verdeckten Kalkulationsirrtums zu begründen,

⁴⁶ Im Ergebnis ebenso *Pawlowski* 747; *Reinicke/Tiedtke*, Kaufrecht⁵ (1992) Rz. 134; abweichend *Schlemmer* (oben N.36) 156.

⁴⁷ Vgl. BGH 7. 7. 1998 (oben N. 1) 183; *Erman(-Brox)* (oben N. 16) § 119 BGB Rz. 41; *Larenz/Wolf* § 36 Rz. 78; *Münch.Komm.(-Kramer)* § 119 BGB Rz. 72; *Pawlowski* 741; *Reinicke/Tiedtke* (vorige Note) Rz. 128; *Soergel(-Hefermehl)* § 119 BGB Rz. 29; *Staudinger(-Dilcher)* § 119 BGB Rz. 29.

⁴⁸ Vgl. BGH 22. 9. 1983, BGHZ 88, 240 (246); *Larenz/Wolf* § 36 Rz. 61.

⁴⁹ Zu diesem Argument *Brox* (oben N. 24) 64; *Flume* § 23 2a (S. 51); *Münch.Komm.(-Kramer)* § 119 BGB Rz. 72.

⁵⁰ Im Ergebnis wie hier *Lorenz* 271; *Kindl* 2205; *Münch.Komm.(-Kramer)* § 119 BGB Rz. 72; *Pawlowski* 742.

haben zunächst jene Rechtsordnungen, welche die Erkennbarkeit des Irrtums allgemein zur Anfechtungsvoraussetzung erheben. Modellcharakter hat insoweit § 871 I des österreichischen ABGB⁵¹, der wohl auch bei der Abfassung der einschlägigen Irrtumsregeln in Art. 3.5 I der UNIDROIT-Prinzipien und Art. 4:103 I der Principles of European Contract Law Pate stand. Konvergierende Ergebnisse zeigen sich weiters in den romanischen Rechten: Die zu Art. 1110 Code civil ergangene Spruchpraxis hält insbesondere Gewerbetreibende an einmal geschlossenen Verträgen fest, sofern der Berechnungsfehler von ihnen fahrlässig verursacht worden und dem anderen Vertragsteil nicht zur Kenntnis gelangt ist⁵². Auf derselben Linie liegt die Spruchpraxis des italienischen Kassationshofs zu Art. 1428 Codice civile, der kürzlich nochmals bekräftigt hat, daß die Kunden nicht verpflichtet seien, Berechnungsunterlagen von Gewerbetreibenden zu überprüfen oder eigene Nachforschungen anzustellen⁵³.

b) Volkswirtschaftliche Alternative: die Zweit-Preis-Regel

Mit diesem Ergebnis sind die Möglichkeiten der Zivilrechtsdogmatik, Selbstbestimmung und Verkehrerschutz im Recht der Willenserklärungen in Einklang zu bringen, ausgeschöpft: Fehlerhaft kalkulierte Ausschreibungsangebote, die für den Auftraggeber nicht erkennbar sind, fallen allein in die Risikosphäre des Anbieters. Volkswirtschaftlich lassen sich die Allokationsabläufe bei der öffentlichen Auftragsvergabe freilich noch verbessern: Hier wird der Auftrag für die Produktion eines öffentlichen Gutes in der Regel jenem Anbieter erteilt, der das billigste Gebot abgegeben hat. Auf den ersten Blick scheint diese Ausschreibungstechnik den Wettbewerbsprozeß bei privaten Gütern vorzüglich zu simulieren. Tatsächlich trifft dies aber nur zu, wenn allseits vollständige Informationen vorliegen. Daran fehlt es bei öffentlichen Ausschreibungen und den unter Risiko erstellten Kalkulationen der Anbieter. Denn bei einem in der Höhe unbekanntem Risiko bekommt immer der Anbieter den Zuschlag, der das Risiko am niedrigsten eingeschätzt und damit eigentlich ein zu niedriges Gebot abgegeben hat. Das gilt sogar dann, wenn alle Anbieter den Auftrag zu den gleichen Kosten durchführen können. Ein Beispiel mag das erhellen⁵⁴: Angenommen, 80 von 100 Bietern haben das Ri-

⁵¹ Dazu näher *Schwimmann(-Apathy)*, Praxiskommentar zum ABGB samt Nebengesetzen (1988) § 871 Rz. 11; *Rummel(-Rummel)*, Kommentar zum ABGB² (1990) § 871 Rz. 16; zu anderen Varianten des Geschäftsirrtums im Rahmen des § 871 BGB *Koziol/Welser*, Grundriß des Bürgerlichen Rechts¹⁰ (1995) 123ff.

⁵² Vgl. Cass. civ. 1ère 2.6. 1987, Bull. civ. I, Nr. 182 (Fluggesellschaft); 29. 2. 1995, Rev. dr. bancaire et bourse 1995, 144 (Bank).

⁵³ Vgl. Cass. 25. 3. 1996, n. 2635, Foro it. 1996, I, 2063 (Reisebüro); zuvor bereits Cass. 17. 5. 1969, n. 1708, Giur. it. 1970, I, 1, 925 (Reisebüro).

⁵⁴ Dazu des näheren *Mackscheidt*, William Vickrey und James A. Mirrlees, Gurus der In-

siko richtig eingeschätzt und je ein Anbieter hat es entweder viel zu hoch oder viel zu niedrig einkalkuliert. Den Zuschlag erhält dann keiner der 80 Bewerber, die richtig kalkuliert haben, sondern der eine Anbieter, der sich zu seinen Ungunsten verkalkuliert hat.

Die Ökonomen haben für das beschriebene Phänomen den Ausdruck *winner's curse* geprägt⁵⁵. Dieser Fluch des Gewinners wirkt sich bei öffentlichen Ausschreibungen um so stärker aus, je größer das Risiko ist und je weniger der gewinnende Anbieter das falsch eingeschätzte Risiko durch einen Produktivitätsvorsprung ausgleichen kann. Der fatale Gegenzug ist nun, daß die Anbieter diesen Fluch zu überwinden suchen, indem sie die für sie ungünstige Wettbewerbssituation heimlich verlassen und durch Absprachen ein Anbieterkartell bilden. Dann wird der öffentliche Auftraggeber zum Verlierer des Allokationsprozesses. Ansätze zur Lösung des aufgezeigten Problems verdanken wir dem kanadischen Nationalökonom *William Vickrey*. In einer »Counter-speculation, Auctions, and Competitive Sealed Tenders« überschriebenen Pionierarbeit aus dem Jahre 1961⁵⁶ hat *Vickrey* die Einführung einer später nach ihm benannten *Zweit-Preis-Regel* vorgeschlagen: Das billigste Gebot bekommt den Zuschlag zum zweitbesten Preis. Diese theoretisch elegante Lösung, für die *Vickrey* im Jahre 1996 den Nobelpreis für Wirtschaftswissenschaften erhielt⁵⁷, ist von verschiedenen Forschern weiter verfeinert und zu einer geschlossenen Auktionstheorie ausgebaut worden⁵⁸. Ihre praktische Bewährungsprobe hat sie bei Bietprozessen in den Vereinigten Staaten längst bestanden, und auch hierzulande findet sie zunehmend Beachtung.

IV. Die problematischen Fälle: Erkennbare Kalkulationsirrtümer

Die Zone der kritischen Fälle beginnt dort, wo der Erklärungsempfänger den Kalkulationsirrtum zwar nicht erkannt hat, ihn nach Lage der Dinge aber ohne weiteres hätte erkennen können. Im Zentrum der Diskussion stehen die fehlerhaft kalkulierten Ausschreibungen, die den Bundesgerichtshof in den vergangenen Jahren verschiedentlich beschäftigt haben.

formationsökonomie: WISU 1996, 964ff. (965); monographisch *Thaler*, *The winner's curse* (1995).

⁵⁵ Vgl. *Huber*, Nobelpreis Wirtschaftswissenschaften 1996 für James A. Mirrlees und *William Vickrey*: WiSt 1997, 33.

⁵⁶ *Vickrey*, Counter-speculation, Auctions, and Competitive Sealed Tenders: J.Fin. 16 (1961) 8–37.

⁵⁷ Vgl. die Würdigungen bei *Huber* (oben N. 55) 33ff.; *Mackscheidt* (oben N. 54) 964ff.; *Moldavani*, *William Vickrey* und die Auktionstheorie: Wirtschaftsdienst 1996, 651ff.

⁵⁸ Einen guten Überblick bieten *McAfee/McMillan*, Auctions and Bidding: J. Econ. Literature 25 (1987) 699–738; *Milgrom*, [Stichwort:] Auction Theory, in: *Advances in Economic Theory*, hrsg. von *Bewley* (1989); *Wilson*, [Stichwort:] Auction Theory, in: *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, hrsg. von *Eatwell u. a.* (1988).

1. Das höchstrichterliche Entscheidungsmaterial

Das Quartett höchstrichterlicher Entscheidungen wird eröffnet durch eine Rechtserkenntnis aus dem Jahre 1980: Die Klägerin hatte öffentliche Bauleistungen ausgeschrieben, deren Kosten sie auf 80.000 DM schätzte. Der Beklagte forderte in seinem Angebot 63.000 DM und erhielt den Auftrag, da andere Anbieter 85.000, 101.000, 133.000 und 185.000 DM verlangten. Unter Berufung auf einen Kalkulationsirrtum weigerte er sich später, den Auftrag auszuführen, worauf ihn die Klägerin auf Schadensersatz in Anspruch nahm. Der VII. Zivilsenat gab der Klage statt. Er stellte fest, daß ein Auftraggeber den Anbieter wohl auf einen *erkannten* Kalkulationsirrtum hinweisen müsse, belehrte den Beklagten aber dahin, daß Gleiches nicht für einen bloß *erkennbaren* Irrtum gelte⁵⁹. In einem nachfolgenden Urteil hatte ein Bauunternehmer in seinem Angebot für einen Brückenbau die Kosten der Statik nicht berücksichtigt, obwohl in der Ausschreibung darauf hingewiesen worden war, daß diese nicht gesondert berechnet werden können. Die Klägerin erteilte ihm den Zuschlag zu den Bedingungen des ursprünglichen Angebots und forderte Schadensersatz, als er die Ausführung des Auftrags verweigerte. Der Bundesgerichtshof band den beklagten Bauunternehmer an seine fehlerhafte Kalkulation, weil sich nicht feststellen ließ, daß die Klägerin den Irrtum vor Vertragsschluß erkannt hatte⁶⁰. Die dritte Entscheidung betraf einen Fall, in dem der Anbieter »versehentlich« in den für eine Reihe von Leistungen geforderten Gesamtpreis nicht die Kosten für die Baustelleneinrichtung aufgenommen hatte, die nach der Leistungsbeschreibung aber im Gesamtpreis enthalten waren. Auf seine klageweise geltend gemachte Nachforderung sprachen ihm die Untergerichte den »vergessenen« Betrag im wesentlichen zu – und zwar mit Hilfe einer ergänzenden Vertragsauslegung. Der Bundesgerichtshof stellte dagegen fest, daß bei einem Gesamtpreis eine ergänzende Vertragsauslegung ausscheide⁶¹. Er verwies die Sache aber zurück, da nach den vorinstanzlichen Feststellungen nicht auszuschließen sei, daß die Beklagte treuwidrig einen externen Kalkulationsirrtum des Klägers ausgenutzt habe.

In der jüngsten Leitentscheidung hatte sich der Beklagte an einer öffentlichen Ausschreibung für Tischlerarbeiten beteiligt und bei seiner Kalkulation die Transport- und Montagekosten nicht berücksichtigt. Nach Eröffnung der Angebote, aber noch vor einem Zuschlag bat er das staatliche Bauamt, sein Gebot wegen des Berechnungsfehlers aus der Wertung zu nehmen. Das Bauamt entsprach der Bitte nicht und erteilte dem Beklagten den Zuschlag zu dem ursprünglichen Gebot von 305.000 DM. Die sonstigen Gebote lagen

⁵⁹ Vgl. BGH 4.10. 1979 (oben N. 41).

⁶⁰ Vgl. BGH 19.12. 1985 (oben N. 14) 570.

⁶¹ Vgl. BGH 13.7. 1995, NJW-RR 1995, 1360.

zwischen 312.000 DM und 476.000 DM. Als der Beklagte die Ausführung des Auftrags ablehnte, nahm ihn das Bauamt auf Schadensersatz in Anspruch. Im Gegensatz zur Vorinstanz hielt der Bundesgerichtshof die Klage dem Grunde nach für gerechtfertigt und zog eine Grenzlinie zwischen schädlicher positiver Kenntnis und unschädlicher bloßer Erkennbarkeit des behaupteten Kalkulationsirrtums: Der Auftraggeber sei während des Ausschreibungsverfahrens grundsätzlich nicht verpflichtet, die ergangenen Angebote auf etwaige Kalkulationsfehler zu überprüfen. Eine Ausnahme könne nach dem Rechtsgedanken des § 162 BGB allenfalls dann bestehen, wenn sich der Fehler aus dem Angebot des Bieters oder einem Vergleich mit den weiteren Geboten geradezu aufdränge⁶². Darunter versteht der Senat nach dem Duktus der Urteilsgründe wohl nur die Fälle treuwidriger Kenntnisvereitelung, nicht auch jene grob fahrlässiger Unkenntnis⁶³.

2. Anforderungen an die Erkennbarkeit des Irrtums

Wie die Zusammenstellung der einschlägigen Spruchpraxis erhellt, rankt sich die rechtliche Auseinandersetzung regelmäßig um die Frage, welche Anforderungen an die Deutungsdiligenz des Erklärungsempfängers zu stellen sind. Für eine eigene Problemannäherung ist es ratsam, zunächst die gegenläufigen Sachgesichtspunkte herauszuarbeiten, deren Antinomien bis heute nicht vollständig ausgetragen erscheinen. Es sind dies die Prinzipien des Verkehrsschutzes und der Vertragsgerechtigkeit.

a) Verkehrsschutz versus Vertragsgerechtigkeit

Bedenken gegen eine Auflockerung der Anfechtungsvoraussetzungen ergeben sich vornehmlich unter dem Gesichtspunkt der Vertragsstabilität. Ein Abgehen vom *stare pactis* bei erkennbaren Berechnungsirrtümern läuft leicht Gefahr, die im Gesetz angelegte Grenzziehung zwischen Geschäfts- und Motivirrtum zu verwischen. Die Befürchtung, mit einem ersten Schritt in diese Richtung eine nicht mehr kontrollierbare Entwicklung einzuleiten, dürfte auch den Bundesgerichtshof bewogen haben, an der scharf gezogenen Trennlinie zwischen erkannten und erkennbaren Irrtümern festzuhalten und eine tatbestandliche Auflockerung vorerst nur für den Fall treuwidriger Kenntnisvereitelung vorzusehen. Wer die höchstrichterlich entschiedenen Ausschreibungsfälle genauer studiert, wird zugeben müssen, daß diese Sorge nicht gänzlich unbegründet ist. Mitunter hat es den Anschein, als sicherten sich

⁶² Vgl. BGH 7.7. 1998 (oben N. 1) 187–188.

⁶³ Vgl. BGH 7.7. 1998 (oben N. 1) 186 (»Berufung auf die Unkenntnis als Förmel«), 187 (»Rechtsgedanke aus § 162 BGB nur mit äußerster Zurückhaltung heranzuziehen«).

einzelne Anbieter durch gezielt unterpreisige Offerten den Zuschlag, um anschließend unter Hinweis auf einen Kalkulationsirrtum eine »Nachbesserung« des Leistungsentgeltes zu fordern. Es liegt auf der Hand, daß solche Fälle in ihrer Gesamtheit zu erheblichen Reibungsverlusten im Rechtsverkehr führen und das Verfahren der öffentlichen Auftragsvergabe beträchtlich belasten. Andererseits dokumentiert die großzügige Spruchpraxis der Instanzgerichte⁶⁴, daß unsere Fähigkeit, die Anbieter an einem wirklichen Kalkulationsirrtum festzuhalten, sichtlich im Schwinden begriffen ist. Der Appell zur (vor)vertraglichen Solidarität erreicht den besser informierten Vertragspartner heute auch dort, wo er sich früher auf seine formale Rechtsposition zurückziehen konnte. Den sichtbarsten Ausdruck findet diese Tendenz zur Vertragsgerechtigkeit in den bereits behandelten Fällen des durchschauten Irrtums: Das Trachten einer Partei, ihren Gegenüber selbst dann an einem fehlerhaft kalkulierten Angebot festzuhalten, wenn sie den Berechnungsfehler von Anfang an erkannt hat, erscheint uns inzwischen als unerträglicher Verstoß gegen Treu und Glauben⁶⁵. Gerechtigkeitserwägungen legen es nahe, dieser Fallgruppe einen erweiterten Anwendungsbereich zu erschließen, zumal der Beweis positiver Kenntnis mit beträchtlichen Schwierigkeiten verbunden ist und der Erklärungsempfänger sich stets auf den Standpunkt zurückziehen kann, er habe nichts bemerkt.

Rechtsdogmatische Bedenken gegen eine vorsichtige Öffnung der Irrtumsvorschriften bei offenbaren Fehlkalkulationen scheinen jedenfalls auf den ersten Blick nicht unüberwindbar: Kann der Irrende anfechten, wenn sich aus seinem Erklärungsverhalten ergibt, daß der Vertragsgegenstand bestimmte Eigenschaften aufweisen soll, sprechen Gesichtspunkte der Wertungsgleichheit dafür, ihm eine Anfechtung auch dann zu gestatten, wenn aus seinem Erklärungsverhalten hervorgeht, daß der im Vertrag angegebene Preis falsch kalkuliert ist⁶⁶. Das wird man umso eher annehmen dürfen, je mehr sich die Zivilrechtsdogmatik von einem gegenständlichen Eigenschaftsbegriff löst und – wie die französische Vertragsdoktrin – im Wege wertenden Vorgehens an die substantielle Willensmotivation anknüpft⁶⁷. Doch soll die Frage der dogmatischen Konstruktion erst nach Beantwortung der maßgeblichen Sachfragen aufgegriffen und vertieft werden. Als Zwischenbefund ergibt sich

⁶⁴ Vgl. zuletzt OLG Düsseldorf 7. 11. 1995, NJW-RR 1996, 1419; siehe auch OLG München 15. 3. 1990 (oben N. 16) 1406 für die Berücksichtigung eines Rechenfehlers bei einem gerichtlichen Vergleich; abweichend aber OLG Nürnberg 30. 5. 1996, NJW-RR 1998, 595.

⁶⁵ Vgl. aus der Rechtsprechung OLG Köln 25. 11. 1982, 18 U 210/80, 1476; 25. 11. 1982, 18 (beide oben N. 18).

⁶⁶ Auf diese Parallelen zwischen Kalkulations- und Eigenschaftsirrtum abstellend *Pawlowski* 746.

⁶⁷ Näher zur Denaturierung des Substanzbegriffs im Rahmen des Art. 1116 C.c., der Zwillingsvorschrift zu § 119 II BGB, *Malaurie/Aynès* (oben N. 29) Nr. 405.

vorerst: Ein vertragliches Lösungsrecht des Irrenden bei offenkundigen Kalkulationsirrtümern ist konstruktiv begründbar, aber nicht ohne Gefahren für die Sicherheit und Leichtigkeit des Rechtsverkehrs. Wer die Rechtsprechung für einen solchen Weg gewinnen will, hat deshalb vor allem dogmatischen Bemühen den Nachweis der praktischen Bewährung und Überlegenheit seiner Ergebnisse zu führen. Hilfestellung bieten insoweit die ökonomische Rechtstheorie und die Rechtsvergleichung, denen wir uns nacheinander zuwenden wollen.

b) Rechtsökonomische Erträge

Eine gehaltvolle Abhandlung zum Kalkulationsirrtum unter dem Blickwinkel der ökonomischen Rechtstheorie hat hierzulande *Adams* vorgelegt⁶⁸. Theoretischer Ausgangspunkt seiner Überlegungen ist der vollständige Vertrag – jenes Gedankenkonstrukt also, bei dem sich die Parteien vor Vertragschluß über die Zuordnung aller Risiken geeinigt haben⁶⁹. In geraffter Form lassen sich seine Argumentationsschritte zum Kalkulationsirrtum wie folgt zusammenfassen: Jeder Vertragspartner sei der Gefahr ausgesetzt, einen Fehler bei der Zusammenstellung und Berechnung seiner Vertragsbedingungen zu begehen. Solche Fehler ließen sich nur durch kostspielige Vorsorgemaßnahmen verhindern. Sei nun die Vertragsgegenseite aufgrund einer vergleichenden Prüfung aller Angebote in der Lage zu erkennen, daß ein bestimmtes Angebot nicht innerhalb der üblichen Streuung der Preise liege, sondern augenscheinlich auf einem Irrtum beruhe, würden die gemeinsamen Vertragsschlußkosten beider Parteien dadurch minimiert, daß dem Irrenden ein Anfechtungsrecht zugebilligt würde. Rational handelnde Vertragspartner würden deshalb eine gegenseitige Korrekturpflicht für erkennbare Kalkulationsirrtümer vorsehen. Mit einer Begrenzung der Irrtumsanfechtung auf grenzkostenfrei erkennbare Irrtümer sei zugleich gewährleistet, daß die Verlässlichkeit des Vertragssystems nicht gefährdet werde. Unter Effizienzgesichtspunkten empfehle es sich deshalb, in allen Fällen erkennbarer Kalkulationsirrtümer in analoger Anwendung des § 119 I BGB eine Irrtumsanfechtung zuzulassen⁷⁰.

Adams' entscheidend weiterführender Beitrag liegt darin, das Problem des Kalkulationsirrtums unter dem Gesichtspunkt ökonomischer Rationalität aufgenommen und folgerichtig durchdacht zu haben. Gleichwohl sind seine Überlegungen in zweierlei Hinsicht ergänzungsbedürftig: Einmal ist es erforderlich, dem Schlüsselbegriff der Erkennbarkeit ein schärferes Profil zu ge-

⁶⁸ Vgl. *Adams* (oben N. 19) 484ff.

⁶⁹ Vgl. *Cooter/Ulen* (oben N. 39) 183ff.; *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts² (1996) 325ff.

⁷⁰ Vgl. *Adams* (oben N. 19) 488.

ben: Dessen tatbestandliche Tiefe entscheidet nämlich darüber, ob eine Vertragspartei gegebenenfalls auch verpflichtet ist, nach Irrtümern ihres Gegners zu forschen. Zum anderen gilt es, die wohlfahrtsmindernden Wirkungen einer erweiterten Irrtumsanfechtung in den Blick zu nehmen, die von *Adams* nicht hinlänglich gewürdigt werden. Aufmerksamkeit verdient insoweit eine gehaltvolle Abhandlung von *Rasmussen* und *Ayres* zu den Wohlfahrtswirkungen alternativer Irrtumsvorschriften. Ihre Kernthese geht dahin, daß bei der Ausformung effizienter Rechtsregeln zwei Leitgesichtspunkte zu berücksichtigen seien: die Vermeidung wohlfahrtsmindernder Verträge und die Vermittlung von Anreizen zur Fehlervermeidung⁷¹. Versucht man die beiden Teilaspekte weiter zuzuspitzen, so kann man bündig von einem »negligence-opportunism tradeoff«⁷² sprechen: *Einerseits* mindern großzügige Anfechtungsmöglichkeiten die Gefahr eines opportunistischen Verhaltens der Vertragsgegenseite bei reinen Rechenfehlern; *andererseits* geben sie Anlaß zu der Sorge, daß die irrende Vertragspartei im Vertrauen auf ein nachträgliches Lösungsrecht künftig bei der Vertragsvorbereitung weniger sorgfältig verfährt. Wer es liebt, in Gegensätzen zu denken, wird hinter den konträren Argumenten die unterschiedlichen Denkrichtungen in der ökonomischen Rechtstheorie erblicken: die Sichtweise der Neuen Institutionenökonomik mit ihrer starken Betonung opportunistischer Verhaltensmuster⁷³ und die von der Chicago School bevorzugte Perspektive des kostengünstigeren Informationssammlers⁷⁴. Eine empirisch abgesicherte Vorstellung vom Saldoeffekt der gegenläufigen Teileffekte liegt nicht vor und läßt sich wohl auch schwerlich ermitteln. Immerhin gibt die Existenz negativer Teileffekte aber einen ersten Fingerzeig darauf, mit dem Kriterium der Erkennbarkeit nicht allzu großzügig zu verfahren: Hinreichende Anreize, in Zukunft mehr Sorgfalt auf die Erstellung der Angebotsunterlagen zu verwenden, hat eine Partei in den geschilderten Ausschreibungsfällen nur, wenn sie gewärtigen muß, im Zweifel an ihrer Offerte festgehalten zu werden.

In die gleiche Richtung weist ein zweiter Gesichtspunkt, dem *Adams* nicht genügend Beachtung schenkt: Je weiter man den Kreis der Erkennbarkeit zieht, um so eher droht eine Duplizierung der Informationsanstrengungen

⁷¹ Vgl. *Rasmussen/Ayres*, Mutual and Unilateral Mistake in Contract Law: J. Legal Stud. 22 (1993) 309ff. (340); ähnlich *Duggan/Bryan/Hanks*, Contractual Non-Disclosure, An Applied Study in Modern Contract Theory (1994) 148–150 mit dem zusammenfassenden Bemerkungen: »This suggests that an appropriate rule would be one which confronts the lowest cost information-gatherer with the appropriate incentive to take the necessary action. In cases where the mistaken party could have taken the precautions more cheaply, then the contract should be allowed to stand, despite the mistake.«

⁷² Der Begriff findet sich bei *Cohen*, The Negligence-Opportunism Tradeoff in Contract Law: Hofstra L. Rev. 20 (1992) 941.

⁷³ Vgl. *Erlei/Leschke/Sauerland*, Neue Institutionenökonomik (1999) 178ff.; *Richter/Furubotn*, Neue Institutionenökonomik (1996) 143ff.

⁷⁴ Vgl. *Posner* (oben N. 39) § 4.6 (S. 111).

auf Anbieter- und Nachfragerseite, die zu höheren Transaktionskosten und Reibungsverlusten im Geschäftsverkehr führen. Ebenso unbestreitbar ist allerdings, daß es gerade bei offenkundigen Fehlvorstellungen im Einzelfall effizienter sein kann, eine Irrtumsanfechtung zu gestatten, weil Kalkulationsirrtümer zur Kategorie *künstlicher* Risiken gehören, die zu Zufallsgewinnen und -verlusten führen, ohne daß der gesamtgesellschaftliche Nutzen steigt⁷⁵. Die Verminderung solcher Risiken und die Vermeidung allzu aufwendiger Vorsorgemaßnahmen liegt im wohlverstandenen Interesse beider Vertragsparteien⁷⁶. Trefflich veranschaulichen läßt sich dies an den vorerwähnten Ausschreibungsfällen: Hat die öffentliche Hand an der Streuung der Konkurrenzangebote unschwer erkennen können, daß sich der kostengünstigste Anbieter bei seiner Offerte verrechnet hat, spricht rechtsökonomisch vieles für die Gewährung eines Anfechtungsrechts, weil die Aufdeckung eines derartigen Irrtums für die ausschreibende Behörde mit keinerlei Kosten verbunden ist⁷⁷. Das gilt erst recht, wenn auch die Kosten eines erneuten Vertragsschlusses niedrig sind, der Rechenfehler also etwa so frühzeitig aufgedeckt wurde, daß die öffentliche Hand ohne abermalige Durchführung eines Bietverfahrens dem zweitgünstigsten Anbieter den Zuschlag erteilen könnte. Darin liegt im übrigen auch der effizienztheoretisch richtige Kern der gemeinrechtlichen *res-integra*-Lehre, die in § 871 I ABGB bis heute fortlebt⁷⁸ und nun auch Eingang in Art. 3.5 der UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts gefunden hat.

c) Rechtsvergleichende Erkenntnisse

Neben der ökonomischen Rechtstheorie bietet die Vertragsrechtsverglei-
chung einen zweiten Wegweiser dafür, wie die deutsche Zivilrechtsdogmatik mit erkennbaren Kalkulationsirrtümern verfahren könnte. Um das Ergebnis sogleich an die Spitze zu rücken: Die Entwicklung im ausländischen Vertragsrecht geht unverkennbar dahin, dem Irrenden ein vertragliches Lösungsrecht bei offensichtlich erkennbaren Kalkulationsirrtümern einzuräumen. Besonders bemerkenswert ist, daß sich diese Tendenz auch in den angelsächsischen Systemen durchgesetzt hat, die dem Verkehrsschutz seit jeher ein größeres

⁷⁵ Vgl. *Rasmussen/Ayres* 336; ähnlich *Duggan/Bryan/Hanks* 155 (beide oben N. 71), die von »purely redistributive facts« sprechen.

⁷⁶ Zutreffend *Adams* (oben N. 19) 486; auch *Rasmussen/Ayres* (oben N. 71) 334 betonen, daß kostspielige Vorsorgemaßnahmen des Anbieters das Wohlfahrtsoptimum verfehlen können.

⁷⁷ Andeutungen bereits bei *Kronman*, *Mistake Disclosure, Information, and the Law of Contracts*: *J. Legal Stud.* 7 (1978) 1ff. (32); ausführlicher nun *Duggan/Bryan/Hanks* (oben N. 71) 155; ähnlich *Schäfer/Ott* (oben N. 69) 428, begrenzt freilich auf den Fall, daß der Auftraggeber den Kalkulationsirrtum zufällig bemerkt.

⁷⁸ Vgl. *Koziol/Welser* (oben N. 51) 128.

Gewicht beimessen als die kontinentaleuropäischen Kodifikationen. Das mag es rechtfertigen, nachfolgend vor allem aus dem reichen Fundus des common law zu schöpfen und von den kontinentalen Rechten allein das österreichische und das schweizerische Vertragsrecht heranzuziehen.

(1) *Vereinigte Staaten.* – Im amerikanischen Vertragsrecht war und ist die Spruchpraxis vornehmlich mit Sachverhalten befaßt, in denen ein Bauunternehmer bei einer öffentlichen Ausschreibung versehentlich ein zu niedriges Angebot abgab und zu diesem Preis den Zuschlag erhielt⁷⁹. In derartigen Fällen stand dem Unternehmer, der sich bei der Ermittlung der Endsumme verrechnet hat, seit jeher ein vertragliches Lösungsrecht zu, sofern sein Gegenüber von dem Kalkulationsirrtum wußte: »One cannot snap up an offer or bid knowing that it was made in mistake.«⁸⁰ Darüber hinaus haben selbst traditionell zurückhaltende Jurisdiktionen ein Anfechtungsrecht bejaht, falls der Auftraggeber den Kalkulationsirrtum aus einem Vergleich aller eingegangenen Angebote hätte erkennen können und müssen⁸¹. Das Restatement (Second) of Contract hat diese Rechtsprechungslinie übernommen⁸² und sie an einem Beispiel erläutert, das dem ersten der oben mitgeteilten Ausschreibungsfälle des Bundesgerichtshofs bis in die Einzelheiten gleicht: B hatte einen Bauauftrag ausgeschrieben, dessen Volumen er selbst auf 180.000 US-Dollar schätzt, und zehn Angebote erhalten, die allesamt zwischen 180.000 US-Dollar und 200.000 US-Dollar lagen. A hat bei der Zusammenstellung seiner Offerte versehentlich einen Einzelposten in Höhe von 50.000 US-Dollar nicht aufgenommen und infolgedessen ein Angebot von 150.000 US-Dollar eingereicht. Das Restatement räumt dem A in einem solchen Fall ein vertragliches Lösungsrecht ein, weil der Auftraggeber angesichts der eigenen Kostenschätzung und der Konkurrenzangebote von einer versehentlichen Fehlkalkulation des A ausgehen mußte⁸³. Diese Leitlinie, die sich in der jüngsten Spruchpraxis breitflächig durchgesetzt hat⁸⁴, wird flankiert durch einen zweiten Begründungsstrang, der dem Bauunternehmer auch bei nicht erkennbaren Kalkulationsfehlern ein Lösungsrecht gewährt, falls die Vertragsdurchführung für ihn außergewöhnlich belastend wäre⁸⁵. Der genaue Verlauf der unconscionability-Grenze hängt dabei nicht nur vom Ausmaß des Irrtums im Vergleich zum vertraglichen Gesamtvolumen ab, sondern ebenso vom Gewinn oder Verlust, der bei einer Vertragserfüllung einträte⁸⁶. Eine au-

⁷⁹ Vgl. *Calamari/Perillo* § 9–27 (S. 354ff.); *Farnsworth* § 9–4 (S. 694ff.) (beide oben N. 32).

⁸⁰ *Tyra v. Cheney*, 129 Minn. 428, 430, 152 N.W. 835 (1917).

⁸¹ Vgl. etwa *Geremia v. Boyersky*, 107 Conn. 387, 140 A. 749 (1928).

⁸² Vgl. § 153b Restatement (Second) of Contract (1981).

⁸³ Vgl. § 153 Restatement (Second) of Contract (vorige Note) Illustration 1.

⁸⁴ Vgl. *Calamari/Perillo* (oben N. 32) § 9–27 (S. 355).

⁸⁵ Vgl. § 153a Restatement (Second) of Contract (oben N. 82).

⁸⁶ Vgl. *Calamari/Perillo* § 9–27 (S. 356); *Farnsworth* § 9.4 (S. 696) (beide oben N. 32).

Bergewöhnliche Härte scheidet aber durchweg aus, soweit der Bauunternehmer aufgrund wertender Überlegungen das Risiko eines Irrtums tragen muß, wobei die Gerichte zumeist zwischen beachtlichen Rechenfehlern und unbeachtlichen Fehlkalkulationen unterscheiden⁸⁷.

(2) *England*. – Auch im englischen Vertragsrecht finden sich deutliche Anzeichen für eine großzügigere Handhabung der Irrtumsregeln. Als maßgebliches Präjudiz galt lange Zeit *Hartog v. Colin & Shields*⁸⁸, mit welcher der Rechtsfigur des erkennbaren Irrtums – militärisch gesprochen – zwar kein Durchbruch, aber ein beträchtlicher Einbruch gelungen ist. Rechtsprechung und Rechtslehre haben es bei dieser überkommenen Rechtsregel indes nicht belassen, sondern den irrumsrechtlichen Schutz weiter ausgebaut. Neue Impulse erhalten hat die rectification-Doktrin namentlich durch eine Entscheidung des Court of Appeal aus dem Jahre 1995, in welcher der Kläger die Berichtigung eines langfristigen Mietvertrages begehrte, von dem er irrtümlich glaubte, er enthalte eine einseitige Kündigungsoption. In der Tatsacheninstanz wurde verbindlich festgestellt, daß der Beklagte von diesem Irrtum keine sichere Kenntnis hatte, einen solchen Irrtum aber vermutete. Die Richter bejahten gleichwohl einen Berichtigungsanspruch und eröffneten der rectification-Doktrin damit einen bislang verschlossenen Anwendungsbereich⁸⁹. Nach nunmehr geltender Rechtsprechung schadet dem Vertragspartner des Irrenden nicht erst positive Kenntnis, sondern bereits ein sog. shut-eye-knowledge, das in seinen einzelnen Schattierungen auch die grob fahrlässige Unkenntnis erfaßt⁹⁰. *Evans, L.J.*, geht in seiner Stellungnahme sogar über den Evidenzmaßstab der Mehrheitsmeinung hinaus und läßt es in Anlehnung an eine australische Entscheidung genügen, daß der Erklärungsempfänger den Irrtum seines Vertragspartners hätte erkennen können⁹¹.

(3) *Österreich*. – Aus dem Kreis der kontinentaleuropäischen Rechte verdient vor allem die jüngere Entwicklung in Österreich Aufmerksamkeit. Dort hat der Oberste Gerichtshof (OGH) in den vergangenen Jahren Sonderregeln für den Irrtum im Rahmen öffentlicher Ausschreibungen ausgearbeitet⁹², nach denen dem Gesichtspunkt der Auffälligkeit des Irrtums schon

⁸⁷ Vgl. *People ex rel. Dept. of Pub. Works & Bldgs v. South East Natl. Bank*, 131 Ill. App.2d 238, 266 N.W.2d 778 (1971).

⁸⁸ *Hartog v. Colin & Shields*, [1939] 3 All E.R. 566; näher dazu *Beale/Bishop/Furmston, Contract⁷ – Cases and Materials* (1995) 264ff.; *Collins, The Law of Contracts²* (1993) 216ff.

⁸⁹ Vgl. *Commission for the New Towns v. Cooper (GB) Ltd.*, [1995] 2 All E.R. 929, 957.

⁹⁰ Vgl. *Commission for the New Towns v. Cooper (GB) Ltd.* (vorige Note) 947: »(i) [W]ilfully shutting one's eye to the obvious, (ii) wilfully and recklessly failing to make such inquiries as an honest and reasonable man would make.«

⁹¹ Vgl. *Commission for the New Towns v. Cooper (GB) Ltd.* (oben N. 89) 957 unter Berufung auf *Taylor v. Johnson* 45 A.L.R. 265, 271 (1983).

⁹² Vgl. dazu des näheren *Gschmitzer/Faistenberger/Barta, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts²* (1992) 666ff. Allgemein zum Kalkulationsirrtum zuletzt OGH 9.7. 1997,

für die Abgrenzung zwischen Geschäfts- und Motivirrtum Bedeutung zukommt. In einer vielbeachteten Entscheidung aus dem Jahre 1988, in der ein nicht zeichnungsberechtigter Angestellter irrtümlich ein zu niedriges Angebot erstellt und der aus dem Urlaub zurückgekehrte Geschäftsführer den Irrtum sofort aufgedeckt hatte, bejahte er einen Geschäftsirrtum des Anbieters und nicht etwa einen unbeachtlichen Motivirrtum, weil das Angebot in einem wesentlichen Punkt von der Ausschreibung abwich.⁹³ Ein kürzlich ergangenes Urteil hat diese Rechtsprechungslinie fortgeführt: Ausgehend von der Überlegung, daß eine Gemeinde, die einen Straßenbau ausschreibt, nach den österreichischen Normen die Einzelposten der Anbieter prüfen müsse, hat der OGH entschieden, daß einem Ausschreibenden der Berechnungsfehler eines Anbietenden offenbar auffallen müsse, wenn die Mitbieter für dieselbe Leistung Preise in Rechnung stellten, die das Dreifache des Bestbieters überschritten⁹⁴. Die Parallelen zu den amerikanischen Ausschreibungsfällen in Ansatz, Ergebnis und Begründung sind mit Händen zu greifen.

(4) *Schweiz.* – Wo die Grenzen eines vertraglichen Lösungsrechts verlaufen könnten, illustriert schließlich ein neuer Entscheid des schweizerischen Bundesgerichts zum Kalkulationsirrtum. Eine Baugesellschaft hatte bei einer Ausschreibung infolge eines internen Rechenfehlers ein zu niedriges Angebot eingereicht und den Zuschlag erhalten. Als sich der Fehler später herausstellte, forderte sie in ihrer Schlußrechnung einen erhöhten Werklohn. Das Bundesgericht verneinte die Voraussetzungen eines Rechenfehlers gemäß Art. 24 III OR und setzte sich alsdann mit dem Argument auseinander, der Besteller hätte dem Unterschied zu den anderen, merklich höheren Angeboten genauer nachgehen und die Klägerin auf ihren Irrtum aufmerksam machen müssen. Die I. Zivilabteilung ließ diesen Einwand nicht gelten: »Wer bei Vertragsverhandlungen nicht nach Irrtümern des Gegners forscht, die dieser bei gehöriger Aufmerksamkeit selber wahrnehmen könnte, handelt nicht gegen Treu und Glauben. Culpa in contrahendo setzt voraus, dass der Gegenpartei etwas verschwiegen wird, das sie nicht kennt und nicht zu kennen verpflichtet ist. Niemand ist gehalten, im Interesse des Gegners umsichtiger zu sein, als dieser ist und sein kann.«⁹⁵ Im vorliegenden Fall sei die fachkundige Klägerin selber in der Lage gewesen, den ihr unterlaufenen Fehler aufzudecken. Der Unterschied zwischen dem Gesamtbetrag ihres Angebots und dem nächsthöheren habe zudem das im Baugewerbe vorkommende übliche Maß nicht überschritten und den Auftraggeber deshalb unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben nicht verpflichtet, Mutmaßungen über

SZ 70/133; dazu Anm. von *Rummel*, JBl. 1998, 182; *Kramer*, Der Einfluß des BGB auf das schweizerische und österreichische Privatrecht: AcP 200 (2000) 365ff. (395–396).

⁹³ Vgl. OGH 26. 1. 1988, JBl. 1988, 714.

⁹⁴ Vgl. OGH 14. 3. 1995, SZ 68/55.

⁹⁵ BG 26. 6. 1976 (oben N. 25) 84.

die Ursachen der Abweichungen anzustellen. Dem Besteller eines Werkes könne nicht zugemutet werden, den Unternehmer vor dem Abschluß des Vertrages auf Preisunterschiede zwischen den erhaltenen Angeboten aufmerksam zu machen und ihm damit zu ermöglichen, das seine unter Behauptungen von Irrtümern zu erhöhen. Er dürfe im Gegenteil erwarten, daß der Unternehmer das Angebot mit aller Sorgfalt ausarbeite und sich selbst dann behaften lasse, wenn er nach dem Vertragsschluß Fehler entdecke. Anders entscheiden, hieße den Sinn der gesetzlichen Bestimmungen über den Irrtum und die Berichtigung von Rechnungsfehlern mißbachten⁹⁶.

d) Rechtssystematische Einsichten

Schlägt man den Bogen zurück zum deutschen Recht, so würden die rechtsökonomischen und rechtsvergleichenden Einsichten an Schlagkraft weiter gewinnen, wenn es gelänge, ihre Vereinbarkeit mit tragenden Begründungselementen der deutschen Zivilrechtsdogmatik zu erweisen. Erkenntnisfortschritt verspricht insoweit vor allem eine Auswertung vergleichbarer Konfliktlagen im Vertragsrecht, in denen jeweils die Forderung nach einem möglichst leichtgängigen Geschäftsverkehr mit dem Postulat der Einzelfallgerechtigkeit abzustimmen ist. Wie wir sogleich sehen werden, zeigen sich dabei in der Grenzziehung auffällige Gemeinsamkeiten.

(1) *Grenzen des Verkehrsschutzes beim Mißbrauch der Vertretungsmacht.* – Ein dem erkennbaren Kalkulationsirrtum in mancher Hinsicht vergleichbares Problem begegnet zunächst beim erkennbaren Überschreiten der Vertretungsmacht: Bekanntlich verfügen die Geschäftsleiter von Handelsgesellschaften im Interesse des Rechtsverkehrs über eine unbeschränkbare Vertretungsmacht⁹⁷; die Geschäftspartner sollen sich darauf verlassen können, daß die organschaftlichen Vertreter den Unternehmensträger unbegrenzt verpflichten und über sein Vermögen frei verfügen können, ohne daß man ihre Legitimation in jedem Einzelfall überprüfen muß. Äußere Grenzen zieht allein die Rechtsfigur des Mißbrauchs der Vertretungsmacht⁹⁸. Nach ständiger Rechtsprechung schlägt die interne Pflichtwidrigkeit des Vertreters auf das Außenverhältnis durch, wenn der Mißbrauch aus der verobjektivierten Perspektive des Geschäftsgegners auf der Hand lag, sich also, wie der Bundesgerichtshof zu formulieren pflegt, geradezu aufdrängen mußte⁹⁹. Diese Evidenz

⁹⁶ Vgl. BG 26. 6. 1976 (oben N. 25) 85.

⁹⁷ Vgl. § 126 II HGB, § 7 III PartGG, § 82 III AktG, § 37 III GmbHG, § 27 II GenG.

⁹⁸ Eingehend dazu K. Schmidt, Gesellschaftsrecht³ (1997) § 10 II (S. 264ff.); Wiedemann, Gesellschaftsrecht I (1980) § 10 II b (S. 527); beide mit reichen Belegen.

⁹⁹ Vgl. BGH 27. 3. 1968, WM 1968, 841 (842); 23. 3. 1976, WM 1976, 632 (633); ständige Rechtsprechung.

deckt sich im wesentlichen mit den Voraussetzungen grober Fahrlässigkeit¹⁰⁰. Bloßes Kennenmüssen genügt nicht, denn wo das Gesetz den Verkehr durch formalisierte Vertretungsregeln schützt, soll dieser Schutz nicht durch weitreichende Erkundigungspflichten wieder in Frage gestellt werden¹⁰¹.

(2) *Grenzen des Verkehrsschutzes beim gutgläubigen Erwerb.* – Auf die Sicherheit und Leichtigkeit des Geschäftsverkehrs zugeschnitten sind des weiteren die Rechtsregeln des gutgläubigen Fahrniserverwerbs¹⁰². Eine moderne Verkehrswirtschaft kann, anders als das klassische römische Recht, auf einen ausgebauten Gutglaubensschutz bei Güter- und Umsatzgeschäften nicht verzichten. Die Schlüsselvorschrift ist § 932 II BGB, wonach dem Erwerber nur Kenntnis und grob fahrlässige Unkenntnis des Nichteigentums seines Kontrahenten schadet. Grob fahrlässig handelt nach der gängigen Formel der Rechtsprechung, wer die erforderliche Sorgfalt nach den gesamten Umständen in ungewöhnlich grobem Maße verletzt und das unbeachtet läßt, was im gegebenen Fall jedem hätte einleuchten müssen¹⁰³. Bei der Ausfüllung dieses Verhaltensmaßstabes stellt sich abermals die Frage nach der Reichweite einer etwaigen Informationspflicht des Erwerbers, wobei es wesentlich auf die Umstände des Einzelfalles ankommen soll: die Person des Erwerbers und Veräußerers, die Art des Geschäfts und bekannte Erfahrungsregeln¹⁰⁴. Als gesicherte Leitlinie gilt aber, daß den Erwerber keine allgemeine Nachforschungspflicht trifft¹⁰⁵.

(3) *Grenzen des Verkehrsschutzes bei der kaufrechtlichen Gewährleistungshaftung.* – Einen dritten wissensbedingten Interessenkonflikt zwischen Erwerber und Veräußerer regelt die kaufrechtliche Vorschrift des § 460 BGB, die dem Käufer alle Gewährleistungsrechte abschneidet, sofern er den Mangel der verkauften Sache kannte oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht kannte. Auch

¹⁰⁰ Vgl. Münch.Komm.(-Schramm) § 164 BGB Rz. 105; K. Schmidt § 10 II (S. 268); Wiedemann § 10 II 1 b (S. 528–529) (beide oben N. 98).

¹⁰¹ In diesem Sinne K. Schmidt § 10 II 2 c (S. 266); ähnlich Wiedemann § 10 II 1 b (S. 530) (beide oben N. 98): »Andererseits dürfen die Anforderungen an die Sorgfalt des Dritten nicht überspannt werden, da der Dritte sonst doch gezwungen wird, im Hinblick auf einen bewußt treuwidrigen Mißbrauch Nachforschungen anzustellen. Der Treubruchstatbestand muß sich »geradezu aufdrängen; einfache Fahrlässigkeit reicht nie aus.«

¹⁰² Vgl. zu rechtsökonomischen Erklärungsmustern Levmore, Variety and the Uniformity in the Treatment of the Good-Faith Purchaser: J. Legal Stud. 16 (1987) 43ff.; Schäfer/Ott (oben N. 69) 472ff.

¹⁰³ Grundlegend BGH 11. 5. 1953, BGHZ 10, 14 (16).

¹⁰⁴ Vgl. etwa RG 28. 11. 1933, RGZ 143, 14; 15. 3. 1935, RGZ 147, 321; BGH 21. 5. 1953, BGHZ 10, 69 (74); 2. 12. 1958, LM Nr. 12 zu § 932 BGB; 21. 12. 1960, NJW 1961, 777.

¹⁰⁵ Vgl. BGH 5. 2. 1975, NJW 1975, 735; Münch.Komm.(-Quack) § 932 BGB Rz. 105; Palandt(-Bassenge) § 932 BGB Rz. 10; sehr klar zuletzt Staudinger(-Wiegand) § 932 BGB Rz. 68: »Jede Verifizierung durch den Erwerber verwischt diese Grenzziehung und steht der angestrebten reibungslosen Abwicklung der Veräußerungsgeschäfte entgegen.«

dort geht es darum, dem Erwerber die Berufung auf eine verkehrsfreundliche Vorschrift zu versagen, sofern er deren Schutz nicht verdient. Eine schwere Vernachlässigung des gebotenen Mindestinformationsaufwandes wird nach einhelliger Auffassung nur beim Vorliegen besonderer Umstände angenommen¹⁰⁶. Gefestigter Rechtsprechung zufolge trifft den Käufer keine allgemeine Untersuchungs- und Erkundigungspflicht¹⁰⁷.

Diese bürgerlichrechtliche Querschnittsbetrachtung läßt ein durchgängiges Webmuster erkennen: Im Interesse der Sicherheit und Leichtigkeit des Rechtsverkehrs stellt die Privatrechtsordnung den Erwerber von allen Nachforschungspflichten hinsichtlich solcher Umstände frei, die im Risiko- und Verantwortungsbereich seines Vertragspartners liegen: die Redlichkeit der organschaftlichen oder rechtsgeschäftlichen Vertreter, die Eigentümerstellung des Veräußerers oder die Mangelfreiheit der angebotenen Kaufsache. Durchbrochen wird diese Grundregel aus Gerechtigkeitsgründen nur, aber auch immer dann, wenn dem Erwerber ein grob fahrlässiges Fehlverhalten zur Last fällt. Mit anderen Worten markiert also das *Evidenzkriterium* die Grenzlinie zwischen den widerstreitenden Interessen des Verkehrsschutzes und der Vertragsgerechtigkeit. Bei allen Unterschieden der Problemlagen im einzelnen liegt es nahe, diese übergreifende Wertung auch für den Fall des Kalkulationsirrtums fruchtbar zu machen: Nicht die Erkennbarkeit, sondern die Evidenz einer Fehlkalkulation sollte die beachtlichen von den unbeachtlichen Kalkulationsirrtümern sondern.

e) Zwischenergebnis

Ein vertragliches Lösungsrecht bei einem Kalkulationsirrtum setzt nach alledem voraus, daß die Fehlkalkulation für den Erklärungsempfänger offenkundig war, was sich weithin mit dem Maßstab grober Fahrlässigkeit deckt. Soweit die Rechtsprechung in den Nuancen strengere Anforderungen stellt, ist dem nicht zu folgen¹⁰⁸.

3. Unzumutbarkeit der Vertragsdurchführung als zweite Voraussetzung?

Nebst der kognitiven Voraussetzung beim Erklärungsempfänger fordert der Bundesgerichtshof in seiner neuesten Leitentscheidung zusätzlich, daß

¹⁰⁶ Ausführlich Köhler, Zur Funktion und Reichweite der gesetzlichen Gewährleistungsausschlüsse: JZ 1989, 761 ff.

¹⁰⁷ Grundlegend RG 19.2. 1931, RGZ 131, 343 (353); aus der Kommentarliteratur *Erman(-Grunewald)* (oben N. 16) § 460 BGB Rz. 11; Münch.Komm.(-Westermann) § 460 BGB Rz. 7; *Palandt(-Putzo)* § 460 BGB Rz. 11 und 12; *Soergel(-Huber)* § 460 BGB Rz. 19; *Staudinger(-Honsell)* § 460 BGB Rz. 7.

¹⁰⁸ Abweichend Kindl 2206; Singer 349.

die Vertragsdurchführung für den Erklärenden schlechthin unzumutbar ist¹⁰⁹. Damit weicht er von früheren Urteilen ab¹¹⁰, ohne dies näher zu begründen oder auch nur kenntlich zu machen. Sachlich liegt darin ein Rückgriff auf die Zumutbarkeitsformel der Lehre von der Geschäftsgrundlage¹¹¹, der freilich einer inneren Rechtfertigung entbehrt. Dogmatisch fügt sich dieses zusätzliche Tatbestandsmerkmal weder in die Struktur des vorvertraglichen Schuldverhältnisses ein, noch paßt es zu den sonstigen Fällen im Rahmen des § 242 BGB, in denen die Rechtsprechung den Mißbrauch einer formalen Rechtsposition bejaht¹¹². Konzeptionell ist es ungereimt, einerseits eine Analogie zu den Irrtumsvorschriften aus Gründen der Rechtssicherheit zu verwerfen, andererseits aber ein vertragliches Lösungsrecht von einem kaum greifbaren Zumutbarkeitserfordernis abhängig zu machen¹¹³. Bei dessen tatbestandlicher Konturierung bleibt insbesondere offen, ob die kritische Zone erst bei einer Konkursreife des Erklärenden beginnt und ob für gesunde und angeschlagene Unternehmen bei einem identischen Kalkulationsirrtum unterschiedliche Maßstäbe gelten sollen. Auch rechtsvergleichend findet die Zumutbarkeitsformel in den erörterten Nachbarrechtsordnungen keinen Rückhalt. Soweit die amerikanische Spruchpraxis auf die unconscionability-Grenze zurückgreift, liegt darin kein zusätzliches Merkmal im Rahmen der Irrtumsanfechtung, sondern ein alternativer Rechtsbehelf, der in Extremfällen auch im deutschen Recht zur Verfügung steht¹¹⁴. Im übrigen bewendet es nach der hier vertretenen Lösung bei der allgemeinen Formel des § 119 I BGB, die auf eine verständige Würdigung des Falles abstellt und eine Irrtumsanfechtung mithin ausschließt, wenn sich der Berechnungsfehler als *quantité négligeable* darstellt¹¹⁵.

4. Dogmatische Verortung des vertraglichen Lösungsrechts

a) Streitstand

Es bleibt die Aufgabe, die als richtig erkannten Sachergebnisse auf eine tragfähige dogmatische Grundlage zu stellen. Hierzu werden im Schrifttum verschiedene Lösungen angeboten. Eine verbreitete Auffassung befürwortet

¹⁰⁹ Vgl. BGH 7. 7. 1998 (oben N. 1) 185; zustimmend *Peters* 158; verhaltener *Berger* («Durchführung in hohem Maße unwirtschaftlich») (beide oben N. 2); *Kindl* 2198, 2206 («empfindliche Folgen»); ablehnend *Singer* 348.

¹¹⁰ Vgl. BGH 12. 4. 1960, LM Nr. 8 zu § 119 BGB.

¹¹¹ So auch *Kindl* 2203; *Medicus*, Anm. zu BGH 7. 7. 1998: EWiR 1998, 871, 872; *Singer* 348.

¹¹² Ebenso *Singer* 348.

¹¹³ Kritisch auch *Berger* (oben N. 2); *Singer* 348.

¹¹⁴ Wie hier *Kindl* 2208; siehe auch *Harder*, WuB IV A. § 119 BGB 1.99.

¹¹⁵ Ähnlich *Singer* 348.

ein Anfechtungsrecht des Erklärenden analog § 119 I BGB: Der Schutz des Verkehrsinteresses, der eine Berücksichtigung verdeckter Kalkulationsirrtümer ausschließe, werde hinfällig, wenn der Erklärungsempfänger bemerke, daß der genannte Preis nicht stimmen könne¹¹⁶. Ohne Belang sei demgegenüber, daß beim Kalkulationsirrtum ein Zwiespalt im Willen vorliege, während § 119 I BGB ein Auseinanderfallen von Willen und Erklärung betreffe; Wille und Erklärung seien nämlich gleichrangige Voraussetzungen der auf eine Rechtsänderung gerichteten Willenserklärung¹¹⁷. Methodisch handle es sich dabei um eine teleologische Restriktion des Prinzips von der Unbeachtlichkeit des Motivirrtums oder – anders gewendet – um eine teleologische Extension der Irrtumsvorschriften¹¹⁸. Andere Autoren treten mit Begründungsunterschieden im einzelnen für eine entsprechende Anwendung des § 119 II ein: Teils bildet man die Vorschrift unter Verarbeitung rechtsvergleichenden Materials zu einem sogenannten Sachverhaltsirrtum fort¹¹⁹; teils betont man die sachliche und systematische Nähe zwischen Eigenschafts- und Kalkulationsirrtum¹²⁰. Eine dritte Literaturmeinung sucht eine Lösung außerhalb der §§ 119ff. BGB, wobei neben einem Wegfall der Geschäftsgrundlage vor allem Gegenansprüche aus culpa in contrahendo bemüht werden¹²¹.

Die instanz- und obergerichtliche Rechtsprechung hat bislang eine endgültige Festlegung vermieden. Charakteristisch ist eine neuere Entscheidung des Oberlandesgerichts (OLG) Düsseldorf, welche die Frage nach der geeigneten Anspruchsgrundlage in einem Ausschreibungsfall ausdrücklich offen ließ: Weil die Fehlkalkulation des Anbieters für den Auftraggeber jedenfalls nachträglich erkennbar gewesen sei, hätte ersterer nach § 119 I und II BGB anfechten oder sich nach den Grundsätzen der Geschäftsgrundlage vom Vertrag lösen können¹²². Der Bundesgerichtshof hat vereinzelt auf den Einwand unzulässiger Rechtsausübung¹²³ oder Gegenansprüche aus vorvertraglichem Verschulden¹²⁴ zurückgegriffen. Diesen Begründungsansatz hat er nunmehr fortgeführt und gegen die in Teilen des Schrifttums vertretene Irrtumslösung verteidigt: Gegen eine analoge Anwendung der Irrtumsvorschriften spreche vor allem die Vorschrift des § 121 BGB, die eine Anfechtung unverzüglich nach Kenntnis des Anfechtungsgrundes fordere. Auf den Fall des Kalkulationsirrtums gemünzt, wäre danach für den Fristbeginn entscheidend, wann

¹¹⁶ Vgl. *Singer* 347; *Wieser* (oben N. 19) 709.

¹¹⁷ Vgl. *Heiermann* (oben N. 19) 1840; *Wieser* (oben N. 19) 709f.

¹¹⁸ Vgl. *Singer* 345.

¹¹⁹ Vgl. Münch.Komm.(-*Kramer*) § 119 BGB Rz. 97ff.

¹²⁰ Vgl. *Kindl* 2207; *Pawlowski* 745f.

¹²¹ Vgl. *Flume* 493; *Hundertmark*, Die Behandlung des fehlkalkulierten Angebots bei der Bauvergabe nach VOB/A: BB 1982, 16ff. (19); *Soergel(-Hefermehl)* § 119 Rz. 29.

¹²² Vgl. OLG Düsseldorf 7. 11. 1995 (oben N. 64).

¹²³ Vgl. BGH 4. 10. 1979 (oben N. 41); 28. 4. 1983 (oben N. 14) 1672.

¹²⁴ Vgl. BGH 4. 10. 1979 (oben N. 41); 13. 7. 1995 (oben N. 61) 1360.

der Erklärende »Kenntnis von der Kenntnis des Erklärungsempfängers« erlange. Eine solche »Häufung subjektiver Umstände« würde die mit jeder Anfechtungsmöglichkeit ohnehin verbundene Rechtsunsicherheit in unzuträglichem Maße verstärken. Außerdem könne die Anfechtung als allgemeines Gestaltungsrecht auch dingliche Rechtsgeschäfte und damit Interessen Dritter betreffen, was im Verkehrsinteresse vermieden werden müsse. Es stünde den Gerichten bei einem Kalkulationsirrtum aber offen, anstelle der Irrtumsvorschriften auf die allgemeinen Rechtsinstitute des Verschuldens bei Vertragsverhandlungen und der unzulässigen Rechtsausübung zurückzugreifen: Einmal könne der Auftraggeber unter dem Gesichtspunkt der culpa in contrahendo gehalten sein, den Bieter auf einen Kalkulationsfehler hinzuweisen. Zum anderen könne es eine unzulässige Rechtsausübung darstellen, wenn der Empfänger ein Vertragsangebot annehme und auf der Vertragsdurchführung bestehe, obwohl er wußte, daß das Angebot auf einem Kalkulationsirrtum beruhe¹²⁵.

b) Stellungnahme

Nach meiner Auffassung sprechen durchschlagende Argumente für eine Analogie zu § 119 II BGB. Deren Vorteilhaftigkeit erweist sich bereits bei der konzeptionellen Problemerkennung: Zentralfigur des Lebenssachverhalts ist vorliegend derjenige, dem bei der Zusammenstellung des Angebots ein Irrtum unterläuft, nicht – wie bei der culpa in contrahendo – der pflichtwidrig handelnde Erklärungsempfänger. Das Merkmal der offensichtlichen Erkennbarkeit erfüllt lediglich eine *anfechtungsbegrenzende*, aber keine *haftungsbegründende* Funktion. Die Überlegenheit der Irrtumslösung zeigt sich weiter bei einer Reihe von Folgefragen, etwa der Anfechtungserklärung und -frist oder einer etwaigen Bestätigung, für die das Irrtumsrecht vorgefertigte Antworten bereithält¹²⁶. Dazu kommt, daß eine Anbindung an § 119 II BGB eine inhaltliche Feinabstimmung mit den für den Eigenschaftsirrtum entwickelten Rechtsgrundsätzen ermöglicht. Wertirrtümer, die im Rahmen des § 119 II BGB ohne Belang sind¹²⁷, können auch unter dem Gesichtspunkt eines Kalkulationsirrtums keine Berücksichtigung finden: Hat der Anbieter etwa die aktuelle oder zukünftige Preisentwicklung bestimmter Arbeitsmaterialien falsch eingeschätzt, wird er damit nicht gehört, weil die fehlerhafte Kalkulation allein den Wert der Vertragsleistung betrifft. Das allgemeine Unternehmerrisiko soll und darf ihm die Rechtsordnung nicht abnehmen: dogmatisch nicht, weil die Selbstverantwortung die untrennbare Kehrseite privatautonomer Vertragsgestaltung bildet, und rechtsökonomisch nicht, weil die Überle-

¹²⁵ Vgl. BGH 7.7. 1998 (oben N. 1) 182–184.

¹²⁶ Vgl. Berger, das konzidiert auch Peters 158 (beide oben N. 2).

¹²⁷ Vgl. Palandt(-Heinrichs) § 119 BGB Rz. 27.

genheit marktwirtschaftlicher Ordnungen maßgeblich auf der Selektionskraft des Wettbewerbsprinzips beruht. Es fügt sich schließlich ins Bild, daß der Kalkulationsirrtum ebenso wie der Eigenschaftsirrtum systematisch als Motivirrtum anzusehen ist¹²⁸ und das Tatbestandsmerkmal des offensichtlichen Berechnungsfehlers eine gewisse Entsprechung in der Erkennbarkeit der Eigenschaft (nicht: des Irrtums) findet.

Die demgegenüber vom Bundesgerichtshof erhobenen Einwände gegen eine entsprechende Heranziehung der Irrtumsregeln vermögen sämtlich nicht zu überzeugen. Soweit der X. Zivilsenat auf die mangelnde Handhabbarkeit des § 121 BGB verweist, werden dessen Anwendungsschwierigkeiten überzeichnet: Im Regelfall beginnt die Frist zu laufen, wenn der Bieter seinen Berechnungsfehler erkennt, also spätestens mit der Erteilung des Zuschlags auf sein zu niedriges Gebot. Außerdem knüpft das Gesetz selbst in § 121 BGB an ein subjektives Tatbestandsmerkmal an, so daß hierauf gestützten Bedenken von vornherein eine geringere Überzeugungskraft innewohnt. Vor allem aber ist der vom Bundesgerichtshof gewiesene Lösungsweg über die Figur der *culpa in contrahendo* der Rechtssicherheit weitaus weniger zuträglich, verjähren derartige Ansprüche doch erst in 30 Jahren¹²⁹. Die vergleichsweise schneidige Ausschußfrist des § 121 BGB hält dagegen die Geltendmachung von Kalkulationsfehlern in engen zeitlichen Grenzen¹³⁰. Endlich verschlägt auch der Hinweis auf die dingliche Wirkung der Anfechtung nicht viel, weil in den Fällen des Kalkulationsirrtums regelmäßig keine Fehleridentität vorliegt, Willensmängel des schuldrechtlichen Grundgeschäfts also nicht auf das dingliche Erfüllungsgeschäft durchschlagen¹³¹.

Nach alledem bietet die entsprechende Anwendung des § 119 II BGB ein stabiles dogmatisches Fundament für den offenkundigen Kalkulationsirrtum. Lediglich in Ausnahmefällen wird man neben der Irrtumsanfechtung einen Anspruch des Erklärenden aus *culpa in contrahendo* in Erwägung ziehen, sofern der Erklärungsempfänger die fehlerhafte Kalkulation durch fahrlässige Falschinformation (mit)veranlaßt hat¹³².

5. Ein zusammenfassender Beispielfall

Abschließend sollen die Erträge an einem Beispielfall aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung erprobt werden. Hierzu eignet sich besonders der erste der oben mitgeteilten Ausschreibungsfälle: Die Klägerin hatte Baulei-

¹²⁸ Vgl. *Kindl* 2207; insoweit auch BGH 7.7. 1998 (oben N. 1) 180.

¹²⁹ Kritisch insoweit auch *Kindl* 2207.

¹³⁰ Ebenso *Singer* 346.

¹³¹ Wie hier *Kindl* 2203; *Schöpflin* (oben N. 2) 91.

¹³² Vgl. die Sachverhalte in RG 9.11. 1906, RGZ 64, 266; 24.9. 1918, RGZ 95, 58; ferner die Belege in N. 18.

stungen ausgeschrieben, deren Kosten sie auf 80.000 DM schätzte. Der Beklagte erhielt den Zuschlag für ein Angebot von 63.000 DM; die Konkurrenzangebote lagen bei 85.000 DM, 101.000 DM, 133.000 DM und 185.000 DM. Der Bundesgerichtshof hat den Beklagten an seiner fehlerhaften Kalkulation mit dem Bemerkten festgehalten, die Klägerin habe den Kalkulationsirrtum nicht erkannt¹³³. Ich möchte in Ergebnis und Begründung anders entscheiden: Nach dem mitgeteilten Sachverhalt spricht vieles dafür, daß ein offenkundiger Kalkulationsirrtum vorlag, der nach der hier entwickelten Konzeption eine Irrtumsanfechtung gestattet. Das Landesstraßenbauamt hat aufgrund seiner eigenen Schätzung und der eingereichten Konkurrenzangebote ohne weiteres erkennen können, daß die Offerte des Beklagten auf einem Berechnungsfehler beruhen mußte. Es wäre ihm mühelos – informationsökonomisch: zu marginalen Kosten – möglich gewesen, den Beklagten zu einer Überprüfung seiner Angebotsunterlagen aufzufordern. Den Anbieter gleichwohl an seinem Irrtum festzuhalten, wie der Bundesgerichtshof dies tut, ist rechtsökonomisch verfehlt, rechtsethisch fragwürdig und rechtsdogmatisch nicht veranlaßt: Offenkundige Kalkulationsirrtümer begründen vielmehr ein vertragliches Lösungsrecht des Irrenden in entsprechender Anwendung des § 119 II BGB.

Die Grenzen des irrtumsrechtlichen Schutzes erhellen aus einer Abwandlung des Ausgangsfalles: Hätte das fehlerhaft kalkulierte Angebot nicht bei 63.000 DM, sondern bei 80.000 DM gelegen, so käme eine Irrtumsanfechtung nicht in Betracht. Zwei Begründungen bieten sich an: Einmal liegt der Kalkulationsirrtum in einem solchen Fall nicht offen zutage; der Auftraggeber hat keinen Anhaltspunkt für eine versehentliche Falschberechnung¹³⁴. Ihm eine eigenständige Erkundigungspflicht aufzubürden, führt rechtsökonomisch in die Irre, verschiebt die aus dem Grundsatz der Privatautonomie abgeleitete und in den §§ 119ff. BGB näher ausgeformte Verteilung der vorvertraglichen Informationsverantwortlichkeiten und findet auch rechtsvergleichend keine Stütze: Erinnert sei an die einprägsame Formulierung des schweizerischen Bundesgerichts, daß keine Vertragspartei verpflichtet sei, allen möglicherweise vorliegenden Fehlvorstellungen der Gegenseite nachzuspüren¹³⁵. Eine Alternativbegründung könnte an den Begriff der Verkehrs wesentlichkeit anknüpfen: Fehlkalkulationen, die absolut oder relativ eine vernachlässigenswerte Größe darstellen, eröffnen keine Irrtumsanfechtung. Bei

¹³³ Vgl. BGH 4.10. 1979 (oben N.41) 180.

¹³⁴ So lag es zunächst auch in BGH 7.7. 1998 (oben N.1), wo eine auffällige Differenz zu den sonstigen Angeboten fehlte. Angreifbar ist allerdings die weitere Schlußfolgerung des Gerichts, daß die Mitteilung des Beklagten über den Kalkulationsirrtum keine Nachfragepflicht des Bauamtes auslöst. Hinter ihr verbirgt sich wohl die aus den Verfahrensakten gewonnene Einschätzung des Senats, der Beklagte habe den Kalkulationsirrtum nur vorge-schoben.

¹³⁵ Vgl. BG 26.6. 1976 (oben N.25) 84.

der genauen Grenzziehung wird man, wie im amerikanischen Vertragsrecht mit breiter Fallanschauung vorbildlich vorexerziert¹³⁶, die Höhe des Gewinns oder Verlusts mitberücksichtigen dürfen, die bei einer Vertragserfüllung entstünde.

¹³⁶ Vgl. *Farnsworth* (oben N.32) §9.4 (S.696).

