

Studien

zur

Erläuterung des bürgerlichen Rechts

herausgegeben

von

Dr. Rudolf Leonhard

ord. Professor an der Universität Breslau

23. Heft

Der Irrtum als Ursache nichtiger Verträge

Zweite Auflage

II. Teil: Irrtumsfälle in den römischen Rechtsquellen

von

Prof. Dr. Rudolf Leonhard

Breslau

Verlag von M. & H. Marcus

1907

Der Irrtum als Ursache nichtiger Verträge

von

Prof. Dr. Rudolf Leonhard

Zweite verbesserte Auflage

Zweiter Teil
Irrtumsfälle in den römischen Rechtsquellen

Breslau

Verlag von M. & H. Marcus

1907

Inhaltsverzeichnis

	Seite
§ 15. Einleitung	1
Erster Abschnitt: Nichtigkeit und Irrtum	
§ 16. I. Der Begriff der Nichtigkeit	2
II. Allgemeine Nichtigkeitsregeln	
§ 17. 1. Der Widerspruch zwischen Wille und Erklärung als Nichtigkeitsgrund	11
§ 18. 2. Die Gleichgültigkeit der irrigen Erklärungsform	11
§ 19. 3. Dissensus und error	14
4. Die Erkennbarkeit des Irrtums	
§ 20. a) Bei zweiseitig belastenden Geschäften	20
§ 21. b) Die irrigen einseitig belastenden Verträge	22
§ 22. c) Das allen Beteiligten unerwünschte Geschäft	32
§ 23. ¹⁾ [5.] Errantis nulla est voluntas	36
Zweiter Abschnitt: Kasuistik der Irrtumslehre	
§ 24. 1. Der error in persona	45
§ 25. [2.] Der error in re und in genere	65
§ 26. [3.] Der error in qualitate und in substantia	70
§ 27. [4.] Der error in quantitate und in negotio	100
§ 28. [5.] Der sogenannte error in dominio	106
§ 29. [6.] Der Irrtum der Hilfspersonen bei dem Vertragschlusse	115
§ 30. ²⁾ 7. Der Irrtum als Rechtserzeuger	129
Dritter Abschnitt: Der Entwicklungsgang der Irrtumslehre	
§ 31. 1. Die Methoden zur Feststellung des nichtigkeitsbegründenden Irrtums	138
§ 32. 2. Zur Beseitigung der Hemmnisse der richtigen Ansicht	156
§ 33. 3. Die Nachwirkung der älteren Irrtumslehre im BGB.	166
§ 34. 4. Schluss	175
Quellenregister	180

¹⁾ Die eingeklammerten Zahlen fehlen im Text.

²⁾ Im Text steht irrthümlich 6.

Nachtrag
zum
Druckfehlerverzeichnis
des ersten Bandes

- S. 146 Note 2 Z. 11 bis hinter 5 (anders Pandekten § 139 N. 8).
S. 165 Anm. 1 Z. 4 u. 5 stelle „herstellen“ hinter „Vertragsinhalt“.
S. 231 Z. 18 v. o. lies „ihrer“ statt „seiner“.
S. 244 Anm. 1 lies „indirekter“ statt „direkter“.
S. 253 Note 1 lies statt „endlich neuerdings“: „auch“.
-

Zweiter Teil
Irrtumsfälle
in den
römischen Rechtsquellen

Einleitung

§ 15.

Die Behandlung der einzelnen Irrtumsfälle in den römischen Quellen bildet eine Gegenprobe zu den bisherigen Folgerungen aus den allgemeinen Erfordernissen des Vertragsschlusses.

Ihrer Betrachtung muss aber ein Überblick über einige allgemeine Sätze der Nichtigkeitslehre vorausgehen, die die einzelnen Entscheidungen beeinflusst haben.

Daraus erklärt sich der Inhalt der beiden folgenden Abschnitte (Nichtigkeit und Irrtum, Kasuistik der Irrtumsfälle).

Erster Abschnitt

Nichtigkeit und Irrtum¹⁾

I. Der Begriff der Nichtigkeit

§ 16.

Der Begriff der Nichtigkeit ist aus der Rechtswissenschaft herausgewachsen und im BGB. festgelegt worden. Er bildet den Abschluss heftiger Gärungen innerhalb eines schwankenden, nach Festigkeit ringenden Sprachgebrauchs.

Bekker²⁾ bemerkte nicht mit Unrecht, dass die Lehre von der Nichtigkeit zu den verworrensten der heutigen Jurisprudenz zählt. Die Ursache lag in dem Mangel einer festen deutschen Rechtssprache in Verbindung mit dem Umstande, dass die Jurisprudenz nicht immer mit der Sprache der Quellen Fühlung suchte und dort auch keinen festen Boden fand. Namentlich liegt dort die Wurzel der häufigen Verwechslung des *negotium nullum* mit dem *negotium omnino non existens*³⁾. Das Wort *negotium*, desgl. die Bezeichnungen seiner Arten: *pactum*, *testamentum*, *emptio*, *locatio*, *societas* usw., gerade wie die entsprechenden deutschen Wörter Geschäft, Vertrag, Testament,

¹⁾ Das Folgende bedurfte vielfacher Ergänzung durch die Rücksicht auf die spätere Literatur, namentlich auf die Ausführungen von Mitteis, Iherings dogm. Jahrb. Bd. 28 S. 85 ff., insbesondere aber auch auf des Verf. Ausführungen in Kohlers Archiv f. bürgerl. Recht Bd. X S. 1 ff., Archiv f. prakt. Rechtsw. N. F. Bd. 18 S. 223 ff., im allg. Teile des BGB. S. 423 ff. und in den Anm. zu Ecks Vorträgen Bd. II S. 369 ff.; vgl. auch Fischer, Iherings Jahrb. Bd. 29 S. 238, und Buhl, Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Ehe, Festschrift für Bekker, Heidelberg 1899, und weitere Literatur bei Kipp-Windscheid, Pandekten § 32.

²⁾ Über die Couponsprozesse, Weimar 1881 S. 36 Anm.

³⁾ Vgl. insbesondere über das *matrimonium non existens* Dernburg, Bürgerl. Recht Bd. IV § 20 S. 63.

Kauf, Miete, Sozietät usw., bezeichnen bald einen Geschäftsakt, bald einen Geschäftsinhalt und bald die Wirkungen dieses Inhalts. So nennt man z. B. einen Kauf sowohl den Kaufabschluss, d. i. den von den Kontrahenten ausgesprochenen und sogleich zeitlich vorübergegangenen Dialog, als auch die dabei angeordneten Folgen und auch die daraus entstehenden und bleibenden Geschäftswirkungen¹⁾. Nur lässt es sich nicht leugnen, dass der strengere römische Sprachgebrauch nur da von Geschäften einer bestimmten Art redete, wo beides vorlag, der Geschäftsakt und die mit dem gleichen Worte bezeichneten Wirkungen des Geschäftsinhalts:

arg. l. 2 § 1 *testam. quemadm. aperiantur* 29, 3 (Ulpianus).
*Testamentum autem proprie illud dicitur, quod jure perfectum est: sed abusive testamenta ea quoque appellamus, quae falsa sunt, vel injusta vel irrita vel rupta: itemque imperfecta solemus testamenta dicere*²⁾.

Neben diesem strengeren Sprachgebrauche³⁾ hat sich aber schon in Rom ein freierer gebildet, nach welchem auch die nichtigen Rechtsgeschäfte von dem Rechtsgeschäftsbegriffe mit umfasst werden. Mag diese Verwendung des Wortes „nichtig“ als Eigenschaftswort⁴⁾ immerhin als eine abusive bezeichnet sein⁵⁾, jedenfalls liegt sie vor uns als eine historische Grösse, als ein Faktum der römischen wie der deutschen Sprachbildung, und heischt gebieterisch Anerkennung, zumal das BGB. den Stempel der Anerkennung darauf gedrückt hat. Wir müssen

¹⁾ Dies ist namentlich hervorgehoben worden von Ihering, Geist des römischen Rechts Bd. III § 53 S. 149, 157 ff., Karlowa, Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung S. 2; s. oben Bd. I S. 56 Anm. 1. Über eine besondere Unterscheidung Karlowas vgl. Windscheid, Pandekten § 82 Anm. 2.

²⁾ Vgl. auch l. 4 § 6 *dig. de re judicata* 42, 1, l. 1 § 2 *d. quod quisque juris in alterum statuerit* 2, 2 und zu diesen Stellen Schlossmann, Zur Lehre vom Zwange, Leipzig 1874 S. 16, 17, und auch Der Vertrag S. 139 Anm. 1.

³⁾ Eine Anwendung desselben dürfte auch in der *est. 5 § 1 Cod. de legibus* I 14 zu finden sein. Die Definition des *pactum* in der l. 1 § 2 *dig. de pactis* 2, 14 umfasst nicht die wegen *Dissensus*, wohl aber die aus anderen Gründen nichtigen Verträge. In der deutschen Sprache wendet man das Wort „Vertrag“ auch bei den ersteren zweifellos an.

⁴⁾ Schlossmann a. a. O. S. 17 bekämpft diese Verwendung.

⁵⁾ arg. l. 24 *dig. de statuliberis* 40, 7; l. 2 § 1 *cit.* 29, 3.

das nichtige Rechtsgeschäft den Rechtsgeschäften beizählen, da wir es mit diesem Namen benennen¹⁾. Die Behauptungen: *Hic emptio non est* und *haec emptio nulla est* sind aber zweierlei. Ein Vertrag, bei dem ein Haus für nichts überlassen wird, ist z. B. nicht ein nichtiger Kauf, vielmehr gar keiner, sondern eine Schenkung.

So wird auch in der deutschen Sprache das Wort „nichtig“ adjektivisch da verwendet, wo von existenten Dingen die Rede ist. Ein nichtiger Mensch ist z. B. sicherlich ein Mensch, welcher wirklich vorhanden ist, er ist nur „ohne Wert“ ein „unbrauchbarer, unnützer Mensch“. So ist also auch ein nichtiger Geschäftsakt allerdings vorhanden, aber „ohne die im Geschäftsinhalte erstrebten Wirkungen“²⁾, ein mangelhafter, erfolgloser, unnützer Geschäftsakt und Geschäftsinhalt, ein *negotium inane*³⁾ oder *inutile*⁴⁾. Abzulehnen ist somit die

¹⁾ Vgl. hierüber Lotmar, *Über causa*, München 1875 S. 11, 12. Zitelmann (S. 287) wendet gegen die Kraft dieses Argumentes ein, dass wir ja auch von „verfehlten Lösungen“ u. dgl. reden. Allein daraus folgt nur, dass hiernach das Wort „Lösung“ nicht bloss solche Handlungen bezeichnet, welche Aufgaben lösen, sondern auch solche, welche Aufgaben lösen sollen. Genau so verhält es sich mit dem Rechtsgeschäfte. An anderen Stellen (z. B. S. 341) verwendet übrigens auch Zitelmann den Rechtsgeschäftsbegriff in dem richtigen weiteren Sinne.

²⁾ Nicht notwendigerweise ein gänzlich wirkungsloser (vgl. hierüber Zitelmann S. 300; Karlowa; Gajus III §§ 176, 179; Bechmann, *Der Kauf nach gemeinem Recht*, Erlangen 1876 Tl. I S. 688: „Einen Kauf, dessen normaler Zweck von vornherein objektiv unmöglich ist, werden wir daher unbedenklich als „nichtigen“ Kauf bezeichnen“).

³⁾ Dass *nullus* soviel wie *inanis* bedeuten kann, wird von Dirksen (*manuale sub voce nullus*) anerkannt. Mit Unrecht rechnet jedoch Dirksen zu den Fällen dieser Bedeutung die *leges* 6, 7 § 8 *dig. de dolo malo* 4, 3 und Gajus IV 131. In allen diesen Stellen kann, wenn man sie unbefangen liest, *nullus* nicht soviel wie „mangelhaft“, sondern nur „gar nicht vorhanden“ oder „kein“ bedeuten. Die *l. 1 § 3 dig. de pactis* 2, 14 ist in dieser Hinsicht zweifelhaft. Vgl. überhaupt unten § 23 und *l. 5 § 1 dig. de off. ejus* 1, 21: *quia jurisdictionis sine modica coercitione nulla* (wertlos, wirkungslos) est.

⁴⁾ *Inutilis* wird bald mit *nullus* identifiziert (Gajus III 176), bald bezeichnet es im engeren Sinne den besonderen Fall der unerwünschten Nullität, im Gegensatz zu der erwünschten Erfolglosigkeit des Geschäftes, dem sog. *non datum*, vgl. *l. 1 § 1 dig. de reg. Caton.* 34, 7. Kretschmar, *Die Natur des Prälegats nach röm. Rechte* 1874 S. 211 ff.; Kipp-Windscheid, *Pan-*

Lehre, dass das nichtige Geschäft eine bloss scheinbare Existenz besitze¹⁾. Dasjenige, was bei diesem existiert, der Geschäftsakt, ist nicht bloss scheinbar, sondern wirklich vorhanden, ebenso auch der geäußerte Geschäftsinhalt, aber dasjenige, was fehlt, die angestrebte Geschäftswirkung, ist auch nicht einmal zum Scheine da, sondern ganz und gar nicht. Wenn freilich Windscheid²⁾ meint, dass das nichtige Rechtsgeschäft nur „für das Recht“ nicht vorhanden sei, so bedarf dieser bildliche Ausdruck³⁾ aus demselben Grunde einer Einschränkung, aus welchem man die nichtigen Geschäfte nicht wirkungslos nennen kann. Die nichtigen Geschäftsakte sind nicht immer wirkungslos und also nicht immer für das Recht gleichgültig, nur ihr Inhalt, das in dem Akte ausgedrückte Streben ist es. So ist das *mandatum non gratuitum*⁴⁾, d. h. ein von den Parteien als Mandat bezeichneter Vertrag, bei dem ein Entgelt ausbedungen ist, bekanntlich *nullum*; dieser Geschäftsakt ist aber durchaus nicht für das Recht gleichgültig, er ist nur als Mandat gleichgültig, er

dekten § 82 Aum. 1. Karlowa, *Das Rechtsgeschäft* S. 117, lehnt die im Texte angenommene richtige Ansicht darum ab, weil der Rechtsgeschäftsbegriff bei der Ausdehnung auf nichtige Tatbestände allen Wert verlieren würde. Allein im Rechtsleben spielen die nichtigen Rechtsgeschäfte in Anbetracht der Möglichkeit, auf sie eine Klage zu gründen und dem Verklagten den vielleicht unmöglichen Beweis des Mangels aufzubürden, eine so bedeutende Rolle, dass ein zweifelloses Bedürfnis vorliegt, sie mit den gültigen zu einem gemeinsamen Begriffe zusammenzufassen. — Auf die Vertragswirkung, nicht auf den Vertragsschluss bezieht sich auch die *l. 13 § 29 dig. de actione empti* 19, 1: *ex uno latere constat contractus* (= die Vertragswirksamkeit). Hierdurch erledigen sich die von Schlossmann (*Vertrag* S. 338) gegen den Begriff der *pacta claudicantia* erhobenen Bedenken.

¹⁾ So z. B. Unger, *System* Bd. II § 91; Zitelmann S. 288, 377. Vgl. gegen diese Auffassung schon Kobler, *Zeitschr. für französisches Zivilrecht* Bd. VIII S. 502. Ein bloss scheinbar existierendes Geschäft ist z. B. anzunehmen, wenn Frau Fama zwei Leute für verlobt erklärt, die es nicht sind. Die Verlobung ist dann nicht nichtig, sondern gar nicht vorhanden.

²⁾ *Pandekten a. a. O.*

³⁾ Vom philosophischen Standpunkte gibt es zwischen Sein oder Nichtsein kein Drittes und ist Existenz ein absoluter Begriff. Sagt man trotzdem, dass jemand für einen anderen nicht vorhanden sei, so bedeutet dies nur, dass dieser sich um jenen nicht kümmert.

⁴⁾ Vgl. hierzu Lotmar, *Über causa* S. 12, 13.

existiert nur als „solcher“ nicht, vielmehr als Dienstmiete¹⁾. Er ist auch nicht ohne Wirkung, er wirkt als Dienstmiete, aber er wirkt nicht „als solcher“, d. h. nicht nach seinem Inhalte, die Mandatsvertragswirkungen treten nicht ein. Es ist ein Akt ohne die durch den Ausdruck „Mandat“ bezeichneten Wirkungen²⁾.

Zu jedem nichtigen Geschäfte gehört daher ein Minimalatbestand, eine Willensäußerung (bei Verträgen eine doppelte), die einen bestimmten Erfolg vergeblich anstrebt.

Nicht alle missglückten Geschäftsverhandlungen lassen sich daher als nichtig bezeichnen. Zuweilen bleiben sie so sehr in der Entwicklung stecken, dass sie nicht einmal zu einem nichtigen Geschäfte werden. So wenn aus Irrtum eine Mitteilung an eine offenbar falsche Adresse gelangt, oder die Zustimmung zu einem Vertragsantrage einem andern zugeschickt wird, als dem Antragsteller. Solche unvollendete Versuche eines Geschäftsabschlusses unterscheiden sich von einem nichtigen Geschäfte ebenso, wie im Strafrechte die Vorbereitungshandlungen und unvollendeten Versuche von den vollendeten.

Der Minimalatbestand des nichtigen Geschäfts reicht aber noch immer nicht dazu aus, um den Tatbestand eines anfechtbaren Geschäfts im Sinne des BGB. auszufüllen.

Der § 119 BGB. ordnet eine Anfechtbarkeit an, setzt also Fälle voraus, in denen der Minimalatbestand eines anfechtbaren Geschäfts ungeachtet des vorgefallenen Irrtums von den Parteien hergestellt worden sein muss. Wo dem nicht so ist, da ist die Anwendung dieser Vorschrift tatsächlich unmöglich.

¹⁾ Natürlich nur, sofern es sich um operae illiberales handelt; vgl. I. 1 § 4 dig. mand. 17, 1 in fine. Vielleicht war der ursprüngliche Sinn der Regel ein Verbot der Lohnabrede für höhere Dienste.

²⁾ A. M. Köppen (Dogm. Jahrb. Bd. 11 S. 219, 399 ff.). Vgl. hierzu Kipp-Windscheid, Pandekten § 82 Anm. 2, und insbesondere Hartmann, Die Obligation S. 166 ff., über den Satz *impossibilium nulla obligatio est* (I. 185 de reg. juris). Dieser Satz besagt nur, dass das Versprechen von etwas Unmöglichem „als solches“ nicht bindet, d. h. nicht nach seinem Inhalte, ist also nur ein höchst selbstverständliches Analogon eines bekannten deutschen Sprichworts, nach dem die Nürnberger keinen hängen, den sie nicht haben.

Der Minimalatbestand des anfechtbaren Geschäfts ergibt sich aber heutzutage lediglich aus dem BGB., weil dessen Anfechtungsbegriff eigenartig und neu¹⁾ ist. Was zur Zeit der ersten Auflage dieser Schrift über ihn galt, interessiert heutzutage nur als rechtsgeschichtliche Vorstufe des gegenwärtigen Zustandes.

Der Ausgangspunkt der Unterscheidung von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit liegt darin, dass überall die Mangelhaftigkeit der Geschäftsinhalte verschiedene Stärkegrade aufweist und daher dazu anregt, unter diesen Geschäften nach dem Grunde ihrer Mangelhaftigkeit Gruppen zu bilden.

Daraus folgt freilich nicht, dass die Rechtswissenschaft stets und überall dieser Anregung Folge gegeben hat. Als sicher ist anzunehmen, dass die Römer nicht, wie man bis vor kurzem annahm, die Begriffe einer Reszissibilität und Nullität in ihrer Rechtssprache genau geschieden haben²⁾. Daraus folgt, dass dieselben auch schwerlich in ihrer Jurisprudenz eine Rolle gespielt haben können. Wir haben es also mit einer neuen Begriffsbildung zu tun, welche wahrscheinlich nur aus der irrigen Annahme einer Quellenunterscheidung erwachsen ist. Das Treibende war aber bei Sonderung eine Rücksicht auf die verschiedenen Grade der Mangelhaftigkeit missglückter Geschäfte.

Unter nichtigen Geschäften verstand man daher im allgemeinen die im grösseren Masse mangelhaften Willensäußerungen, unter den anfechtbaren die Willensäußerungen von geringerer Mangelhaftigkeit.

Leider zeigt sich aber in der Fülle der Erscheinungen bei mangelhaften Geschäftsschlüssen eine Mehrheit von Punkten, in denen die Unvollkommenheiten der Geschäfte verschiedene Stärkegrade aufweisen.

Die erste Auflage wies darauf hin, dass die Redeweise der deutschen Wissenschaft eine Menge verschiedener Begriffe

¹⁾ Vgl. Martin Bruck, Die Bedeutung der Anfechtbarkeit für Dritte, Breslau 1900 (Studien zur Erläuterung des Bürg. R. Heft 2).

²⁾ Vgl. die Beweisstellen bei Schlossmann, Lehre vom Zwange S. 23 Anm. 30. Zustimmend Kipp-Windscheid, Pandekten 9. Aufl. § 82 Anm. 2 a. E.

enthielt, die man mit dem gemeinsamen Namen des anfechtbaren Geschäfts benannte. Der Verfasser stellte hiervon eine Liste auf, die auf Vollständigkeit keinen Anspruch erhob. Man nannte anfechtbar:

1. das nur bei einer Anfechtung durch einen Dritten ungültige Geschäft (vgl. jetzt BGB. §§ 318, 2, 2080);
2. das heilbar ungültige Geschäft (anders § 1325, 2);
3. das relativ, d. h. nur gegenüber bestimmten Personen ungültige Geschäft (in § 135 unwirksam genannt);
4. das Geschäft, das durch eine Einrede entkräftbar ist, die besonders erhoben werden muss;
5. das nur im Falle eines besonderen Anfechtungsdekrets ungültige Geschäft (im Eherecht schon früher „nichtig“ genannt, jetzt dort teils als nichtig, teils als anfechtbar bezeichnet, §§ 1320 ff. BGB.; vgl. auch den Titel des Gesetzes betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners ausserhalb des Konkursverfahrens vom 21. Juli 1879).
6. das von Staats wegen nicht anfechtbare Geschäft (BGB. §§ 1330 ff.).

Hieraus folgt, dass nun auch der korrespondierende Begriff der Nichtigkeit sechs entsprechende Bedeutungen haben muss:

1. das von den Vertragsparteien selbst (nicht bloss von einem Dritten) in seiner Wirksamkeit vertilgbare Geschäft (jetzt stets anfechtbar genannt);
2. das unheilbar ungültige Geschäft (in § 1325, 2 BGB. auch ein heilbares);
3. das absolut (gegen alle) ungültige Geschäft;
4. das Geschäft, das auch dann ungültig ist, wenn sein Mangel nicht durch besondere Einrede hervorgehoben wird;
5. das auch ohne ein besonderes Anfechtungsdekret ungültige Geschäft (anders schon früher die nichtige Ehe);
6. das von der Obrigkeit anfechtbare Geschäft (§§ 1323 ff.).

Auch bezeichnete man zuweilen die Bereicherungsklagen, die den Erfolg eines Geschäfts, z. B. einer irrtümlichen Zahlung, ganz oder teilweise wegräumten, als Anfechtungen des Aktes, dessen Folgen dadurch beseitigt werden. So auch die Redhibition

des Kaufes. Es ist dies eine Redeweise, die im Volke noch vielfach fortlebt. Sie widerspricht nunmehr der Fassung des Gesetzbuchs.

Das BGB. fuhr nämlich in diese Sprachverwirrung wie ein reinigender Blitzstrahl.

Freilich hat es nicht nur schwankende Terminologien gefestigt, sondern vielmehr ein neues Recht der anfechtbaren Geschäfte erzeugt, dem sich seine Redeweise anpassen musste.

Neu ist die Gestaltung des Anfechtungsaktes zur bloss aussergerichtlichen Erklärung (mit Ausnahme der Eheschliessungen und der betrügerischen Benachteiligung von Gläubigern)¹⁾. Neu ist die rückwirkende Kraft des Anfechtungsaktes, die das anfechtbare Geschäft dem nichtigen annähert, so dass die nichtjuristische Welt den Unterschied kaum beachtet, weil ein Geschäft, über dem das Damoklesschwert der Anfechtbarkeit schwebt, den Beteiligten nicht viel mehr wert ist als ein nichtiges. Alt ist dagegen der für den Juristen hochwichtige Satz: „Ohne Anfechtungsakt keine Ungültigkeit des anfechtbaren Geschäfts“. Er galt für die römische in integrum restitutio propter errorem ebenso wie für die Fälle des § 119 BGB.

Darum können wir für beide Rechte den Satz aufstellen, dass der Minimaltatbestand des anfechtbaren Geschäfts umfassender ist, als derjenige des nichtigen.

Anfechtbar kann nur ein solches Geschäft sein, das möglicherweise auch gültig sein kann. Möglicherweise, d. h. wenn der Anfechtungsakt ausbleibt oder unmöglich wird²⁾.

Es ist hiernach undenkbar, dass alle durch Irrtum hervorgerufenen vollständigen aber trotzdem mangelhaften Geschäftsabschlüsse bloss anfechtbar und nicht nichtig (oder auch, wie es jetzt heisst) unwirksam sind.

Wo der Irrtum verhindert, dass ein der Gültigkeit fähiger Inhalt der beiden Erklärungen zustande kommt, da kann das

¹⁾ Bei diesen Geschäftsakten ist es der neuen Gesetzessprache nicht gelungen, die Eierschalen der alten Redeweise abzustreifen. Eine einheitliche Definition der Anfechtbarkeit ist daher kaum möglich und jedenfalls ohne Wert.

²⁾ Insofern man früher die heilbar ungültigen Geschäfte „anfechtbar“ nannte, gilt von ihnen das gleiche, falls die Heilung eintritt.

Geschäft nicht bloss anfechtbar sein, weil man es schlechterdings nicht gelten lassen kann, auch wenn das Gesetz es wollte. Es fehlt bei ihm das, was gelten könnte.

So namentlich bei Erklärungen, aus denen nach richtiger Auslegung ein Geschäftswille nicht zu entnehmen ist, bei mehrdeutigen, nicht durch innern Willen heilbaren Äusserungen und überall, wo der Nachweis des Irrtums zugleich einen Bedingungsausfall dartut, also in sämtlichen römischen Nichtigkeitsfällen. Wo die Auslegung dem durch ein Geschäft benachteiligten Irrenden (§ 133 BGB.) zur Nichtigkeit seiner Äusserung verhilft, da bedarf er der Anfechtung (§§ 119 ff.) nicht¹⁾.

Die Nichtigkeit wurde bisher von der Unwirksamkeit nicht näher unterschieden, obwohl das Wort „unwirksam“ statt nichtig gerade bei den Irrtumsfällen, die sich als Ausfall einer Bedingung kennzeichnen lassen, der Ausdrucksweise des neuen Gesetzbuchs entspricht²⁾. Früher galt es bald als Surrogat für den bemängelten Ausdruck nichtig, vielfach als ein neutraler Ausdruck für kraftlose Geschäftsakte, dem keine technische Bedeutung innewohnte³⁾. Windscheid⁴⁾ kennzeichnete nach seinem Sprachgeföhle namentlich alle solche Akte als unwirksam (und nicht eigentlich nichtig), deren Mangelhaftigkeit aus ihrem eigenen Inhalte herzuleiten ist, d. h. nach diesem Anhalt als angeordnet gilt. Hier zerstört der Inhalt sich selbst, so dass man ihn bildlich als „selbstmörderisch“ bezeichnen kann⁵⁾.

¹⁾ Vgl. des Verf. Ausführungen in der Deutschen Juristenzeitung 1905 S. 20 ff.

²⁾ Vgl. des Verf. allg. Teil des BGB. S. 478 ff.

³⁾ So die erste Auflage.

⁴⁾ Zur Lehre des Code Napoleon von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte, Düsseldorf 1847; vgl. auch oben S. 4 Anm. 4.

⁵⁾ Vgl. des Verfassers allg. Teil des BGB. §§ 428 ff., 440. Der Ausdruck „selbstmörderisches Geschäft“ hat wegen seines Mangels an Exaktheit, den er mit allen bildlichen Redewendungen teilt, eine Anfechtung erlitten („espressioni piu pittoresche che esatte“, Antonio Scialoja, natura e importanza giuridica delle pubblicazioni nelle modificazioni degli statuti sociali, estratto dal Foro Italiano XXX fasc. XII 1905 pag. 25). Damit ist diesem Ausdruck aber zu viel Ehre angetan; denn er will nur einen ohnehin verständlichen Gedanken noch besser veranschaulichen, nicht aber die Einführung einer neuen Terminologie anbahnen.

Diese neue Unterscheidung der Nichtigkeit und Unwirksamkeit muss in ihrem Sinne bei der Auslegung des BGB. festgestellt werden¹⁾. Für die römischen Rechtsquellen, die ihn nicht machen, ist er schwer zu verwerten²⁾. Aber auch die Sprache des deutschen Volkes und des Gerichtssaals lässt sich durch die Macht des Gesetzeswortes nicht leicht eine solche hochnotpeinliche Unterscheidung aufdrängen, die durch praktische Bedürfnisse kaum erfordert wird³⁾.

Deswegen hielt sich der Verfasser für ermächtigt, auf dem Titelblatte dieser Schrift und in ihrem Inhalt an der althergebrachten Ausdrucksweise festzuhalten, die sich auf die subtile Sonderung des Unwirksamen vom Nichtigen nicht weiter einliess.

II. Allgemeine Nichtigkeitsregeln

1. Der Widerspruch zwischen Wille und Erklärung als Nichtigkeitsgrund.

§ 17.

Der Satz, dass Erklärungen, wenn sie von dem inneren Willen abweichen, ausnahmslos nichtig sind, steht nach dem im ersten Teile Ausgeführten im Widerspruche mit zweifellosen Grundsätzen des römischen Rechts. Die Bedenken, die in der ersten Auflage vom psychologischen Standpunkte gegen seine Fassung erhoben worden sind, erledigen sich jetzt dadurch, dass das BGB. ihn in den §§ 119 und 120 hat fallen lassen.

2. Die Gleichgültigkeit der irrigen Erklärungsform⁴⁾.

§ 18.

Von unbestrittener Richtigkeit ist — bei Testamenten wenigstens — der Satz: *falsa demonstratio non nocet*; es kommt

¹⁾ Dies versuchte der Verf. in seinem allgemeinen Teile des BGB. a. a. O.

²⁾ Die Römer reden auch bei dem Bedingungsausfalle von Nullität, arg. l. 8 pr. dig. de peric. et commodo 18, 6, l. 31 dig. de obl. et act. 44, 7.

³⁾ Etwas abweichend des Verf. allg. Teil des BGB. S. 440.

⁴⁾ Vgl. zu dem Nachfolgenden namentlich Brinz, Pandekten I. A. S. 1566, auch Bruns, Pandektenfragmente S. 483 nota 132, auch Eisele, Jahrb. f. Dogm. Bd. 23 S. 18 ff., Zeitschr. d. Savigny-Stiftung Bd. 18 S. 29., und neuerdings Lotmar, KrVJSchr. Bd. 26 S. 288, und v. Hollander, Zur Lehre vom „error“ nach römischem Recht, Halle a. S. 1898 S. 70 ff.

also dort nur darauf an, dass für das Gedachte eine Erklärung abgegeben, nicht aber, dass sie mit dem zu erklärenden Gedanken im Einklange ist¹⁾. Der Satz bedarf jedoch unzweifelhaft gewisser Einschränkungen²⁾. Zunächst kann eine als falsch erkannte letztwillige Erklärung sich trotzdem als schädlich erweisen, wenn es zwar feststeht, dass ihr Inhalt nicht gewollt ist, ohne dass man jedoch weiss, was denn eigentlich gewollt war. Hier wird der positive Schaden irrtümlicher Äusserungen, dass sie einen unerwünschten Erfolg nach sich ziehen können, zwar vermieden, nicht aber der negative, dass sie die Existenz des gewünschten nicht zustande kommen lassen (das nocere kann natürlich bei unserer Regel nur auf den Schaden hindeuten, der durch die Abgabe einer richtigen Erklärung abgewendet worden wäre)³⁾. Wir müssen daher auch bei letztwilligen Verfügungen dem angezogenen Satze einen selbstverständlichen Vorbehalt einfügen, so dass er dann lautet:

Ob ein letzter Wille mit richtigen oder falschen Worten erklärt ist, ist dann gleichgültig, wenn der wahre Wille feststeht.

Allein auch der so modifizierten Regel müssen wir noch eine weitere Beschränkung hinzufügen, die wir allerdings im BGB. nicht wiederfinden. In der l. 4 pr. dig. de leg. I ist ausdrücklich ausgesprochen, dass nicht jede falsa demonstratio unschädlich ist. Die Stelle lautet:

Si quis in fundi vocabulo erravit et Cornelianum pro Semproniano nominavit, debebitur Sempronianus; sed si in

¹⁾ Was von Testamenten gilt, werden wir wohl der Regel nach von einseitigen Rechtsgeschäften überhaupt gelten lassen müssen. Vgl. l. 35 dig. ad. leg. Iul. 48, 5. Die Regel ist bezeugt in Ulp. fragm. XXIV § 19, §§ 29, 30 inst. de legatis 2, 20; l. 28 dig. de rebus dubiis 34, 5; l. 17 pr. § 1, 33 pr. 34, 40 § 4, 72 § ult. dig. de cond. 35, 1; l. 35 § 1, 2 dig. de leg. III; l. 48 § 3 dig. de hered. instit. 28, 5; l. 16 § 1 dig. de leg. I, c. 4 Cod. de test. 6, 23, c. 5 Cod. de hered. inst. 6, 24, c. 7 § 1 Cod. de leg. 6, 37.

²⁾ Eisele, Lotmar und v. Hollander geben ihm a. a. O. eine besonders enge Deutung. Bei Besprechung von l. 33 pr. D. de cond. 35, 1 identifiziert v. Hollander S. 72 wohl mit Unrecht die Begriffe error und controversia.

³⁾ Dass demonstratio und Erklärung identische Begriffe sind, dürfte nach dem Bd. 1 § 3 über den Begriff der Erklärung Ausgeführten nicht zweifelhaft sein. Vgl. auch Brinz a. a. O.

corpore erravit, non debebitur. quod si quis, cum vellet vestem legare, supellectilem adscripsit, dum putat supellectilis appellatione vestem contineri, Pomponius scripsit, vestem non deberi, quemadmodum si quis putet, auri appellatione electrum vel aurichalcum contineri vel, quod est stultius, vestis appellatione etiam argentum contineri. rerum enim vocabula immutabilia sunt, hominum mutabilia¹⁾.

Mit dem Gegensatz des mutabile und des immutabile wird jedoch der richtigen Meinung nach nicht auf Veränderlichkeit, sondern auf Verwechselbarkeit der Namen hingedeutet, d. h. auf die Möglichkeit, entschuldbarerweise die Namen der Dinge zu vertauschen. Die Verwechslung der Gattungsnamen der Sachen ist unentschuldbar, so sehr, dass man in Rom annahm, jemand, der ihrer fähig ist, wisse überhaupt nicht recht, was er wolle. Die Verwechslung der Namen der Grundstücke dagegen wurde entschuldigt, ebenso an dem Schlusse der Stelle diejenige der Namen von Sklaven²⁾. Mutabile heisst nicht bloss das, was sich verändert, sondern insbesondere auch das, was man ändern oder vertauschen kann oder darf³⁾.

Während also Brinz (Pand. S. 1567) eine Unschädlichkeit der falsa demonstratio nur bei solchen Namen annimmt, „welche den Dingen nicht nach dem gemeinen Sprachgebrauch, sondern, wie die Eigennamen der Menschen, Grundstücke, Tiere nur von bestimmten einzelnen (Voreltern, Eltern, Herren, Eigentümern) gegeben sind“, möchte der Verfasser vielmehr das Schwergewicht auf die Entschuldbarkeit der Namens- oder Wortverwechslung legen. Dabei ist zuzugeben, dass eine Verwechslung bei allgemein gangbaren Vokabeln der Regel nach unentschuldbarer sein wird als bei den mehr willkürlich bestimmten Eigennamen. Und doch lassen sich Fälle denken, in denen auch die letztere unentschuldbar ist, so z. B. wenn ein Vater aus Zerstretheit die Namen seiner Kinder verwechselt, und

¹⁾ Vgl. zu dieser Stelle Savigny, System 3 S. 306 Anm. k.

²⁾ In Rom mag es vorgekommen sein, dass die Sklaven nach der Laune ihrer Herren die Namen wechseln mussten, wie dies selbst bei unseren Dienstboten tatsächlich oft der Fall ist.

³⁾ Vgl. auch l. 7 § 2 dig. de sup. leg. 33, 10, die, genau betrachtet, damit übereinstimmt.

andererseits, dass auch eine Vertauschung von Gattungsnamen verzeihlich sein kann, so z. B. wenn jemand aus Unwissenheit seinen Barometer unter dem Namen eines Thermometers legiert. — Der legislatorische Grund für die Schädlichkeit der unentschuldbaren Erklärungsmissgriffe im römischen Rechte liegt nahe; sie zwang den Testator dazu, seine Gedanken zusammenzunehmen und beugte somit jenen fatalen Erbschaftsprozessen vor, bei denen verwegene Prätendenten in dem Trüben der testatorischen Ausdrucksweise zu fischen pflegen¹⁾.

Ob der Satz *falsa demonstratio non nocet*, welcher durchaus nicht in den Quellen auf Testamente beschränkt ist, auf Vertragserklärungen anwendbar ist, scheint zunächst zweifelhaft.

Alle Bedenken schwinden jedoch, sobald wir an jener Einschränkung festhalten, welche wir bei Testamenten unserer Regel beifügten und nach welcher die *falsa demonstratio* nur dann unschädlich ist, wenn der Wille, auf den es ankommt, anderweitig klargelegt worden ist.

Betrachten wir die Regel in dieser ihrer richtigen Gestalt näher, so sehen wir, dass sie gar nichts anderes ist als ein Ausdruck jenes oben (§ 9) klargelegten Fundamentalsatzes des neueren römischen Rechtes: Es kommt nicht auf den Wortlaut, sondern auf den Sinn der Erklärungen an²⁾. Nur der falsche Wortlaut ist es, welcher in ihr als unschädlich bezeichnet wird (§ 133 BGB.).

Demgemäss ergänzen wir den noch heute gültigen Satz in folgender Weise:

Falsa demonstratio non nocet vera opinione perspicua.

3. Dissensus und error³⁾.

§ 19.

Da bereits oben (§ 2) erwiesen wurde, dass das Wort *sentire* in der Verbindung mit *con* das rechtserhebliche, also

¹⁾ Savigny, System Bd. 3 S. 306 nota k meint, die *lex 4 pr. cit.* sei aus der etwas ängstlichen Behandlung der Legate entstanden und lasse sich nach heutigem Rechte kaum rechtfertigen. Allein das Interesse an einer gewissen Sorgfalt bei der Abfassung von Testamenten dürfte noch heutzutage vorliegen. Trotzdem hat das BGB. die Regel nicht aufgenommen.

²⁾ Im wesentlichen zustimmend v. Hollander S. 77.

³⁾ Vgl. über den Dissens auch Hölder, KrV Schr. Bd. 14 S. 574, 575,

in der Regel das erkennbare Meinen, d. i. die Äusserung, bezeichnet, so spricht die höchste Wahrscheinlichkeit dafür, dass *dissentire* gleichfalls in der Regel auf eine oder mehrere Äusserungen, nicht aber auf innere Zustände hindeutet. Wir sahen ferner, dass *consentire* bisweilen die Erklärung übereinstimmender Ansichten, nicht bloss das Vorhandensein gleicher Absichten bezeichnet. Gerade so ist es zweifellos, dass das *dissentire de aliqua re* auch auf abweichende Meinungsäusserungen bezogen werden kann¹⁾.

In der Irrtumslehre interessiert es freilich nur bei der Disharmonie von Willenserklärungen.

Und ebenso, wie wir oben sahen, dass im Pandektenlatein *consentire*, von einer einzelnen Person ausgesagt, meistens ein Beistimmen, von mehreren ausgesagt aber der Regel nach eine gegenseitige Beistimmung bedeutete, so finden wir auch hier *dissentire* bei einzelnen im Sinne von — „Widersprechen“ —, von mehreren ausgesagt wird es dagegen als Äusserung widerstreitender Erklärungen behandelt. Die erstere Bedeutung dieses Wortes finden wir z. B. in der *lex 12 dig. de evictionibus 21, 2 (Scaevola)*:

si coheredes praesentes adfuerunt nec dissenserunt, videri unum quemque partem suam vendidisse.

Wie aber der Konsensus nur rechtserhebliche Beistimmungen bezeichnet, so bezieht sich auch der *dissensus* nur auf widersprechende rechtserhebliche Willensregungen²⁾.

insbesondere aber auch die charakteristische Bemerkung des Cujacius zu der *lex 57 dig. de obl. et act. 44, 7, opera Neapoli 1758, tom. VIII p. 390. Dissensus error est. Item si venditor sensit se vendere decem, emptor sensit se emere quinque, denique si error sit in re, quae venit, vel in pretio, nulla est emptio venditio, nulla item locatio conductio.* Dass der Meister der Quellenkunde hier den *dissensus* als Unterart des *error* hinstellt, erweist sich darum als richtig, weil häufig da, wo ein *dissensus* vorliegt, auch ein *error* des Akzeptanten vorliegt (vgl. § 8). Vgl. auch Savigny III 266 n. g.

¹⁾ Gajus I 7.

²⁾ Vgl. hierzu Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft, z. B. S. 486, 487 Anm. 488 Z. 4, S. 528, 592, 604 Nr. 4, schon Hölder in der KrV Schr. Bd. 14 S. 570; Brinz, Pandekten S. 1400; Thomsen, Die rechtliche Willensbestimmung, Kiel 1882; auch Savigny III S. 265.

Die Richtigkeit dieser Begriffsbestimmung folgt aus der *lex 57 dig. de obl. et act. 44, 7* (Pomponius):

si dissentiant aliud alio existimante, nihil valet societas, quae in consensu consistit.

Schon oben (Bd. I S. 44) wurde dargetan, dass man *sentire* hier nicht schlechtweg mit innerem Meinen übersetzen kann. Der Schluss auf das gleichfalls hier verwendete Wort *dissentire* liegt nahe. Dabei unterscheidet man jedoch diesen *dissensus*, der dem Akzeptanten bei seiner Erklärung nicht zum Bewusstsein kommt und den man „unbewussten Dissens“ nennen kann (sog. Irrtum aus Missverständnis des andern Teils), von einer anderen Art von Dissens der Absichten, welche man, weil bei ihr das Bewusstsein einer Differenz vorliegt, als bewussten Dissens bezeichnen darf¹⁾. Von diesem gibt es nun wieder zwei ganz verschiedene Arten. Zunächst finden wir den bewussten Dissens als einen unerwünschten, d. h. als den Streit mehrerer Personen, die nicht unter sich einig werden können. So namentlich bei Mehrheiten, welche beschlussfähig sind. *arg. § 1 inst. de satisd. tut. 1, 24 verbis:*

*sin autem ipsi tutores dissenserint circa eligendum eum vel eos qui gerere debent, praetor partes suas interponere debet*²⁾.

Dissensus heisst hier geradezu soviel wie Streit und Hader³⁾. Endlich erscheint der *mutuus dissensus* auch noch als gleichbedeutend mit der *contraria voluntas*, d. h. als Aufhebungsvertrag eines noch von keiner Seite erfüllten Kontraktes (*l. 80 dig. de solut. 46, 3*).

¹⁾ Vgl. hierzu jetzt den Gegensatz der §§ 154 und 155, die einen den Parteien bewussten Mangel an Einigung von dem irrtümlich übersehenen sondern. Der unbewusste, d. h. durch Irrtum erzeugte Dissens kommt nicht bloss vor, wenn der eine den andern missversteht, sondern auch, wenn beide irrtümlicherweise glauben sich klar ausgedrückt zu haben, während sie zweideutige Ausdrücke brauchten und innerlich nicht einig waren. Hier kommt also in der Tat der „innere Dissens“ in Frage (s. die vor. Anm.).

²⁾ Ebenso in der *l. 7 § 19 dig. de pactis 2, 14*.

³⁾ Hierher gehören auch die gescheiterten Vorverhandlungen (§ 154 BGB.), welche die erste Auflage vom Dissensbegriff ausschliessen wollte. Jetzt würde ich keinen Anstand nehmen, auch die Ablehnung eines Antrages als (bewussten) *dissensus* zu bezeichnen.

In dieser Wendung erscheint die Bedeutung des Wortes deshalb ganz eigenartig, weil hier weder die Meinungen, noch die Erklärungen ihrem Inhalte nach auseinandergehen; der Widerspruch geht von beiden aus und richtet sich gegen den Inhalt des Vertrags, der aufgehoben werden soll.

Ein bloss innerer Dissens ist daher dann gleichgültig, wenn er den rechtserheblichen Willensinhalt nicht berührt. Dies beweist die bekannte *lex 36 dig. de acquir. rer. dom. 41, 1* (Julianus):

*Cum in corpus quidem quod traditur consentiamus, in causis vero dissentiamus, non animadverto, cur inefficax sit traditio, veluti si ego credam me ex testamento tibi obligatum esse, ut fundum tradam, tu existimes ex stipulatu tibi eum deberi. nam et si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias, constat proprietatem ad te transire nec impedimento esse, quod circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus*¹⁾.

Warum die Tradition hier nicht nichtig ist, wurde oben bereits erklärt (Bd. I S. 270). Wer nur unter einer bestimmten Voraussetzung etwas tradiert, der mutet dem Empfänger für den Fall, dass die Voraussetzung ohne dessen Wissen unrichtig ist, nicht die Setzung einer dinglichwirkenden Suspensiv- oder Resolutivbedingung zu, sondern begnügt sich mit der Einschlebung einer stillschweigenden Abrede einer obligatorischen Rückgabepflicht²⁾.

Ganz anders verhält es sich mit der *l. 18 pr. dig. de rebus creditis 12, 1* (Ulpianus)³⁾.

Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuatam accipias, Julianus scribit donationem non esse: sed an mutua sit, videndum. et puto nec mutuatam esse

¹⁾ Über die vermutliche Interpolation der Stelle vgl. Lenel, *Zeitschr. d. Sav.-Stift.* III S. 178.

²⁾ Dass diese Abrede nach röm. Rechte der Regel nach nur durch die Bereicherungskonditionen erzwungen werden konnte, ergibt sich aus ihrer Formlosigkeit. War sie einem *bonae-fidei*-Kontrakte angefügt, so konkurrierte hier wie sonst die Kontraktsklage mit der Bereicherungsklage.

³⁾ Vgl. hierüber Dernburg, *Archiv f. ziv. Praxis* Bd. 40 n. 1, der im Hauptpunkte das Richtige trifft.

magisque nummos accipientis non fieri, cum alia opinione acceperit. quare si eos consumpserit, licet conditione teneatur, tamen doli exceptione uti poterit, quia secundum voluntatem dantis nummi sunt consumpti.

In beiden Fällen wird eine Summe als Schenkung hingegeben und als Darlehn entgegengenommen¹⁾. Der Unterschied liegt aber darin, dass in der l. 36 als Ursache der Erklärungsdivergenz ein unbewusster dissensus angegeben wird, in der l. 18 pr. aber nicht. Bedenkt man nun, dass bei divergierenden Erklärungen der bewusste Widerspruch bei weitem gewöhnlicher und wahrscheinlicher ist als ein blosses Missverständnis, so werden wir einen solchen keineswegs ohne weiteres in der lex 18 pr. cit. voraussetzen dürfen. Vielmehr werden wir annehmen müssen, dass in dem Falle der letzteren Stelle der Beschenkte die ihm angebotene Summe in bewusstem Widerspruche mit dem Antrage nur als Darlehn behalten zu wollen erklärte. In dem Angebote einer Schenkung liegt nun aber keineswegs ohne weiteres das Anerbieten eines Darlehns²⁾. Die gemachte Offerte wurde also abgelehnt und eine andere gemacht, wobei übrigens korrekterweise das Geld hätte zurückgegeben werden sollen. Hier ist nun keine Tradition zustande gekommen. Bei der angebotenen traditio ex causa donationis wurde die Offerte abgelehnt, bei der andererseits vorgeschlagenen traditio ex causa mutui nicht angenommen. Man folgere aber nicht etwa aus dem bei der lex 36 cit. über die Unerheblichkeit des dissensus in der causa Ausgeführten, dass auch hier die Schenkungstradition gelten müsse; denn der Fall der l. 18 pr. cit. ist demjenigen eines Missverständnisses nicht analog. Wenn ich nämlich auch als billigdenkender paterfamilias eine übergebene Sache selbst dann in das Eigentum des Empfängers

¹⁾ Dass man zumeist in dem quasi eine Erklärung der Absichten der Kontrahenten angedeutet findet, rechtfertigt sich deshalb, weil ein Hingeben oder Annehmen nicht ohne erläuternde Umstände geschieht, und es daher für die Mitteilung des vorliegenden Tatbestandes unerlässlich war, anzudeuten, wie es sich hier mit diesen Umständen verhielt.

²⁾ Wenn ich z. B. einem Haussohne etwas geschenkt habe, so kann ich es, falls er später undankbar ist, klagend zurückfordern, war es aber geliehen, dann ist dies nach römischem Recht nicht möglich. Man denke ferner an die querela inofficiosae donationis, die Kollationsvorschriften u. dgl. m.

übergehen lassen will, wenn etwa von seiner Seite ein Missverständnis über eine unerlässliche Vorbedingung des Geschäftes vorliegen sollte, so veranlasst mich doch nichts zu einer gleichen Rücksicht bei einem bewussten Widerspruche des Mitkontrahenten gegen meine Absichten. Wenn der Antragsempfänger das Angebotene nicht unter den Bedingungen des Angebots haben will, so darf er es nicht entgegennehmen, noch weniger es ungestraft an Dritte weiterveräußern, bevor wenigstens nach seiner Meinung eine volle Einigkeit zwischen beiden Teilen erzielt worden ist.

Das einzige, was hier Befremden erwecken könnte, ist, dass der Prätor dieser Zivilrechtskonsequenz durch eine exceptio doli die Spitze abbricht. Den Grund dieses Verhaltens kann man nur verstehen, wenn man in das volle Menschenleben, aus welchem heraus der römische Prätor seinen Beruf auszuüben pflegte, hineingreift.

Wer jemals Gelegenheit hatte, Bettelbriefe in grösserer Anzahl zu lesen, weiss, dass sich bei solchen Korrespondenzen ein gewisser Sachverhalt fast stereotypisch wiederholt. Zuerst erfolgt eine Schilderung der erlittenen Not, dann die Sendung des Wohltäters, endlich die Antwort des Empfängers, er wolle das Geld nicht geschenkt haben, sondern nur als Darlehn behalten. Sollte wirklich einmal das Geld dieser Antwort beiliegen, dann ist ihr Inhalt ernst zu nehmen, in dem anderen Falle, demjenigen unserer lex 18 pr., weiss der Wohltäter, wenn er Erfahrungen hinter sich hat, dass jene Antwort nur eine verschämte Schenkungsannahme ist, deren Einkleidung in die Darlehnsofferte nicht den Zweck hat, in dem Wohltäter eine ernstliche Hoffnung auf Rückerstattung zu erwecken, sondern vielmehr nur, dem Empfänger das Beschämende seiner Lage zu erleichtern. Die Maske des Darlehnsuchers soll das Bettlergewand verhüllen¹⁾.

Das Zivilrecht war ein pedantisches Bauernrecht und hielt daher hier den Empfänger beim Wort, indem es eine Bereicherungsklage wegen des grundlos verzehrten fremden Eigen-

¹⁾ Vgl. Lessing, Nathan der Weise, zweiter Aufzug, neunter Auftritt: „Borgen ist viel besser nicht als betteln“.

tums gab, der Prätor aber, welcher das Recht der Weltstadt Rom repräsentiert, besass Menschenkenntnis genug, um eine konventionelle Redensart als das anzusehen, was sie war, und demgemäss auch praktisch zu behandeln¹⁾.

Die Stelle berührt hiernach die Irrtumslehre nicht.

4. Die Erkennbarkeit des Irrtums.

a) Bei zweiseitig belastenden Geschäften.

§ 20.

Da für Rechtsgeschäfte nur der rechtserhebliche, also bei allen der Zuverlässigkeit bedürftigen Geschäften der erkennbar gemachte Wille allein in Frage kommt, so lag es nahe, auch für den rechtserheblichen Irrtum die Erkennbarkeit zu verlangen.

Dies beruhte jedoch auf einer Verwechslung. Nur die Wesentlichkeit des Irrtums als Gültigkeitsbedingung muss in der Regel erkennbar hervortreten, nicht sein Vorhandensein. Will sich jemand nur dann binden, wenn er sich über einen bestimmten Punkt (z. B. eine Eigenschaft) nicht irrt, so ist es gleichgültig, ob der andere Teil glaubt, dass er sich nicht irre, sondern das Richtige für wahr halte. Es genügt, dass er sich die Ungültigkeit des Geschäfts für den Irrtumsfall vorbehalten hat und dass dieser Fall vorliegt.

Die Wesentlichkeit des Irrtums für den Gültigkeitswillen muss also erkennbar sein, der Irrtum selbst braucht es nicht zu sein.

Die Ansicht, dass auch jene Wesentlichkeit nicht erkennbar sein müsse, ist bereits im ersten Teile widerlegt. Wo man sich dagegen auf Stellen berief, die innere Seelenzustände wie

¹⁾ Darum durfte auch der Empfänger des Geldes, obwohl er sich scheinbar mit der Erklärung des Offerenten in Widerspruch gesetzt hatte, doch annehmen, dass dieser den wahren Sachverhalt durchschaute und, da er das Geld nicht zurückverlangte, mit der Konsumtion desselben durch den Empfänger zufrieden war. So erklärt sich das: quia secundum voluntatem dantis nummi sunt consumpti. Das quare bezieht sich auf das conditione teneatur. Eine ähnliche Durchbrechung der zivilrechtlichen Konsequenz durch den Prätor finden wir in der lex 25 dig. de donat. 39, 5.

voluntas und consensus als Vertragselemente bezeichnen, sahen wir, dass nur die rechtserheblichen, also in der Regel bei den zuverlässigkeitsbedürftigen Akten nur die erkennbar gemachten Zustände dieser Art gemeint sind. Das gleiche, was wir von voluntas sahen, gilt auch von animus¹⁾, mens²⁾, propositum³⁾, affectio⁴⁾ und cogitatum⁵⁾.

Schliesslich hat man wirklich von der Gegenseite her sogar die lex 12 dig. de trans. 2, 15 zitiert, in welcher Celsus mit gewohnter Energie anhebt:

Non est ferendus, qui generaliter in his, quae testamento ei relicta sunt, transegerit, si postea causetur de eo solo se cogitasse, quod prima parte testamenti, ac non etiam quod posteriore legatum sit.

Es war dies sicherlich unvorsichtig, denn der Zitierende hätte befürchten sollen, dass der Leser, falls er etwa ein Mensch von Celsinischen Umgangsformen wäre, auf dieses Zitat mit den Anfangsworten der Stelle würde anworten können⁶⁾.

Endlich beruft man sich auch noch darauf, dass heredes necessarii, wenn sie unter der Bedingung „si voluerint“ eingesetzt sind, nach erfolgtem Antritte das beneficium abstinendi nicht benützen können, weil sie jam non ut necessarii, sed sua sponte heredes exstiterunt⁷⁾. Dass hier jedoch das sua sponte in keiner Weise die Abwesenheit eines inneren Willensmangels, sondern lediglich diejenige äusserer zur Erbschaftsannahme drängender Umstände andeutet, bedarf keiner besonderen Ausführung.

¹⁾ 1. 3 § 1 dig. de obl. et act. 44, 7; 1. 44 dig. pro socio 17, 2; 1. 22 dig. de praescr. verbis 19, 5.

²⁾ 1. 28 § 1 dig. de verb. sign. 50, 16.

³⁾ 1. 15 § 2 dig. de contrah. emptione 18, 1; 1. 60 § 6 dig. locati 19, 2. (Auf die letztgenannte Stelle hat mich bei der ersten Auflage Herr Kollege Kipp (damals Herr studiosus Kipp) aufmerksam gemacht.)

⁴⁾ 1. 31 dig. pro socio 17, 2.

⁵⁾ 1. 9 § 3 dig. de transact. II 15.

⁶⁾ Vgl. über diese Stelle auch noch Hartmann, Jahrb. für Dogm. Bd. 20 S. 55.

⁷⁾ 1. 87 (86) § 1 dig. de hered. instit. 28, 5, zitiert von Zitelmann, Dogm. Jahrb. Bd. 16 S. 424.

Der für den Irrtumsfall vorhandene Willensmangel muss also bei allen der Zuverlässigkeit bedürftigen Erklärungen erkennbar geworden sein.

b) Die irrigen einseitig belastenden Verträge.

§ 21.

Weder das *corpus juris civilis* noch das BGB. enthält die Anerkennung eines Sonderrechts des Irrtums bei einseitig belastenden Geschäften.

Es hat der ersten Auflage dieser Schrift sicherlich nicht zur Empfehlung gereicht, dass sie ein solches den Quellen entnehmen zu müssen glaubte.

Noch jetzt möchte ich an meiner Meinung für die wohlthätigen Geschäfte und für die Familienrechtsverträge des römischen Rechts festhalten, glaube aber die Stellen, welche mich auch bei den übrigen einseitigen Willensäußerungen zu dem gleichen Ergebnis brachten, jetzt anders deuten zu können.

Auch für Schenkungen und Familienrechtsgeschäfte kann von einer eigentlichen Ausnahme nicht die Rede sein, vielmehr nur von einer Anwendung der Regel auf ein eigenartiges Gebiet, auf dem sie eben wegen dieser Eigenart andere Ergebnisse erzielen muss als sonst.

Wir sahen oben (Bd. I S. 15), dass es das Zuverlässigkeitsbedürfnis ist, welches die Rechtserheblichkeit des Willens regelt und die nicht erkennbaren Seelenzustände da, wo es not tut, zu unerheblichen Tatsachen stempelt. Der Verkehr zwingt dazu.

Dies passt aber auf Schenkungen und Familiengeschäfte nicht. Hier fehlt das Interesse an der Erhaltung des Geschäftsverkehrs, welches den inneren Willen zu missachten gebietet. Ein Wohltäter kann dem Begünstigten zumuten, auch unbekannte Willensmängel als Gültigkeitsbedingungen anzusehen.

Darum tragen die Quellen die weitgehende Rücksicht auf den inneren Willen hier nicht als eine Ausnahme vor, sondern als etwas Selbstverständliches.

So deute ich die mit Unrecht als Ausdruck der allgemeinen Vertragstheorie zitierte *est. 2 Cod. de emancipationibus 8, 48 (49) (Diocletianus et Maximianus)*:

In emancipationibus liberorum¹⁾ nec non donationibus, non tam scriptura quam veritas considerari solet.

Wäre diese Betonung des wahren inneren Sachverhalts gegenüber der Erklärung Regel und nicht Ausnahme, so würde das Reskript ebenso lächerlich sein, als ob etwa gesagt wäre: „Trödelverträge und Kommodate sind nichtig, wenn ein Kontrahent wahnsinnig ist“²⁾.

Nur auf diese Weise erklärt sich eine der wichtigsten Stellen der Irrtumslehre, die *const. 10 Cod. de donat. 8, 54 (Diocletianus et Maximianus)*³⁾:

Nec ignorans nec invitus⁴⁾ quisquam donat. Unde si de hoc fundo non cogitasti, cujus velut donationi te consensisse continetur instrumento, majores veritate rei quam scriptura vires obtinente intelligis, de quo non cogitasti nec specialiter subscripsisti, nihil te perdidisse.

Es wurde schon oben hervorgehoben, dass hier nicht von einer blindlings unterschriebenen Urkunde die Rede ist, sondern von einer solchen, welche in der Voraussetzung unterschrieben wurde, dass sie mit dem Verhandelten übereinstimme, während in Wahrheit aus Arglist oder Nachlässigkeit etwas anderes in die Urkunde hineingesetzt wurde. Nichts aber deutet darauf hin, dass der Empfänger der Schenkung die Nichtüberein-

¹⁾ Diese sind als Familienrechtsverträge ausgezeichnet.

²⁾ In der *est. 1 Cod. plus valere 4, 22*: In contractibus rei veritas potius quam scriptura prospici debet hat der Gegensatz von *res* und *scriptura* einen anderen Sinn, als denjenigen von *veritas* und *scriptura*. Hier bedeutet *res* die äusseren, nicht niedergeschriebenen Erklärungen. Auch das Wort *veritas* kommt in dieser anderen Bedeutung vor; *arg. 1. 54 dig. de obl. et act. 44, 7*.

³⁾ Vgl. Bd. I S. 90. Windscheid, *Archiv f. ziv. Praxis* Bd. 63 S. 87, 93; Pernice, *Zeitschr. f. Handelsr.* Bd. 25 S. 130.

⁴⁾ *Invitus* heisst hier nicht, wie Röver S. 46 meint, „gezwungen“. Die *lex 22 dig. de ritu nuptiarum 23, 2* sagt vielmehr, dass der gezwungene Haussohn nicht als *invitus* zu behandeln, also an die Ehe gebunden sei. *Invitus* heisst öfters ein Mensch, welcher sich ganz passiv verhält, also keinerlei Willenserklärung abgibt, wie aus *1. 3 dig. de lege comm. 18, 3*; *1. 30 dig. de pign. act. 13, 7*; *1. 65 § 11 dig. pro socio 17, 2* und aus der *veteris cujusdam jureconsulti cons. I § 9* klar hervorgeht. Darum lässt sich auch keine dieser Stellen (auch nicht *1. 87 (86) § 1 dig. de her. inst. 28, 5*) für die Irrtumslehre verwerten (a. M. Zitelmann, *Dog. Jahrb.* Bd. 16 S. 424).

stimmung des Gewünschten und des Unterschriebenen erkennen konnte; das Gegenteil ist vielmehr das Natürlichere und Wahrscheinlichere. Und trotzdem ist die Schenkung nichtig. Für gewöhnlich motiviert man dies damit, dass ein error in re vorliege¹⁾. Allein es ist hier nicht eine andere Sache in die Urkunde eingeschoben als die gewollte, sondern hinsichtlich dieser eingeschmuggelten Sache war die Schenkungserklärung ganz und gar nicht gewünscht, sondern nur infolge der Unkenntnis dieser Einschlebung abgegeben. Es liegt also hinsichtlich dieses Falles genau so, als ob jemand bei der Unterzeichnung mehrerer Urkunden einen Vertrag zuviel unterschrieben hätte. Auch wird die Nichtigkeit des Geschäftes nicht auf die Art des Irrtums gegründet, sondern auf den allgemeinen Satz:

Nec ignorans nec invitus quisquam donat

d. h.: „die lediglich durch einen Irrtum bestimmte Schenkungserklärung ist ebenso wirkungslos²⁾ als gar keine“. Es wurde dies schon oben damit motiviert, dass man bei Schenkungen im Zweifel die dem Empfänger ungünstigsten Bedingungen voraussetzt, woraus sich z. B. auch die Nichthaftung für Eviktion und manches andere erklärt. Während nämlich bei lästigen Verträgen jeder die *lex contractus* durch gegenseitiges Entgegenkommen mit dem Mitkontrahenten verabredet, kann der Schenker sie im wesentlichen diesem diktieren. Die Berücksichtigung einseitiger und sogar nicht erkennbarer Beweggründe, welche man sonst dem Mitkontrahenten in Rücksicht auf das allgemeine Verkehrsinteresse³⁾ billigerweise nicht ohne weiteres

¹⁾ So z. B. Windscheid, *Archiv f. ziv. Praxis* Bd. 63 S. 87, 93.

²⁾ Vgl. auch das *aliter non daturus* der *l. 2 § 7 dig. de donat.* 39, 5 und überhaupt Bd. I S. 262 Anm. 3.

³⁾ Dass Grundsätze, welche vornehmlich dem Verkehrsinteresse dienen, auch sonst bei Schenkungen unangewendet bleiben, ist bekannt. Vgl. Kipp-Windscheid, *Pandekten* § 355 nota 9; Kohler, *Dogm. Jahrb.* Bd. 16 S. 131; *l. 2 § 3 dig. de donat.* 39, 5; *lex 7 pr. de doli mali exc.* 44, 4 und den Artikel *donatio* in Pauly-Wissowa's Realenzyklopädie der klass. Altertumswissenschaft. Auf Erwartungen künftiger Erfolge bezieht sich das im Texte Gesagte natürlich nicht. *l. 3 § 7 dig. de cond. c. data* 12, 4.

zumuten darf, muss der Beschenkte als selbstverständlich aus der Vertragsnorm herauslesen¹⁾.

Es ist daher höchst charakteristisch, dass die Quellen, während sie sonst, wie wir sahen, stets von der *voluntas contrahentium* sprechen (vgl. Bd. I S. 51) und es dadurch zweifellos machen, dass ein nicht beiderseits anerkannter Gedanke gleichgültig ist, bei Schenkungen ungescheut die *mens* und den *animus* des Schenkers als entscheidend betrachten. Mit Recht zitiert daher zum Beweise der Bedeutsamkeit des Einzelwillens Zitelmann²⁾ die *lex 1 pr. dig. de donationibus* 39, 5 (Julianus):

Donationes complures sunt. Dat aliquis ea mente, ut statim velit accipientis fieri nec ullo casu ad se reverti, und auch die *lex 49 dig. de acquir. rer. dominio* 41, 1 (Paulus):

Quod („fructuario servo“ inserit Krüger) fructuarius ex re sua donat, ex re ejus est: sed si eo animo id fecerit, ut ad proprietatis dominum pertineat, dicendum est illi adquiri³⁾.

¹⁾ Zu demselben Ergebnisse gelangt Hartmann, *Dogm. Jahrb.* Bd. 20 S. 42, von dem Prinzip der *bona fides* aus: „Ingleichen wird der Umstand, dass der in Frage stehende Anspruch auf einen rein lukrativen Rechtsgrund sich stützt und die Aufrechterhaltung einer positiven Bereicherung bezweckt, schon an sich die *voluntatis quaestio* motivieren können. Steht es doch mit aller Äquität im direktesten Widerspruch, dass der Empfänger der Wohltat den Wohltäter rigoristisch beim Worte halte, auch wo erweislich das Wort von der inneren Absicht verlassen ist“.

²⁾ *Dogm. Jahrb.* Bd. 16 S. 424.

³⁾ Auch Röver (S. 47) weiss sich die *c. 10 Cod. de don.* 8, 54 (S. 45, 46) nur aus der Gedankenlosigkeit der römischen Juristen zu erklären, ein Mittel der Exegese, welches zurzeit sehr in der Mode, aber wegen seiner grossen Bequemlichkeit recht bedenklich ist. Die *l. 20 dig. de rebus cred.* 12, 1, welche Röver bei dieser Gelegenheit als abschreckendes Beispiel römischer unbegreiflicher Entscheidungen zitiert, erklärt sich sehr wohl daraus, dass Schenkungen schon im klassischen Rechte Beschränkungen nach der *lex Cincia* und wegen der erforderlichen Stipulationsform unterlagen und es eine offenbare Gesetzumgehung war, wenn jemand, der ein Schenkungsversprechen ohne Stipulationsform *inter absentes* perfekt machen wollte, das Geld zuerst — etwa durch *constitutum possessorium* — dem Begünstigten schenkte, um es sogleich — etwa durch *brevi manu traditio* — als Darlehn zurückzunehmen. Dann hatte er unter dem Namen des Darlehnsversprechens eine formlose

Eine Anwendung des soeben erwiesenen Satzes¹⁾ ist auch darin zu sehen, dass die gleichfalls in wohlthätiger Absicht geschehenden Pollizitationen bei einer massgebenden irrthümlichen Voraussetzung nichtig sind. Es folgt dies aus der l. 1 § 1 dig. de pollicitat. 50, 12 (Ulpianus):

... sin vero sine causa promiserit non erit obligatus²⁾.

Bei Schenkungsversprechen des BGB. vermissen wir jede Ausnahmebestimmung. Die Praxis wird sich hier wohl schwer dazu entschliessen, bei Irrtümern, deren Wesentlichkeit im Vertragsschlusse nicht hervortrat, dem Getäuschten eine andere Hilfe zu gewähren als die Anfechtung aus den §§ 119 ff. BGB.

Trotzdem würde es m. E. nicht unangebracht sein, nach § 133 BGB. eine dem römischen Rechte entsprechende freiere Auslegung anzubahnen, bei der der Irrende qui aliter donaturus non fuisset auch über die Schranken der §§ 119 ff. hinaus als verpflichtungsfrei behandelt wird.

Für Familienrechtsverträge wird man zunächst das Gleiche anzunehmen geneigt sein, wie für wohlthätige Geschäfte³⁾, vgl. die oben angeführte Entscheidung der Kaiser (S. 22), die den Schenkungen die Emanzipationen gleichstellen. Man darf aber freilich nicht übersehen, dass bei den Familienrechtsgeschäften die Interessen der mittelbar beteiligten Familienmitglieder mit-

Schenkungsobligation übernommen. Übrigens scheint man nach der l. 20 cit. in diesem Falle schliesslich doch ein Auge zugedrückt zu haben.

¹⁾ Hesse, Archiv f. ziv. Praxis Bd. 57 S. 184 Anm. 5, schränkt denselben ohne Grund auf „ausdrückliche“ Bestimmungen des Schenkungsvertrages ein.

²⁾ Eine auffällige Gleichstellung der stipulationes mit den causae lucrativae siehe in l. 98 dig. de verb. obl. 45, 1; vgl. hierzu des Verf. Ausführungen im Archiv f. ziv. Praxis Bd. 72 S. 42 ff. und unten S. 31.

³⁾ Wie wenig man übrigens in früheren Zeiten — abweichend von der neuerdings herrschend gewordenen Lehre — geneigt war, nicht erkennbare Irrtümer des einen Kontrahenten zu berücksichtigen, folgt daraus, dass man selbst bei Verlobnissen die Rücksichtnahme auf einen derartigen error in persona in Abrede stellte; vgl. Titius, observationum ratiocinantium in compendium juris Lanterbachianum, Lipsiae 1717, observatio 768, welcher nur den Betrugsfall anders beurteilt.

sprechen und daher eine ganz besondere Rechtssicherheit erwünscht ist. Insbesondere ist es bedenklich da, wo Formvorschriften nötig sind, die Hervorkehrung von Willensmängeln zuzulassen.

Das Reskript Diocletians und Maximians bezog sich wohl auf das alte Scheingeschäft der Emanzipation, das vermutlich protokolliert zu werden pflegte. Auf die Anastasianische und Justinianische Emanzipation wird es sich schwerlich bezogen haben. Wie weit bei der Adoption ähnliches galt, mag zweifelhaft sein. Das Sonderrecht der Eheschliessungen ist bekannt. Es erschwert die Hervorkehrung der Willensmängel.

Die Gleichstellung der Familienrechtsverträge mit den Schenkungen muss daher als veraltet gelten¹⁾ und findet auch im BGB. keine Stütze.

Einseitig belastende Geschäfte sind nicht bloss solche, deren Zweck in einer äquivalentlosen Bereicherung des einen auf Kosten des anderen besteht, sondern auch solche, welche eine besondere Vermögensverschiebung gar nicht bezwecken, sondern die in einem anderen Geschäfte bereits zugesicherte Schuld bloss entweder modifizieren, ohne ihren Wert zu ändern²⁾ (Novation), oder zu verstärken suchen (akzessorische Versprechen³⁾). Bei diesen Geschäften verlangt man aber in der Tat grosse Zuverlässigkeit, so dass ihre in der ersten Auflage behauptete Gleichstellung mit den causae lucrativae wenig befriedigen musste.

Für die Novation entscheidet freilich die lex 5 dig. de transact. 2, 15 (Papinianus):

Cum Aquiliana stipulatio interponitur, quae ex consensu redditur, lites, de quibus non est cogitatum, in suo statu retinentur.

¹⁾ Anders die erste Auflage.

²⁾ Über diese Wertsidentität der alten und der neuen Schuld vgl. des Verf. Ausführungen in der Zeitschr. f. Handelsr. Bd. 26 S. 309 ff.

³⁾ Man könnte sie mit den blossen Hilfgeschäften (Mahnung, Kündigung, erlaubender Zustimmung) als Geschäfte, welche sich auf schon vorhandene Hauptgeschäfte beziehen, zusammenfassen. Ihre causa ist, wie sich namentlich bei den Bürgschaften zeigt, nicht Schenkungsabsicht, sondern Gefälligkeit, bei der Novation daneben vielleicht auch noch ein eigenes, jedoch nicht pekuniär abschätzbares Interesse.

Hier hilft die oben gegebene Deutung des Wortes cogitatum (vgl. S. 21 Anm. 5) über alle Zweifel hinweg; vgl. ferner lex 31 dig. de const. pec. 13, 5 (Scaevola).

Lucius Titius Sejorum debitor decessit: hi persuaserunt Publio Maevio, quod hereditas ad eum pertineret et fecerunt, ut epistulam in eos exponat debitorem sese esse quasi heredem patrum sui confitentem, qui et addidit epistulae suae, quod in rationes suas eadem pecunia pervenit. quaesitum est, cum ad Publium Maevium ex hereditate Lucii Titii nihil pervenerit, an ex scriptura proposita de constituta pecunia conveniri possit et an doli exceptione uti possit. respondit nec civilem eo nomine actionem competere. sed nec de constituta secundum ea, quae proponerentur¹⁾.

Hier scheint die Berücksichtigung eines rein einseitigen Beweggrundes vorzuliegen, doch zweifle ich jetzt nicht mehr daran, dass es sich um den Ausfall einer tacita conditio (si heres ero) handelt.

Dem constitutum verwandt ist die fidejussio. Auch von dieser sagt ganz allgemein:

arg. l. 37 dig. de fidejussoribus 46, 1 (Paulus):

Si quis postquam tempore transacto liberatus est, fidejussorem dederit, fidejussor non tenetur, quoniam erroris fidejussio nulla est.

Allein die fidejussio erroris bedeutet nicht „eine durch error erzeugte Bürgschaft“, wie die erste Auflage annahm, sondern die Bürgschaft für einen error, d. i. ein Wahngelbde, eine nicht bestehende Hauptschuld, an deren Dasein der Bürge irrigerweise glaubte.

Auch für die Erlassverträge, die nicht einmal immer unentgeltliche sind, kann kein Sonderrecht bestehen; vgl. l. 8 pr. dig. de acceptilatione 46, 4 (Ulpianus):

An inutilis acceptilatio utile habeat pactum, quaeritur: et nisi in hoc quoque contra sensum est, habet

¹⁾ Vgl. Voigt, Archiv f. ziv. Praxis Bd. 54 S. 30; Hesse, Dogm. Jahrb. Bd. 15 S. 83; Bruns, Kleinere Schriften, Weimar 1886 S. 479, meint, dass hier ein Irrtum über die Bestandteile des Geschäftes vorliege.

pactum. dicet aliquis: potest ergo non esse consensus? cur non possit? fingamus eum, qui accepto ferebat, scientem prudentemque nullius esse momenti acceptilationem sic accepto tulisse: quis dubitat non esse pactum, cum consensum paciscendi non habuerit?

Hier deutet wohl das sensum est auf das rechtserhebliche (erkennbar gewordene) sentire. Die Akzeptilationen vertragen übrigens bekanntlich nec diem nec conditionem. Bedingungen, welche nicht selbstverständliche sind — und auch diese durften nicht ausdrücklich formuliert werden —, waren bei ihnen unzulässig. Daher denn auch die Tatsache, dass der Akzeptierende nicht durch einen Irrtum bestimmt sei, nicht als Bedingung in das Geschäft eingefügt werden konnte.

arg. l. 38 dig. de dolo malo 4, 3 (Ulpianus):

Quidam debitor epistolam quasi a Titio mitti creditori suo effecit, ut ipse liberetur: hac epistula creditor deceptus Aquiliana stipulatione et acceptilatione liberavit debitorem: postea epistula falsa vel inani reperta creditor major quidem annis viginti quinque de dolo habebit actionem, minor autem in integrum restituetur.

Nicht ohne Schwierigkeiten ist die Behandlung des bloss einseitigen, bestimmenden Irrtumes bei Stipulationen. Selbst wenn wir keine Quellennachweise hinsichtlich dieser Verträge hätten, müsste es zweifelhaft sein, ob man sie den zweiseitig- oder den einseitig-belastenden Verträgen in der Irrtumslehre beizählte. Für das letztere spricht ihre formelle Beschaffenheit, für das erstere die ihr im römischen Verkehre hauptsächlich zufallende Rolle einer Einkleidung lästiger Verträge in die strengere Formalobligation, sowie der Umstand, dass ihre Theorie die Hauptdomäne der starren Ziviljurisprudenz war, diese aber „am Worte haftend“ mit der Anerkennung stillschweigender Vertragszusätze nicht gerade freigebig war¹⁾.

Leider wird dieser Zweifel durch die Beschaffenheit der Quellen eher verstärkt als gehoben. Für die Unterstellung dieser Verträge unter die allgemeine Vertragstheorie spricht

¹⁾ Vgl. das oben über die acceptilatio Gesagte und das oben Bd. I S. 261 Anm. 1 über die Legate Ausgeführte.

zunächst namentlich die lex 110 § 1 de verb. obl. 45, 1¹⁾ (Pomponius):

Si stipulatus fuero de te: vestem tuam quaecumque muliebris est dare spondes²⁾, magis ad mentem stipulantis quam ad mentem promittentis id referri debet, ut quid in re sit aestimari debeat, non quid senserit promissor; itaque si solitus fuerat promissor muliebri quadam veste uti nihilominus debetur²⁾.

Ferner ist es ausser jedem Zweifel, dass der einseitige Irrtum in einem bestimmenden Beweggrunde eine nichtige Stipulation nicht nach sich zog.

arg. l. 3 in fine dig. de cond. sine causa 12, 7 (Julianus): cum quinque promittere deberet, decem promisit, incerti consequetur, ut quinque liberetur.

Bedenken erweckt dagegen die lex 83 § 1 dig. de verb. obl. 45, 1 (Paulus):

Si Stichum stipulatus de alio sentiam, tu de alio, nihil actum erit.

¹⁾ Vgl. aber auch oben S. 26 Anm. 2.

²⁾ Auf diese Stelle legt namentlich Hartmann, Dogm. Jahrb. Bd. 20 S. 34 ff., Gewicht. Er meint (S. 35), dass sich Pomponius in ihr mit seiner eigenen Ansicht, welche in der schon oft besprochenen l. 57 dig. de obl. et act. 44, 7 (vgl. oben Bd. I S. 44) ausgedrückt ist, in Widerspruch setze. Das Bedenkliche dieser Annahme vermeidet man dann, wenn man erwägt, dass das *senserit* in der lex 110 § 1 cit. nach dem ganzen Zusammenhange der Stelle nur auf ein inneres Meinen bezogen werden kann, während es in der l. 57 cit. soviel, wie „einen Gedanken ausdrücken“ bedeuten muss. Zum näheren Beweise dieses letzteren sowie der Ausführungen des § 2 sei noch hervorgehoben, dass die Basilika in lib. 52 tit. 1 das *si error aliquis intervenit* der l. 57 cit. *εἰ μὴ συναυῶσιν οἱ συναλλάσσοντες* wiedergeben, auch in lib. 11 tit., 1, 1 in der Legaldefinition des pactum das Wort *consensus* mit *συναυῶσις* übersetzen. Harmenopolus gibt es mit *συγκατάθεσις* wieder (Ausgabe von 1872, Athen *ΠΑΣΣΑΦΗ*, lib. α, titulus θ). *Consentire* übersetzt auch er mit *συναυῶειν* (lib. δ, titulus α). Freilich übersetzen die Basilika a. a. O. weiterhin den in der l. 57 cit. geschilderten Dissens mit *ἀλλ' ὁ μὲν τόδε ἔννοεῖ, ὁ δὲ ἕτερον*; es bedeutet aber *ἔννοεῖν* auch *significare* und *ἔννοια* auch *significatio* und geradezu *sententia* (Diod. 14, 56. *Ὁὐ τὰς αὐτὰς ἀλλήλοισ ἐννοίας εἶχον περὶ τοῦ πολέμου*, zitiert bei Stephanus, thesaurus graecae linguae s. h. v). Der Dualismus der Terminologien für Seelenregungen und deren Ausdruck wiederholt sich also auch im Griechischen.

Allein in dem Versprechen eines Sklaven unter dem weitverbreiteten Namen Stichus ist eine *vox ambigua* zu sehen¹⁾, und im Falle einer solchen ist bei allen Verträgen ein Zurückgreifen auf den nicht erkennbaren inneren Willen geboten²⁾. Man kann aber auch hier in dem *sentire* ein rechtserhebliches Meinen, also einen erkennbar gemachten Willen sehen.

Ebenso auch in § 23 inst. de inutil. stipul. 3, 19 erklären:

Si de alia re stipulator senserit, de alia promissor, perinde nulla contrahitur obligatio, ac si ad interrogatum responsum non esset, velut si hominem Stichum a te stipulatus quis fuerit, tu de Pamphilo senseris, quem Stichum vocari credideris.

Nimmt man an, dass das Wort *sentire* hier dieselbe Bedeutung hat wie in der l. 57 cit. 44, 7, so macht die Stelle keine Schwierigkeiten; dann bezog sich der Wortlaut des Versprechens auf den Stichus, der Sinn auf den Pamphilus; vgl. auch die fast gleichlautende l. 137 § 1 dig. de verb. obl. 45, 1. Auffallend ist jedenfalls, dass die Römer die stipulatio geradezu als causa lucrativa ansahen (arg. l. 98 dig. de verb. obl. 45, 1). Man darf aber darauf kein sonderliches Gewicht legen³⁾, wie es der Verf. früher tat⁴⁾.

¹⁾ Dies nahmen schon Albericus und Joannes Bassianus an. Haenel, *dissensiones dominorum* S. 527, 586; vgl. hierzu jetzt v. Hollander, *Zur Lehre vom error* S. 76.

²⁾ Bd. I S. 192.

³⁾ Zitelmann, *Irrtum und Rechtsgeschäft* S. 588, spricht in den Fällen der l. 83 § 1 und 137 § 1 dig. de verb. obl. 45, 1, sowie der l. 9 pr. dig. de contr. empt. 18, 1 von einem „verdeckten Dissense“. Es ist dies etwa dasselbe, was oben (vgl. S. 16 Anm. 1) „innerer Dissens“ genannt wurde.

⁴⁾ Vgl. *Archiv f. ziv. Praxis* Bd. 72 S. 42 ff. Von einer Erörterung des Irrtums bei Erbschaftsantretungen und Erbschaftsausschlagnungen nimmt diese Schrift Abstand. Um aber nicht an der Pforte dieses schwierigen Gegenstandes scheu vorüberzuschleichen, möchte ich immerhin kurz hervorheben, dass die Irrtumslehre der römischen Erbschaftsantretungen (ebenso diejenige der Erbschaftsannahmen und der Erbschaftsausschlagnungen des BGB. § 1947) dadurch beeinflusst wird, dass derartige Geschäfte keine Bedingungen enthalten, also auch keine stillschweigend gesetzten, wohl aber die durch Rechtsvorschrift für selbstverständlich erklärten. Die Unterscheidung der letzteren von den stillschweigend gesetzten (oben Bd. I S. 257) ist daher gerade für die *hereditatis aditiones* von besonderer Bedeutung. (Berücksichtigt wird diese

c) Das allen Beteiligten unerwünschte Geschäft.

§ 22.

Schon oben wurde wiederholt anerkannt, dass die gemeinsame Abrede dem mit ihr disharmonierenden Wunsche beider Parteien unbedingt weichen muss¹⁾. Dies ist auch in einer Reihe von Quellenstellen anerkannt. Wiederholt wird auf die *voluntas contrahentium*²⁾, die *mens convenientium*³⁾, den *animus stipulantium*⁴⁾, die *sententia contrahentium*⁵⁾, sogar den *sensus contrahentium*⁶⁾ hingewiesen. Auch der Ausdruck *hominum voluntates*⁷⁾ kommt vor. Dass man der Regel nach bei zweiseitig belastenden Geschäften wegen eines bloss einseitigen Irrtumes in einem massgebenden Beweggrunde nicht von der Haftung frei wird, wurde deshalb behauptet, weil niemand seinem Mitkontrahenten die Einschlebung der Bedingung, dass

Unterscheidung insbesondere auch von Scialoja, *natura e importanza giuridica delle pubblicazioni nelle modificazioni degli statuti sociali* estratto dal „*Foro Italiano*“ anno XXX fasc. XII, città di Castello 1905 p. 12.) Weil bei der Erbschaftsantretung die Partei die Bedingung der Abwesenheit gewisser Irrtümer nicht einschleiben darf, muss das Gesetz solche Bedingungen als selbstverständlich erklären insoweit ihm dies nötig scheint. Dies hat es getan für den Irrtum über den Berufungsgrund (ebenso 1949, 1), denen das römische Recht noch einige andere beifügt. Andere, als so bevorzugte Irrtümer sind bei der *hereditatis aditio* keine Nichtigkeitsgründe, sondern höchstens Anfechtungsgründe, d. h. Grundlagen einer *restitutio in integrum propter errorem* und nach BGB. Grundlagen einer Anfechtung aus § 119. Die *repudiatio* war in Rom noch nicht formalisiert, also auch für die Irrtumsfrage kein Gegenstand eines Sonderrechts. Anders unsere Erbschaftsausschlagung, die wegen § 1922 eine viel grössere Bedeutung hat.

¹⁾ Bd. I S. 43, 44.

²⁾ lex 31 dig. de obl. et act. 44, 7; l. 115 § 2 in fine dig. de verb. obl. 45, 1 c. un. § 2 Cod. ut actiones 4, 11.

³⁾ lex 7 § 8 dig. de pactis 2, 14.

⁴⁾ l. 7 § 12 dig. de pactis 2, 14. Vgl. Zitelmann, *Dogm. Jahrb.* Bd. 16 S. 424.

⁵⁾ l. 115 § 2 dig. de verb. obl. 45, 1.

⁶⁾ c. 15 pr. Cod. de contr. stip. 8, 37. Vgl. hierzu das oben S. 30 Anm. 2 a. E. über *sentire* Ausgeführte.

⁷⁾ c. 13 § 2 Cod. de contr. stip. 8, 37. Vgl. auch die Worte: *utrosque* in der l. 30 § 4 dig. locati conducti 19, 2, *ex voluntate nostra* in der l. 52 § 4 dig. de oblig. et act. 44, 7; *sensisse* in der l. 48 dig. de act. empti vend. 19, 1.

seine einseitigen Motive richtig seien, zumuten kann. Dies trifft aber dann nicht zu, wenn man mit solcher Zumutung nur den Wünschen des Mitkontrahenten¹⁾ entgegenkommt und es also eine reine Chikane von dessen Seite sein würde, wenn er auf diese Zumutung nicht bereitwillig einging²⁾.

Dieser Satz hat seinen prägnanten Ausdruck gefunden in der l. 116 § 2 dig. de regulis juris 50, 17 (Ulpianus):

*Non videntur, qui errant*³⁾, *consentire.*

Z. B. A will dem B sein Haus vermieten, B will den Garten des A kaufen; sie unterschreiben einen durch einen ungeschickten Konzipienten verfassten Vertrag, in welchem A sein Haus dem B verkauft. Oder: beide unterschreiben einen Verkauf des Obstgartens, während beide einen Verkauf des Hauses wollen. Haben sie sich ihren wahren Willen gegenseitig erkennbar ge-

¹⁾ Hartmann, *Dogm. Jahrb.* Bd. XX S. 46, hebt gelegentlich hervor, dass, wenn zwei Parteien irrtümlicherweise ein Pachtformular statt eines Kaufes unterschreiben, die Konsenserklärung nichtig ist, „weil erkennbar durch eine unzutreffende Voraussetzung bedingt“. Auch Brinz (*Pand.* 1402) bemerkt, dass die Quellen „den zu nichtgewollter Konsentierung sich verirrten Doppelwillen“ keinen Konsens nennen. Aus der Zahl der älteren Juristen hebt die Bedeutsamkeit des beiderseitigen Irrtums besonders scharf hervor Jo. Gottfried Schaumburg, *compendium juris digestorum*, Jenae 1757 S. 136 § 5 (entgegengesetzt Lauterbach, *collegium theoriae practicum*, Tubingae 1714 c. 110 pag. 1185), woselbst jedoch der Dissens unbegreiflicherweise unter den Doppelirrtum gestellt, auch die Erheblichkeit des Einzelirrtums mit Unrecht ganz in Abrede gestellt wird. Vgl. auch noch Thibaut, *Pandektenrecht* § 449; Savigny, *System* III S. 266 nota h. Indirekt ist die Betonung des beiderseitigen Irrtums gegenüber dem Irrtume des einzelnen insofern vielfach anerkannt worden, als bei der Begründung der früher herrschenden Lehre, dass der Irrtum den *consensus* ausschliesse, in der Regel nur mit dem Falle des Doppelirrtums oder des Dissenses exemplifiziert wird (vgl. z. B. Cujacius, *observat.*, lib. II cap. 4; Merlin, *répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 3. édition, Paris 1808 S. 735), Nur, wo sich die Beispiele auf das Gebiet des Eherechts verirren (z. B. die glossa ad v. *absentem* der lex 9 dig. de contr. empt. 18, 1), wird auch des Einzelirrtums des Offerenten leicht gedacht. Vgl. auch Exner, *Tradition* S. 269 Anm. 49.

²⁾ Auf Erkennbarkeit des Irrtums oder seiner Relevanz seitens des Mitkontrahenten kommt es hier nicht an.

³⁾ Also nicht *quorum alteruter errat*. Vgl. auch die Schlussworte der l. 15 dig. de iurisdic. 2, 1: *cum, ut Julianus scribit, non consentiant, qui errent: quid enim tam contrarium consensui est quam error.*

macht, so gilt zweifellos der Satz: plus valet quod actum est oder auch: falsa demonstratio non nocet. Wenn aber etwa ihr übereinstimmender Wille ganz unerklärt geblieben ist, dann fehlt es dem Vertrage strenge genommen allerdings an dem Erfordernisse der Willenserklärungen. Allein es würde wohl der bona fides widersprechen, wenn in einem solchen überdies höchst seltenen Falle jemand behaupten wollte, die von ihm richtig aufgefasste Offerte des anderen habe eigentlich falsch aufgefasst werden müssen¹⁾. Es müsste also auch hier der Satz: falsa demonstratio non nocet (§ 18) in entsprechender Anwendung gelten. Es ist dann also das Ausgesprochene jedenfalls nichtig, und das Gewollte gilt.

Dieses letztere wird nur dann nicht der Fall sein, wenn der Vertrag neben dem Konsense noch besondere Erfordernisse hat und diese hinsichtlich des gewollten Geschäftes nicht vorliegen. So gehört z. B. zur Tradition nicht bloss eine Abrede, sondern auch eine Besitzergreifung. Wird diese letztere etwa in der Dunkelheit, an einem beiderseits unerwünschten Gegenstande verübt, so ist die Tradition des wirklich gegebenen wegen beiderseitigen Irrtumes nichtig²⁾, diejenige des gewollten aber wegen mangelnder Besitzübertragung ungültig³⁾.

In gleichem Sinne ist auch der schon oben⁴⁾ besprochene Fall zu behandeln, si alius praetor pro alio fuerit aditus. Der Prätor, vor welchem der Prorogationsvertrag statt fand, ist beiderseits nicht gewünscht, der gewünschte Prätor wird aber gleichfalls nicht kompetent, weil derartige Abreden wenigstens

¹⁾ Der Satz, dass jeder die an ihn gerichtete Erklärung so gelten zu lassen hat, wie er sie auffassen musste, nicht wie er sie aufgefasst hat, gilt natürlich nur, wenn seine wirkliche Auffassung eine unrichtige war. (Dies bezieht sich auch auf § 133 BGB.)

²⁾ arg. l. 34 pr. dig. de acqu. vel am. poss. 41, 2.

³⁾ Wo sich die Tradition ohne räumliche Verschiebung vollzieht, nämlich bei dem constitutum possessorium oder der brevi manu traditio, da würde eine auf ein falsches Objekt gerichtete Abrede einen blossen error in nomine enthalten. Ein gleicher unwesentlicher error in nomine ist auch bei der Tradition durch Besitzeinweisung möglich. (arg. l. 34 pr. cit. de acqu. v. a. p. 41, 2.)

⁴⁾ Bd. I S. 43 ff., woselbst die Nichtigkeit aus dem Sinne der gepflogenen Abrede gefolgert wurde.

nach römischem Rechte der richtigen Meinung nach nur dann bindend sind, wenn sie vor dem Richter geschehen, um den es sich handelt¹⁾. Wird dagegen z. B. eine Sache verkauft oder verpfändet, um erst später hingegeben zu werden, und wird bei dem Vertrage auf eine falsche Sache, z. B. einen im Dunkeln stehenden Gegenstand, hingewiesen, während die Parteien darüber einig sind, dass nicht dieser, sondern ein anderer das Geschäftsobjekt sein soll, so gilt das Geschäft hinsichtlich dieses letzteren, da zu den genannten Verträgen die Gegenwart des Gegenstandes nicht gehört²⁾ und die Hinweisung auf diesen überflüssig war.

Die Bedeutung dieses beiderseitigen Irrtumes kann darin liegen, dass etwas anderes als das beiderseits Gewollte verabredet wird, oder auch darin, dass ohne ihn gar kein Geschäft abgeschlossen sein würde. Das letztere liegt z. B. vor, wenn beide eine Eigenschaft der verkauften Sache voraussetzen, deren Vorhandensein stillschweigende Geschäftsbedingung ist,

arg. l. 14 dig. de contrahenda emptione 18, 1 (Ulpianus):

Quid tamen dicemus, si in materia et qualitate ambo errarent . . . si . . . aes pro auro veneat, non valet³⁾.

ferner l. 41 § 1 dig. eodem 18, 1 (Julianus):

Mensam argento coopertam mihi ignoranti pro solida vendidisti imprudens. nulla est emptio;

oder auch, wenn eine andere beiderseits als unerlässlich angesehene Vorbedingung des Geschäftes sich als unwahr herausstellt, arg. l. 51 § 1 dig. de pactis 2, 14 (Ulpianus):

Idem eodem loco scribit, si debitorem tuum iussisti solvere Titio, cui legatum falso debere existimas, et debitor pactus sit cum Titio debitore suo constituto: neque tibi adversus tuum debitorem neque ipsi adversus suum actionem peremptam,

¹⁾ l. 18 dig. de jurisd. 2, 1; Wetzell, System des ordentlichen Zivilprozesses, Leipzig 1878 3. Aufl. § 39 Anm. 30 S. 480; Glück, Pandektenkommentar Bd. III S. 211 ff. Jetzt entscheidet § 38 der Reichszivilprozessordnung.

²⁾ Vgl. auch die l. 1 § 1 dig. de pign. act. 13, 7 (Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft S. 558), welche sich nicht analog auf die Verhandlungen vor dem unzuständigen Richter beziehen lässt.

³⁾ Vgl. unten § 26.

endlich auch, wenn beide ohne animus obligandi aus Versehen Vertragserklärungen abgeben¹⁾.

§ 23.

Errantis nulla est voluntas.

Der Satz: *Non videntur qui errant consentire* (§ 22) wurde bereits erklärt. Zu erläutern ist noch eine allgemeinere Regel: *Errantis nulla est voluntas*.

Vgl. *est. 8 Cod. de juris et facti ignorantia I 18.* (Dio- cletianus et Maximianus):

*Cum testamentum nullo jure constiterit, ex ejus, quae ab intestato successit, professione sola velut ex testamen- to liberos per errorem profitentis orcinii vel proprii liberti, si non ipsius accessit iudicium, cum errantis voluntas nulla sit, effici non potuerint*²⁾.

ferner *l. 19 dig. de aquae pluviae arcendae 39, 3* (Pomponius):

Labeo ait, si patiente vicino opus faciam, ex quo ei aqua pluvia noceat, non teneri me actione aquae pluviae arcendae.

l. 20 eodem:

*sed hoc ita si non per errorem aut imperitiam de- ceptus fuerit: nulla enim voluntas errantis est*³⁾.

Der Satz macht jedoch keine Schwierigkeiten, sobald man das Wort *nullus* in demjenigen Sinne nimmt, welchen es haben kann (§ 16): „ohne die einem derartigen Akte eigentümliche Wirksamkeit“. Mit Recht stellt man ihn auf eine Linie mit der Regel: *errantis nullus est consensus*⁴⁾. *est. 23 Cod. de locato et conducto 4, 65.*

¹⁾ So, wenn sie vor einem inkompetenten Richter verhandeln, ohne dessen Unzuständigkeit zu kennen, oder beide statt einer Ergebnisadresse einen Vertrag unterschreiben usw.

²⁾ Savigny, System Bd. III S. 441, scheint anzunehmen, dass hier ein Formmangel der Freilassung vorausgesetzt werde. Dann würde die Begründung aus dem Irrtum des Erklärenden unbegreiflich sein. Die richtige Erklärung ist angedeutet ebenda Anm. e.

³⁾ Vgl. Savigny III S. 363 ff.; Röver S. 38, 39 und Burkhard, Fortsetzung von Glücks Pandektenkommentar Bd. 39, 3 S. 307 ff., namentlich S. 313.

⁴⁾ Anders die erste Auflage. Vgl. *c. 9 Cod. de juris et facti ignoran-*

Der Satz ist immer richtig, mag man *voluntas* im Sinne einer Willenserklärung oder der inneren Geschäftsabsicht auffassen. Bezieht man das Wort auf Erklärungen, so kann er von vornherein nur für einseitige Geschäfte gültig sein wollen. Nur bei solchen kann die einzelne Erklärung wirken, nur bei ihnen kann also von Nullität, d. h. von einer ausnahmsweisen Wirkungslosigkeit, gesprochen werden. Bezieht man aber den Satz auf den inneren Geschäftswillen, d. h. auf dasjenige, was ohne den Irrtum gewollt sein würde, so ist der Satz ebenfalls richtig. Er besagt dann: „Ein durch Irrtum bestimmter Wille hat keinen wirksamen Inhalt“. Ist nämlich der Irrtum ein Nichtigkeitsgrund, so hat der Wille gar keine Folgen. Ist er es nicht, so wirkt das Erklärte, nicht das Gewollte, es geschieht also etwas anderes als was der Inhalt des Willens war. So z. B. wenn ich mir die vierte Auflage eines Buches kaufen wollte, dieses nicht bei dem Kaufe hervorhebe und die vielleicht für meine besonderen Zwecke wertlose fünfte Auflage aus Unachtsamkeit erwerbe. Hier wird mir ein nicht gewollter Geschäftserfolg aufgedrängt, meine *voluntas naturalis* ist *nulla*, nur meine *voluntas civilis* (Erklärung) ist in Verbindung mit der Gegen- erklärung wirksam.

Der Verfasser glaubt überhaupt die Beobachtung gemacht zu haben, dass im Pandektenlatein das Wort *nullus* als Subjekt¹⁾ oder als Adjektivum²⁾ verwendet in der Regel soviel bedeutet wie „niemand“ „kein“ oder „nicht vorhanden“ dass es dagegen da, wo es als Prädikat erscheint, gewöhnlich soviel wie „nichtig“ bedeutet³⁾. In einzelnen Stellen ist freilich nicht er-

tia 1, 18. Schon die ältere Theorie bezog dies vielfach auf die einzelne Vertragserklärung (vgl. z. B. *Justi Mejeri collegium Argentoratense, t. I, Argentorati 1657, ad tit. dig. 18, 1, c. 13 p. 999. Joannis Ortwinii Westenbergii principia juris t. I, Lipsiae 1754 p. 473*), die neuere weiss sich kaum damit abzufinden (vgl. Savigny, System Bd. III S. 342 ff.).

¹⁾ Z. B. *l. 55 dig. de regulis juris 50, 17.*

²⁾ Z. B. in der *l. 88, 109 dig. de regulis juris 50, 17.*

³⁾ Z. B. in der *l. 5 § 14 de reb. eorum qu. s. tut. 27, 9; l. 7 § 8 dig. de dolo malo 4, 3; l. 75 § 1 dig. de legatis I; Gajus III 176; l. 5 § 1 dig. de off. ejus 1, 21. Über den Unterschied zwischen „nichtig“ und „nicht vorhanden“ siehe oben S. 4. Vgl. aber auch *l. 1 dig. de hered. vel act. vend. 18, 4.**

sichtlich, ob es als Prädikat oder Adjektivum verwendet ist¹⁾. So wird z. B. in der lex 27 dig. de usurp. et usuc. 41, 3 (Ulpianus):

. . . qui neque pro legato neque pro donato neque pro dote usucapio valeat, si nulla donatio, nulla dos, nullum legatum sit

eine Usukapion nicht dann für unmöglich erklärt, si aliqua donatio etc. nulla est, sondern si nulla donatio est, nicht wenn eine vorliegende Schenkung nichtig ist, sondern wenn überhaupt keine Schenkungsverhandlung vorliegt²⁾, auch nicht einmal eine nichtige.

In den beiden Sätzen: *errantis voluntas nulla est* und *furiosi nulla voluntas est*, ist also durch den verschiedenen Satzbau die verschiedene Bedeutung des Wortes nullus genügend gekennzeichnet, und wenn man den ersteren Satz ohne weiteres in die Regel *nulla voluntas errantis est*³⁾ umgewandelt hat, so hält der Verfasser dies für unzulässig⁴⁾.

Ohne diese Übersetzung preiszugeben muss aber der Verfasser in der zweiten Auflage noch eine andere natürlichere als möglich anerkennen. „*Errantis nulla voluntas est*“ war vielleicht eine Auslegungsregel, die unserm § 133 BGB. entspricht: „Man darf niemand an einer Willensäußerung festhalten, sobald man bei ihrem Empfang bemerkt, dass sie lediglich auf einem Missgriffe

¹⁾ Vgl. z. B. l. 41 § 3 dig. de vulgari et pup. subst. 28, 6 nullum fideicommissum erit. Der Verfasser glaubte, sich hinsichtlich des im Text Gesagten besonders vorsichtig ausdrücken zu müssen, weil Dirksen eine gleiche Beobachtung nicht gemacht zu haben scheint; denn unter den Stellen, in denen nullus soviel wie inanis (nichtig) bedeuten soll, erwähnt er im Manuale auch die l. 6 dig. de dolo malo 4, 3; l. 1 § 3 dig. de pactis 2, 14 und Gajus IV 131, Stellen, in denen das Wort nullus adjektivisch gebraucht ist und nach der Meinung des Verfassers bei unbefangener Auslegung nur mit „kein“ nicht aber mit „nichtig“ übersetzt werden kann.

²⁾ Der vorausgesetzte Fall ist also identisch mit dem cum non emerit des § 11 inst. de usuc. 2, 6. Vgl. dagegen das nulla donatio sit mit dem nulla (nichtig) esset emptio der l. 2 § 16 dig. pro emptore 41, 4.

³⁾ Dies hat Hesse im Archiv f. ziv. Praxis Bd. 57 S. 196 getan. Freilich beweist l. 1 § 3 dig. de pactis 2, 14, dass der Satzbau allein kein unfehlbares Kriterium ist.

⁴⁾ Der Satz *furiosi nulla voluntas est* (l. 40 dig. de reg. juris 50, 17) bedeutet demnach etwas ganz anderes.

beruht“. *Errare* ist dann hier der rechtserhebliche (erkennbare) Missgriff und *voluntas* der rechtserhebliche (erkennbare) Wille.

Nach Savigny¹⁾ soll der Satz: *Errantis voluntas nulla est* behaupten, dass der Irrtum die Existenz des Willens ausschliesse²⁾. Wahrscheinlich verstand er hier unter dem Irrtum einen erkennbaren Missgriff und unter Willen den erklärten Willen. Dass hier ein freier Willensakt vorliege, wollte Savigny nicht verneinen³⁾. Ob mit Recht ist freilich streitig.

Das hier berührte psychologische Problem liegt aber völlig ausserhalb der Jurisprudenz. Unser Recht, insbesondere das BGB., legt zweifellos gewissen durch Irrtum hervorgerufenen Willensakten Wirksamkeit bei. Wäre es also wirklich wahr, dass der durch Irrtum bestimmte Wille niemals frei wäre oder nicht existierte, so würde doch daraus höchstens folgen, dass unser Recht aus völlig zureichenden Gründen auch an Fälle unfreier oder nicht existierender Willensakte dieselben Wirkungen anknüpft, wie an freiwillige und tatsächliche Handlungen. Die Voraussetzungen oder der Umfang dieser Anknüpfung würden hierdurch nicht berührt werden.

Wenn nun der Verfasser die angeregte Frage berührt und in gleicher Weise wie für den Irrtum so auch für den so oft unpassender Weise mit ihm in Analogie gestellten Zwang⁴⁾ zu beantworten sucht, so tut er es in der Hoffnung, unpassenden Schlüssen vom Zwange auf den Irrtum vorzubeugen⁵⁾.

Man unterscheide nämlich vor allem folgende Fragen:

1. Was versteht man unter Freiheit des Willens im juristischen Sinne?⁶⁾

¹⁾ System III S. 113, 342, S. 441 nota d.

²⁾ Nach Brinz bedeutet der Satz (Pand. I. Aufl. S. 1394): „Der Wille dessen, der bewusstlos und deswegen verfehlt handelt, ist keine Wille“. Gegen die Annahme einer durch Irrtum oder Zerstreuung hervorgerufenen Bewusstlosigkeit vgl. oben Bd. I S. 146 ff.

³⁾ System Bd. III 113.

⁴⁾ Eine völlige Theorie des Zwanges liegt natürlich ausserhalb der Grenzen dieses Buches. Vgl. des Verf. allg. Teil S. 626 ff.

⁵⁾ Für diese Analogie namentlich auch Windscheid, Zur Lehre des code Napoléon von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte, 1847 S. 252; vgl. auch Hartmann, Dogm. Jahrb. Bd. 20 S. 60.

⁶⁾ Die Stellung dieser Frage wird namentlich von Bekker in der KrVJSchr. Bd. III S. 190 angeregt.

2. Ist der durch Irrtum oder Zwang hervorgerufene Erklärungsakt gewollt?
3. Ist der Rechtserfolg dieses Aktes wirklich gewollt?¹⁾
4. Ist der Sinn einer solchen Erklärung der, dass ihr Inhalt gewollt ist?

Was nun zuerst den juristischen Freiheitsbegriff betrifft, so ist es unzweifelhaft, dass er mit dem philosophischen Begriffe, um welchen sich der berühmte Streit über die Willensfreiheit dreht, nichts zu tun hat. Selbst ein Leugner der Willensfreiheit wird die Ungültigkeit der Verträge oder die Straflosigkeit der Vorsatzverbrechen nicht befürworten, er wird die Gültigkeit der ersteren und die Strafbarkeit der letzteren nur anders philosophisch begründen, als es gewöhnlich geschieht.

Savigny bemerkt daher mit Recht²⁾: „Mit den spekulativen Schwierigkeiten des Freiheitsbegriffs haben wir im Rechtsgebiet nichts zu schaffen“. Indem aber Savigny a. a. O. in zutreffender und nach der Meinung des Verfassers nicht widerlegter Weise dartut, dass der Gezwungene — von Fällen der Bewusstlosigkeit aus Angst abgesehen (S. 109) — durch eine Selbstbestimmung sich dem Zwange fügt, so redet er doch dabei nur in der Sprache der Philosophen, nicht in derjenigen des täglichen Lebens oder derjenigen der römischen Praktiker, wenn er in dem Zustande des kompulsiv Gezwungenen eine „Freiheit der Wahl, also seines Wollens“ sieht. Eine derartige „Freiheit“, bei welcher jemand durch einen höchst unerwünschten Umstand beeinflusst und zu einem unerwünschten Ziele hingedrängt wird, nennt man gemeinhin eben nicht Freiheit, sondern in direktem Gegensatze hierzu Not oder Zwang.

So sagt auch die bekannte *lex 21 § 5 dig. quod metus* (4, 2) (Paulus):

Si metu coactus adii hereditatem, puto me heredem effici, quia, quamvis si liberum esset, noluissem, tamen coactus volui, sed per praetorem restituendus sum.

¹⁾ Über die Unterscheidung zwischen dem Wollen der Körperbewegung und dem Wollen des Erfolges vgl. Bekker, *KrVJSchr.* Bd. III S. 193.

²⁾ System Bd. III S. 102. Es ist beklagenswert, dass diese schlichte Wahrheit mehr und mehr in Vergessenheit geriet.

in keiner Weise, dass dies erzwungene Rechtsgeschäft auf freiem Willen beruhe¹⁾, sie sagt vielmehr mit dürren Worten das gerade Gegenteil: „Der Erbschaftsantritt ist nicht freigewollt, aber doch in rechtserheblicher Weise gewollt“. Aus ihr ergibt sich also, dass nach römischem Rechte die Freiheit einer Willenserklärung kein Requisite ihrer Wirksamkeit ist und dass also die Unwirksamkeit erzwungener Geschäfte auf anderen Gründen beruhen muss als auf der mangelnden Freiheit²⁾.

Wir sehen also, dass es einen eindeutigen Begriff der Freiheit nirgends gibt³⁾, und dass die Quellen das Wort *liberum esse* einfach als Gegensatz des äusseren Zwanges gebrauchen. Auf den Fall des Irrtumes wird die Verneinung des Freiheitsbegriffes dagegen nicht angewandt, und es ist nach dem soeben Ausgeführten auch völlig gleichgültig, ob wir den Zustand eines Irrenden, wie der vulgäre Sprachgebrauch es allerdings tut, als einen unfreien bezeichnen⁴⁾. In einer Hinsicht ist seine Unfreiheit eine schlimmere, in einer anderen eine geringere, als diejenige des Gezwungenen es ist. Schlimmer ist sie, weil der Irrende nicht wie der Gezwungene merkt, dass er unter einem unerwünschten Einflusse steht und sich daher auch nicht durch Erduldung eines Übels von demselben befreien kann, geringer, weil er wenigstens vor und bei der Handlung nicht das unan-

¹⁾ Noch weniger enthält sie, wie Mühlenbruch, *Lehrbuch der Pandekten* § 93, meint, eine Anerkennung der stoischen Lehre, nach welcher „kein Mensch müssen muss“. Wäre dies der Fall, so würde sie keine Restitution zulassen.

²⁾ Schon Grotius, *de jure belli ac pacis*, lib. II c. 11 § 7, 2, bemerkt von *metus*: *quia consensus hic adfuit nec conditionalis, ut modo in errante dicebamus, sed absolutus*. Auch Malblanc, *principia juris romani*, Tubingae 1801 § 277, unterscheidet die *libertas consensus*, welche durch Zwang und die *veritas consensus*, welche durch Irrtum getrübt werde. Cujacius freilich bemerkte in tit. I de *judiciis*, lib. V dig. ad leg. 2 (*opera Neapoli* 1758 tom. VII p. 129 E) *nam ut error sic vis contraria est consensui*. — Das im Text Gesagte gilt natürlich auch für das BGB.

³⁾ Die Freiheit, von der § 104 BGB. redet, ist sicherlich eine ganz andere als die *libertas* der *l. 21 § 5 dig. cit.* 4, 2.

⁴⁾ Es gibt genau soviel Arten von Freiheit, als es Einflüsse und Hindernisse gibt. Das Wort „Freiheit“ ist daher so lange unverständlich, als die Schranken, die es verneinen wollen, im Ungewissen bleiben.

genehme Gefühl hat, zu einem unerwünschten Verhalten hingetrieben zu sein¹⁾.

Aus dem soeben Ausgeführten folgt also, dass der Erklärungsakt in der Tat von dem Gezwungenen gewollt ist. Aber auch von dem Irrenden ist er es, mag sein Irrtum noch so wesentlich sein. Nach dem Grundsatz, dass Geschehenes unabänderlich ist, entschliesst sich jeder, der etwas erklärt, zu einem Verhalten, das ihm zugerechnet werden muss.

Damit ist freilich noch nicht gesagt, dass mit der Willensäußerung immer der Rechtserfolg gewünscht ist, zu dessen Erzeugung sie ein Mittel sein soll. Wir sahen schon oben, dass man die Erklärung, etwas zu wollen, mit einem doppelten Zusatz machen kann, entweder mit demjenigen, dass die Mitmenschen und die Vertreter der Rechtsordnung sich danach richten sollen, oder z. B. bei der Simulation mit demjenigen, dass dieser fernere Erfolg ausbleiben soll. Es wurde gleichfalls oben erwiesen, dass es bei einem durch Irrtum zu einer Erklärung Getriebenen von seiner Ansicht über den Inhalt des geltenden Rechtes abhängt, ob er eine rechtliche Gültigkeit seiner Erklärung will²⁾.

Ganz genau ebenso verhält es sich mit dem Willen des Gezwungenen. Lebt er unter der Herrschaft einer Rechtsordnung, welche wie das altrömische Zivilrecht³⁾ erzwungene Geschäfte für verpflichtend hält, so kann er bei einem solchen Akte schliesslich nur in einen sauren Apfel haben beissen wollen, *coactus voluit, tamen voluit*. Anders, wo das Gegenteil bestimmt ist. Aus dem Einzelwillen lässt sich also nichts herleiten.

Nun wissen wir aber, dass das römische Recht keineswegs

¹⁾ Dass im ethischen Sinne dem Irrenden die freie Verantwortlichkeit nicht immer fehlt, steht fest. Deshalb unterscheidet man ja den entschuldbaren Irrtum vom unentschuldbaren, der durch Sorgfalt und Anspannung vermieden werden konnte.

²⁾ Vgl. oben Bd. I S. 105.

³⁾ Dieses verlangt der Regel nach feste Tatbestände als Voraussetzungen der Rechtswirkungen. Die Frage aber, ob ein Zwang gross genug ist, um Berücksichtigung zu finden, untersteht einem diskretionären Ermessen des Richters, wie es das ältere Recht grundsätzlich vermied. Die Formen der Geschäfte des älteren Zivilrechtes mussten überdies bis zu einem gewissen Grade gegen Erpressung schützen.

den Wortlaut der Erklärungen für massgebend hielt, sondern ihren Sinn, und dass der Irrtum diesen bei Verträgen in der Regel nur dann trübt, wenn erkennbar hervortritt, dass der Inhalt der gepflogenen Abrede der Partei in einem entscheidenden Punkte nicht erwünscht ist oder nur unter der Voraussetzung eines Umstandes geschieht, der beiderseits als Bedingung des Geschäftes angesehen, aber unrichtig ist. Mit der widerrechtlichen Drohung wird es sich nun, was Verträge betrifft¹⁾, zweifellos ebenso verhalten, falls ein Dritter der Drohende ist und der Vertragsgenosse des Bedrohten von der Vergewaltigung nichts weiss²⁾. Hier ist der Sinn seines Versprechens sicherlich haften zu wollen. Allein auch wenn der Erpresser selbst durch eine Drohung ein Versprechen zu seinen Gunsten hervortreibt, so kann dies nur den Sinn haben, dass es ernstlich gemeint ist. Nur unter dieser Bedingung will er die Ausführung der Drohung unterlassen und es nur in diesem Sinne entgegennehmen. Geht also der Gezwungene auf seinen Wunsch ein, so ist seine Äusserung auch nur in diesem Sinne auszulegen. *Coactus voluit*; der in seiner Erklärung liegende Gedanke (*voluntas*) ist ein ernstlicher.

¹⁾ Was die anderen Geschäfte betrifft, so ist die Verschiedenheit der für sie geltenden Auslegungsgrundsätze sicherlich nicht ohne Bedeutung für ihre Behandlung im Falle eines Zwanges gewesen. Man vgl. die verschiedene Behandlung des erzwungenen Erbschaftsantrittes (l. 21 § 5 *cit. dig.* 4, 2) und der durch Dritte erzwungenen Freilassung (*magister Dositheus I 7*).

²⁾ Vgl. hierüber Schliemann, Die Lehre vom Zwange, Rostock 1861 S. 43 ff. Freilich sagt *lex 116 pr. dig. de reg. juris 50, 17 (Ulpian)*: *Nihil consensui tam contrarium est, qui ac bonae fidei iudicia sustinet, quam vis ac metus*. Damit sollte aber wohl nicht gesagt sein, dass der Zwang den Begriff des *consensus* ausschliesst, sondern nur, dass er dem Zwecke widerstreitet, dem der *consensus* dienen soll. Deshalb fährt Ulpian fort: *Quem comprobare contra bonos mores est*. — Über *lex 6 § 7 de acquir. vel omitt. hered. 29, 2 (Ulpianus)*: *Celsus libro quintodecimo digestorum scripsit, eum, qui metu verborum vel aliquo timore coactus fallens adierit hereditatem, sive liber sit, heredem non fieri placet, sive servus sit, dominum heredem non facere*; vgl. Schlossmann, Lehre vom Zwange S. 46 ff., und Kohler, Dogm. Jahrb. Bd. 16 S. 121 ff. Wir müssen annehmen, dass der Gezwungene sich hier mit einem dritten Erbschaftsinteressenten verständigt, diesem gegenüber zum Scheine die Antrittserklärung abgibt und nun den Zwingenden hierauf hinweist, ihn also durch Vertuschung der mangelnden Ernstlichkeit der Scheinerklärung betrügt (*fallit*).

Wir finden also hier einen durchgreifenden Unterschied zwischen der durch einen erkennbaren Zwang und der durch einen erkennbaren Irrtum ausschliesslich bestimmten Erklärung. Dort ist der Sinn der Äusserung, dass man ihren Inhalt gelten lassen wolle, hier, dass er nur durch eine unrichtige Voraussetzung bedingt sei, soweit man dem Mitkontrahenten zumutet, auf diese als Bedingung zu achten.

Nun sagt Savigny (System Bd. III S. 113) allerdings das Gegenteil:

Immer war es der Handelnde selbst, der dem Irrtum diese bestimmende Kraft einräumte. Die Freiheit seiner Wahl zwischen entgegengesetzten Entschlüssen war unbeschränkt.

Allein die Behauptung, dass der Irrende sich durch freie Wahl dem Irrtume unterwerfe, ist kaum haltbar. Wüsste er, dass seine Ansicht ein Irrtum ist, so würde er sich ihr sicherlich nicht unterworfen haben. Er geht also nicht, wie der Gezwungene, mit offenen Augen dem unvermeidlichen Übel entgegen, sondern der Irrtum blendet ihn. Trotzdem liegt in Savignys Behauptung ein wahrer Kern. Da nämlich jeder, der durch gewisse Voraussetzungen zu einer Erklärung getrieben wird, die Möglichkeit vor Augen haben muss, dass diese Voraussetzungen Irrtümer enthalten, die, z. B. wegen mangelnder Erkennbarkeit ihrer Bedeutung¹⁾, unwesentlich sind, so liegt in der Tat in jeder derartigen Äusserung ein gewisses Wagnis, dessen Folgen er sich selbst zuzuschreiben hat. Auf den Erklärungsakt bezogen, sind Savignys Worte in diesem Sinne richtig.

Wir sahen also, dass die erzwungene und die irrige Erklärung in dem gewöhnlichen Sinne beide nicht „frei“ gewollt sind, dass es aber darauf nicht ankommt, da sie trotzdem im juristischen Sinne gewollt sind, ferner dass die Frage, ob der in solchen Erklärungen erwähnte Rechtserfolg innerlich gewollt sei, sich nicht allgemein beantworten lässt, aber gleichgültig ist. Endlich verstanden wir den Sinn einer durch widerrechtliche Drohung bestimmten Vertragserklärung dahin, dass der in ihr

¹⁾ Savigny III S. 259.

erwähnte Erfolg eintreten soll, während bei einer Erklärung, die in erkennbarer Weise ausschliesslich durch einen Irrtum bestimmt wird, das Gegenteil der Fall ist. Warum trotzdem erzwungene Verträge nach römischem Rechte ebenso wie nach BGB. anfechtbar sind, ist von Savigny (III S. 103 ff.) aus dem Zwecke des Rechtes entwickelt worden¹⁾.

Zweiter Abschnitt

Kasuistik der Irrtumslehre.

§ 24.

1. Der error in persona²⁾.

Die alte Kategorientafel: Error in negotio, persona, re, substantia ist nicht in das BGB. aufgenommen worden, nachdem bereits die erste Auflage sie hatte fallen lassen. Ihre Spuren sind dagegen nicht völlig beseitigt und ihre Betrachtung noch jetzt von Bedeutung. Durchweg zu vermeiden ist hierbei die alte Lehre, welche error und falsa opinio identifiziert, und somit den error zu einem ausschliesslich innerlichen psychologischen Begriffe stempelt³⁾, während das Wort zwar

¹⁾ Man braucht kein stoischer Philosoph zu sein, um es unter Umständen peinlich zu empfinden, wenn ein Richter ungebeten in seinem Urteile feststellt, dass man sich durch eine Drohung habe erschüttern lassen. Darum muss die Berücksichtigung dieses Umstands von dem Gezwungenen beansprucht werden.

²⁾ Vgl. hierzu Graf Piniński, Tatbestand des Sachbesitzererwerbs S. 499 ff.; v. Hollander, Zur Lehre vom error S. 129 ff.

³⁾ Sintenis, Zivilrecht § 22 Anm. 14, erklärt dies für unbezweifelt. Vgl. die Summa Azonis in Codicem ad titulum I 18 § 2: error vero est, cum aliud est, quam credam. Jo. Schilteri, jurisprudentiae totius elementa Argentorati 1698 regula 116 § 2 p. 119: „error intellectum impedit“; Lauterbach, collegii theorico-practici pars I Tubingae 1714 ad. tit. 18, 1 p. 1182: „error, qui scientiae refragatur“; Christianus de Wolff, institutiones juris naturae et gentium Halae 1763 p. 17 § 33: „error dicitur disconvenientia notionis cum objecto“. Die Definitionen der Neueren sind bekannt.

auch sehr oft einen Irrtum, daneben aber auch ein „Versehen“ oder einen „Missgriff“ bezeichnet¹⁾. Dies letztere zeigt sich namentlich darin, dass das Wort auch da verwendet wird, wo ein Versehen lediglich auf einer Unaufmerksamkeit oder Vergesslichkeit beruht.

arg. l. 15 § 1 dig. de damno infecto 39, 2 (Ulpianus):

Si vero sine adiectione diei stipulatio fuerit interposita, si quidem ex conventione, quandoque fuerit commissa, ex stipulatu agitur, si vero per errorem, magis est illud dicendum, finito die, in quem alioquin caveri solet, desiderandum esse a praetore, ut liberetur.

Namentlich bei dem sog. „Irrtum als Missverständnis“²⁾, tritt die Nebenbedeutung des error als einer verkehrten Handlungsweise, nicht bloss einer verkehrten Vorstellung, hervor. So erklärt es sich, dass die bekannte lex 34 pr. dig. de acqu. vel am poss. 41, 2 (Ulpianus):

Si me in vacuum possessionem fundi Cornelianum miseris, ego putarem me in fundum Sempronianum missum et in Cornelianum iero, non adquiram possessionem, nisi forte in nomine tantum erraverimus, in corpore consenserimus errare und consentire als Gegensätze gebraucht. Es ist in dem vorausgesetzten Falle (si in nomine tantum erraverimus) gar nicht nötig, dass beide sich über den richtigen Namen in einem Irrtum befinden, vielleicht irrt sich nur der Erwerbslustige über den Namen des Grundstückes; dennoch heisst es hier von beiden: erraverimus, weil jeder mit seiner Erklärung hinsichtlich des Namens bei dem Ziele der Gegenerklärung vorbeischießt.

Hierdurch erledigt sich die Streitfrage ob ein Irrtum „über“ eine Person oder eine Sache ein Geschäft dann nichtig mache, wenn dem Irrenden die in der Erklärung genannte Person oder Sache ebensoviel bedeutet, wie die mit ihr verwechselte³⁾. Wird z. B. eine Obstverkäuferin auf dem Markte bei dem Einkaufe mit einer anderen verwechselt, so kann von einem error in persona

¹⁾ Vgl. oben Bd. I S. 147 ff; Hesse, Archiv f. ziv. Praxis Bd. 57 S. 188.

²⁾ So Windscheid-Kipp, Pandekten § 77. Gemeint ist der Irrtum als Missverständnis eines Vertragsantrages.

³⁾ Natürlich ist der Personenirrtum auch da, wo dem Irrenden an der konkreten Individualität des Mitkontrahenten nichts lag, immer dann erheb-

nicht die Rede sein¹⁾, höchstens von einem error circa personam²⁾, einem Irrtum über die Person, nicht in ihr.

Der error in persona ist also immer die Bezugnahme auf eine unerwünschte Person.

Schon diese Definition weist uns darauf hin, dass die Lehre vom error in persona eine erhebliche Besonderheit vor dem error in re voraus hat. Beides, sowohl Person als Sache, werden von dem Erklärungsinhalte berührt; allein die Person spielt daneben noch eine weitere Rolle, sie ist nicht nur ein Bestandteil des Inhaltes der Erklärung, sondern auch die Erzeugerin oder Empfängerin des Erklärungsaktes.

Bei Vertragsschlüssen insbesondere spielt die Person des Mitkontrahenten schon in den beiden Äusserungen (§ 6) eine Rolle. So kann schon in dieser Hinsicht ein error in persona bei Erklärungen durch Boten eintreten, wenn der Bote den richtig adressierten Antrag an einen falschen Empfänger bringt. Erfolgt dann eine Annahme, so ist das Geschäft nicht wegen eines Irrtums nichtig, sondern es liegt wegen mangelnder Gegenseitigkeit der Vertragserklärungen überhaupt kein Kontrakts-

lich, wenn er bewirkt, dass eine beiderseitige Bestimmung des Individuums, zu dessen Gunsten der Vertrag ausgeführt werden soll, nicht zustande kommt; arg. l. 32 dig. de reb. cred. 21, 1.

¹⁾ Die Kanonisten sprechen in solchen Fällen einer dem Irrenden für seinen Entschluss gleichgültigen Personenverwechslung von einem error concomitans, „quo significare solent juris periti errorem, qui ita comitatur actum, ut illo etiam non existente, is adhuc fieret“. Hufschmidt, de impedimento erroris, Halle 1861 S. 27. Die Berufung auf solche Irrtümer zuzulassen, hat in der Tat weder Sinn noch Zweck.

²⁾ Vgl. z. B. Justi Mejeri, collegium Argentoratense 1657 t. I pag. 999 c. 13; G. A. Struvii, syntagma juris civilis 1692 VIII p. 1502; Henr. Hahnii, observata theoretico-practica I 1659 p. 995; Berger, oeconomia juris Lipsiae anno 1734 p. 669; Lauterbach, collegii theoretico-practici, pars I, Tübingae 1714 pag. 1183 cap. 106; Jo. Balth. Werner, manuale pandectarum, Marburgi 1736 pag. 161. Zuerst hatte man den error in persona in einen error personae verwandelt. (Vgl. Odofredi, interpretatio in undecim primos pandectarum libros Lugduni 1550 pag. 96 2. Spalte; ferner Gratian in der zu besprechenden causa 29 qu. 1 und die Kanonisten, welche sich alle ihm anschliessen.) Aus diesem error personae ist dann später der error circa personam (schon Bartolus, ad legem 34 dig. de contr. emptione 18, 1, spricht vom error circa accessoria) und schliesslich der „Irrtum über die Person“ hervorgegangen.

abschluss vor¹⁾. Der Erklärungsakt äussert hier seine physische Wirkung an einer anderen Stelle des Raumes, als wo es beabsichtigt war. Das gleiche ist bei telephonischen Gesprächen möglich. Anders, wenn mein Mitkontrahent vor mir steht. Hier kann die Erklärung nicht leicht abirren²⁾. Sie trifft dorthin, wohin sie gezielt ist, und kehrt von dort zurück. Selbst die Vertragshandlungen bei der bekannten Ehe des Jakob wurden mit der Lea vorgenommen, nicht mit der Rahel.

Hierfür kann eine Reihe von Stellen³⁾ angeführt werden.

1. 18 § 3 dig. de injuriis 47, 10 (Paulus):

si quis putet me Lucium Titium esse, cum sim Gajus Sejus: praevallet, quod principale est, injuriam eum mihi facere velle: nam certus ego sum, licet ille putet me alium esse, quam sum, et ideo injuriarum habeo (ein Deliktsfall).

1. 5 § 5 dig. quod vi aut clam 43, 24 (Ulpianus):

Si quis, dum putat locum tuum esse, qui est meus, celandi tui, non mei causa fecerit, mihi interdictum competere (ebenfalls ein Deliktsfall).

1. 5 § 1 dig. de negot. gestis 3, 5 (Ulpianus):

Sed et si, cum putavi Titii negotia esse, cum essent Sempronii, ea gessi, solus Sempronius mihi actione negotiorum gestorum tenetur⁴⁾.

¹⁾ Es würde sonst auch noch deswegen nichtig sein, weil der Sinn des Antrags, wie sich aus der Adresse ergibt, sich nicht mit der Annahmeerklärung deckt. Anders, wenn der Empfänger das Versehen des Boten nicht bemerken konnte.

²⁾ Nur in seltenen Fällen ist ein Seitenstück der strafrechtlichen aberratio ictus denkbar. Nehmen wir an, dass jemand über den Tisch hinweg einem anderen ein Geschäftsanerbieten macht, aber so stark schießt, dass er dessen Nachbar in das Auge sieht, so dass dieser sich für angeredet halten muss. Hier fehlt m. E. der Erklärungsakt gegenüber der richtigen Person und das Geschäft ist m. E. nichtig, auch wenn der Angeblickte zustimmte. So auch m. E. nach BGB. § 119 greift nicht Platz.

³⁾ Vgl. Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft S. 485.

⁴⁾ Hierauf beruht § 686 BGB. Vgl. auch 1. 14 § 1, 29 pr. comm. div. 10, 3; 1. 5 § 10 (6 § 8) neg. gest. 3, 5. Zur Begründung der Klage gehört freilich nicht bloss die Absicht einer Erledigung des konkreten Geschäftes, sondern auch der Zweck, hierdurch den dominus negotii zu verpflichten. Findet hinsichtlich des Objektes dieses animus obligandi eine Personenverwechslung

In der Tat, wenn ich jemanden schlage, betrügerlich hintergehe oder sein negotium führe, z. B. seinen Hund füttere, so kann niemand hiervon betroffen werden, als eben er selbst. Bilde ich mir ein, einen anderen zu treffen, so kann dies an der Sachlage nichts ändern. Genau so verhält es sich allerdings mit einem an eine bestimmte Person gesandten Vertragsantrage. Nur mit dieser Person, nicht mit einer anderen, an welche der Antragsteller dachte, können Vertragsverhandlungen zustande kommen⁵⁾.

Damit soll aber auch nicht im entferntesten gesagt werden, dass solche Verhandlungen ohne weiteres gültig sind. Das Recht verlangt vielmehr zu gültigen Verträgen nicht bloss beiderseitige Erklärungen, sondern auch deren übereinstimmenden Sinn⁶⁾.

Wenn also z. B. auch Jakob mit der Lea Vertragsverhandlungen abschloss, nicht mit der Rahel, so bildeten diese doch nicht einen consensus, sondern einen dissensus; denn der Sinn der beiden Erklärungen deckte sich nicht, da man nach Jakobs siebenjähriger Werbung nicht annehmen kann, dass Lea von dem Betrüge nichts wusste.

Einen wahren Dissens dieser Art behandeln folgende beiden Stellen¹⁾: 1. 52 § 21 dig. de furtis 47, 2:

Cum Titio honesto viro pecuniam credere vellem subjecisti mihi alium Titium egenum, quasi ille esset locuples, et nummos acceptos cum eo divisisti, furti tenearis, quasi ope tua consilioque furtum factum sit: sed et Titius furti tenebitur und

lex 67 (66) § 4 dig. eodem:

Si tu Titium mihi commendaveris quasi idoneum cui crederem et ego in Titium inquisii, deinde tu alium adducas quasi Titium, furtum facies, quia Titium esse hunc credo, scilicet si et ille qui adducitur, scit.

Die Stellen schweigen gänzlich über die Frage des Eigen-

statt, so wird sie nach den oben dargelegten allgemeinen Auslegungsgrundsätzen aus dem Wunsche der Partei berichtigt (§ 133 BGB.).

⁵⁾ Vgl. hierzu Zitelmann a. a. O. S. 455 und dagegen Thomsen, Die rechtliche Willensbestimmung, Kiel 1882 S. 23—29.

⁶⁾ Spätere Willensänderungen sind natürlich völlig gleichgültig.

¹⁾ Vgl. Savigny III S. 269, 372; Brinz 1. A. S. 1413.

tumsüberganges, welche, falls der falsche Titius den Betrug kennt, schon wegen des *furtum* verneint werden muss, auch über die Gültigkeit des Vertrages mit Titius. Ein *argumentum e contrario* dürfen wir aus diesem Schweigen aber nicht entnehmen; denn auch heutzutage würde schwerlich ein Jurist, welcher jene Fälle nach § 263 des Reichsstrafgesetzbuches zu betrafen hätte, diese Gelegenheit zu eingehenderen Auslassungen über den *error in re* benutzen.

Ein solcher Dissens muss also überall da vorliegen (§ 8), wo die Individualität eines der Kontrahenten oder beider eine unerlässliche Vorbedingung des Vertragsabschlusses für einen oder beide war¹⁾ und bei einem zuverlässigkeitsbedürftigen Geschäft dies dem anderen Teile erkennbar wurde.

Auch als stillschweigende Bedingung kann die Identität eines der Kontrahenten mit einem anderen in Betracht kommen. So z. B., wenn die Häupter zweier adeliger Häuser für sich und ihre Deszendenz einen Erbverbrüderungsvertrag schliessen und es sich nachher herausstellt, dass der eine ein untergeschobenes unadeliges Kind war, welcher dem rechtmässigen Prätendenten weichen muss²⁾.

Man übersehe nicht, dass in Vertragsabreden Personen nicht bloss als die Vertragsschliessenden und zugleich vom Vertrage Betroffenen in Betracht kommen. Bei Verträgen durch Stellvertreter und bei Verträgen zugunsten Dritter erscheint neben denjenigen, welche die Verhandlungen führen, noch die Erwähnung anderer als wesentlicher Bestandteil der Vertragsabrede. Auch hierbei ist ein Dissens möglich. So wenn der Vertreter für sich oder den Auftraggeber A ein Anerbieten macht und dies als für den Auftraggeber B geschehen angenommen wird. Ferner, wenn jemand für seine Frau einen Lebensversicherungsvertrag abschliessen will und die Police aus Versehen auf seinen Sohn ausgestellt wird. Das gleiche gilt natürlich auch, wenn die Erklärung hinsichtlich des Dritten zweideutig ist und nicht durch eine innere Übereinstimmung geheilt wird,

¹⁾ So bei allen Schenkungen, Familienrechtsverträgen und Verträgen über höhere Dienste.

²⁾ Der *error in propria persona* kann also ebenso wichtig sein, wie der *error in persona alterius partis*.

weil ja durchweg bei zweideutigen Punkten der bloss innere Dissens grundsätzlich dem erkennbaren gleichsteht¹⁾. Dies ist der Fall der berühmten *lex 32 dig. de rebus creditis 12, 1* (Celsus):

Si et me et Titium mutuam pecuniam rogaveris et ego meum debitorem tibi promittere jusserim, tu stipulatus sis, cum putares eum Titii debitorem esse, an mihi obligaris? subsisto, si quidem nullum negotium mecum contraxisti: sed propius est, ut obligari te existimem, non quia pecuniam tibi credidi (hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest): sed quia pecunia mea ad te pervenit eam mihi a te reddi bonum et aequum est.

Interventionsdarlehen konnten durch den Schuldner eines Dritten auf dessen Anweisung abgeschlossen werden²⁾. Hier wird nun bei einem solchen Vertrage die Person des Dritten nicht scharf genug hervorgehoben, und da infolge eines Missverständnisses jeder an einen anderen denkt, so liegt ein Dissens vor.

Noch in anderer Art kommen dritte Personen neben den Kontrahenten innerhalb der *lex contractus* in Frage. Bald als *solutionis causa adjecti*, — wo dann der Dissens nicht immer eine unerlässliche Vorbedingung des Geschäftsabschlusses treffen wird —, bald als Menschen, an denen die Vertragsleistung vollzogen werden soll. So z. B. wenn ein Vater für seinen Sohn einen Klavierlehrer annimmt. Endlich sind sie oft das Subjekt von Bedingungssätzen, die dem Vertrage eingefügt sind; so wenn jemand das Leben seines Sohnes versichern will und ihn in erkennbarer Weise mit der Tochter verwechselt. In allen diesen Beziehungen kann ein Dissens vorliegen, indem jeder Kontrahent von einem anderen Individuum redet; in allen diesen Fällen kann desgleichen die Identität des beiderseits begünstigten Dritten mit einer gewissen Person zur ausdrücklichen oder stillschweigenden Bedingung des Geschäftes gemacht werden. So z. B. wenn ein Bauer in seinem Altenteilsvertrage mit dem ältesten Sohne einem Dritten, welchen er irrthümlicherweise für seinen aus Amerika zurückgekehrten jüngeren Sohn ansieht, Rechte ausbedingt usw. Bei Adoptionen ist die Person Geschäftsgegenstand.

¹⁾ Vgl. Bd. I S. 189 ff.

²⁾ l. 15 dig. de reb. cred. 12, 1.

Gleichgültig muss es in allen diesen Fällen sein, ob die erwünschte Person, welche mit der unerwünschten verwechselt wird, noch lebt oder überhaupt, ob sie in der Wirklichkeit oder bloss in der Vorstellung des Irrenden als ein von der unerwünschten Person verschiedenes Wesen existiert. Dieses letztere wird von einigen Kanonisten bestritten. Eine Hochstaplerin hatte sich für eine Gräfin Liebenstein ausgegeben und eine Ehe erzielt. Nehmen wir nun an, was in dem vorliegenden Falle verneint wurde, dass die Ehe nur infolge jenes Betruges zustande gekommen ist, so sollte der Irrtum nach der soeben erwähnten Ansicht doch nur dann erheblich sein, wenn es eine Gräfin Liebenstein wirklich gab¹⁾. Allein zur Beantwortung der Frage, ob ich eine vor mir befindliche Person heiraten will, von der ich meine, dass sie mit einer anderen identisch ist, welche nach meiner Vorstellung von ihr verschieden ist, dürfte es doch schliesslich gleichgültig sein, ob diese andere erwünschte Person wirklich vorhanden ist oder nicht. Dadurch, dass sie nur ein Phantasiegebilde und nicht von Fleisch und Blut ist, kann die andere mit ihr verwechselte mir um nichts begehrenswerter werden.

Man hat dies wohl auch nur bestritten, um eine scharfe Grenzscheide zwischen dem *error in persona* und demjenigen in *qualitate personae* zu gewinnen. Eine solche subtile Scheidung ist durch das kanonische Recht und das ihm entsprechende BGB. in der Tat nötig geworden. Nach einer Ausführung Gratians, welche durch Gewohnheitsrecht Gesetzeskraft erhalten hat²⁾, galt der *error qualitatis* mit einer einzigen Ausnahme als unerheblich. Dass dieses *dictum Gratiani* Gesetzeskraft erlangte, lässt sich wohl erklären. Die Ehe erfordert nach sittlicher Auffassung eine andere Behandlung als Vermögensrechtsverträge. Die tatsächliche Auflösung der Ehe nach geschehener wirklicher Vollziehung ist ohne einen irre-

¹⁾ München in der Zeitschrift für Philosophie und katholische Theologie Bd. 8 Heft 3 S. 64.

²⁾ Causa 29 qu. 1 decret. Gratiani, eine Stelle, welche wahrscheinlich den gleichlautenden *sententiae* des Petrus Lombardus entnommen ist. So Zimmermann, Zeitschrift für Kirchenrecht Bd. 8 S. 37. Zustimmung Dove, ebenda. A. M. Daller, Der Irrtum als trennendes Hindernis, 1861 § 4 S. 10.

parabeln Schaden nicht möglich¹⁾, und zwar sowohl nicht ohne Nachteil für die Kontrahenten und für deren Familien, als auch für die Allgemeinheit²⁾. Überhaupt sind Dritte an dem Bestande der Ehe im höchsten Grade interessiert. Von einer unbedingten Auslegung des Ehevertrages nach dem Partei-egoismus kann daher nicht die Rede sein. Schon das römische Recht zeichnete die Ehe aus, indem es sie für frei auflöslich erklärte, was es bei Vermögensrechtsverträgen nicht tat. Die nachteiligen Folgen, welche dies nach sich zog, sind bekannt.

Die christliche Sittlichkeit stellte in dem Eherechte an den einzelnen strengere Anforderungen, als es die römischen Vorschriften taten. Demgemäss verwirklichte das kanonische Recht das Scheidungsverbot der Bergpredigt. Allein man musste noch einen Schritt weiter gehen und die Anfechtung der Eheschliessungen wegen Dissenses oder stillschweigender Bedingungen einschränken. Hätte man die Nichtigkeit der Ehe wegen jeder irrigen einseitigen unerlässlichen Vorbedingung des Geschäftes, die dazu ja nicht einmal erkennbar zu sein brauchte, zugelassen, so würde der allgemeinen Sittlichkeit der schwerste Schaden angetan worden sein. Die durch die Anfechtung der Ehe abgewehrte Enttäuschung würde dann nur allzu oft im schroffsten Missverhältnisse zu dem Nachteile dieser Anfechtung gestanden haben. Die tatsächliche Vereinigung der Gatten raubt der Braut die Jungfräulichkeit und erzeugt in der Person der Kinder neue an dem Bestande des Ehebundes Beteiligte. Ferner würde durch Zulassung stillschweigender Bedingungen der Kollusion Tür und Tor geöffnet worden und das Scheidungsverbot praktisch illusorisch geworden sein³⁾.

¹⁾ Vgl. das bei Thomas von Aquino, *summa tot. theol. suppl. III partis. qu. 51 art. 2*, allerdings unter den von ihm zu widerlegenden Sätzen aufgeführte Argument: *potest contingere, quod per multos annos iste error detineatur et filios et filias generent simul. sed grave esset dicere, quod tunc essent dividendi.*

²⁾ München, Zeitschrift für Philosophie und katholische Theologie Bd. 8 Heft 3 S. 70 Anm., zitiert das Muster einer pastoralen Ermahnung enttäuschter Ehemänner: „Er stelle ihm vor, welches Aufsehn und welchen übeln Eindruck die Trennung bei dem Publikum machen würde“.

³⁾ Auch die Zulassung ausdrücklicher Bedingungen hatte ihre grossen Bedenken. Die Parteien konnten leicht einen anscheinend ihnen unbekanntem,

Darum sind in einem richtigen Gefühle, wenn auch unter Angabe völlig unzureichender Gründe, die stillschweigenden Bedingungen der Ehe von der herrschenden Meinung aus der Irrtumslehre hinausgewiesen worden. Seit dem Tridentinum ergibt sich dies einfach daraus, dass sie dem parochus nicht zu Ohren kommen. Aber schon vorher leitete man ihre Unzulässigkeit aus dem christlichen Parteiempfinden her, das derartige verwerfliche Zusätze im Zweifel nicht wollte, weil es sich des Unterschiedes des Ehesakraments vom vermögensrechtlichen Geschäftsverkehr bewusst war.

Das BGB. hat der ersten Auflage entsprechend dies in § 1332 anerkannt.

Da somit die römische Vertragstheorie auf Ehen nicht anwendbar war¹⁾, wenn man nicht das Scheidungsverbot der Bergpredigt hätte zerstören wollen, so blieb nichts übrig, als eine eigene Irrtumstheorie für Ehen aufzustellen. Diese war kasuistisch, wie die Irrtumslehre der romanistischen Glossatoren. Nur strich Gratian den error qualitatis, welcher wenigstens in gewissen Fällen bei Vermögensrechtsgeschäften als wesentlich galt, für das Eherecht mit einer Ausnahme ganz fort²⁾, jedenfalls im Einklange mit der Praxis seiner Zeit.

in Wirklichkeit aber unrichtigen Umstand zur Bedingung machen, um einem jeden von beiden die Möglichkeit der Auflösung des Bandes zu wahren. Dagegen gewährte die Vorschrift, dass die Beischlafsvollziehung als Verzicht auf die Bedingung gelten sollte (cap. 3, 5, 6 X de cond. app. IV 5; Richter-Dove, Lehrbuch des Kirchenrechts § 270 Anm. 17), wenigstens eine gewisse Abhilfe. Das BGB. lässt bekanntlich keine Bedingungen für Ehen zu.

¹⁾ Darüber, dass Gratian, c. 29 quaestio 1, und Thomas von Aquino, summa totius theologiae, Antwerpiae 1585, supplement. 3 part. quaest. 51 art. 2 et 4, ihre Theorie aus dem Konsensbegriffe folgern vgl. unten § 32. Für den besonderen Charakter des Eherechts vgl. auch Daller, Der Irrtum als trennendes Ebehindernis, Landshut 1861 S. 1 ff. und Bekker, KrVJSchr. Bd. 22 S. 52 nota a.

²⁾ Auch der error in negotio fiel dabei ins Wasser, und doch muss auch er zur Zeit der formlosen Eheschliessung das Geschäft nichtig gemacht haben. So z. B., wenn jemand einem Mädchen sponsalia de futuro offerierte und sie aus Missverständnis sponsalia de praesenti akzeptierte. Oder auch, wenn jemand eine endgültige Heiratsofferte machte und die Angeredete glaubte, dass sie als Magd gemietet werden sollte, ein Fall, zu dessen Konstruktion Göthes „Hermann und Dorothea“ anregt.

Dies entspricht auch ganz den daraus hervorgewachsenen Anschauungen der Gegenwart über die Erfordernisse der Menschenwürde, die durch allzu leichte Auflösungen tatsächlich geschlossener Ehen gefährdet werden könnte¹⁾.

Dem entsprach auch, dass man schon vor dem concilium Tridentinum bei Eheschliessungen von stillschweigenden Bedingungen nichts wissen wollte²⁾. Nach diesem concilium verboten sie sich von selbst durch Rücksicht auf die Form der Eheschliessung³⁾.

Es fragt sich nun, warum Gratian nicht auch den error in persona als unerheblich wegstrich, wie dies im BGB. gesehen ist.

Hier würde das Opfer, welches dem Irrenden auferlegt werden müsste, falls er durch eine Personenverwechslung in einen dauernden Bund getrieben wäre, zu gross sein. Dieselbe Achtung vor der Menschenwürde, welche dem Irrenden gebietet, die unerwünschten Eigenschaften des erwählten Lebensgenossen zu ertragen, würde es ihm verbieten, der Individualität des andern Gatten mit Gleichgültigkeit entgegenzutreten. Die Rücksicht auf die Persönlichkeit soll bei dem Ehebunde den Ausschlag geben. Wo dies nicht der Fall ist, fühlen wir einen Verstoß gegen das natürliche sittliche Empfinden, der

¹⁾ Vgl. hierzu des Verf. Juristentagsgutachten XX Bd. 3 S. 92 ff. Der Irrtum als Nichtigkeitsgrund, Berlin 1889 S. 70 ff.; Hubert Gerigk, Irrtum und Betrug als Ebehindernisse nach kirchl. und staatl. Rechte. Gekrönte Preisschrift, Breslau 1898.

²⁾ Von seiten der Kanonisten ist oft und wiederholt dagegen protestiert worden, dass man die stillschweigenden Bedingungen mit der Irrtumslehre verbinde (vgl. z. B. München, Zeitschrift für Philosophie und katholische Theologie Bd. 8 Heft 3 S. 71, welcher hiergegen mit grosser Lebhaftigkeit polemisiert), teils weil sie in einem anderen Kapitel stehen — woraus freilich nur folgen würde, dass sie von jetzt ab in dasselbe Kapitel zu stellen sind —, teils weil die Setzung einer Bedingung nur bei einem Zweifel über den zur Bedingung gemachten Umstand möglich sei (so Halfes, de impedimento erroris, Halle 1861 S. 33). Dies ist nicht richtig. Man kann sehr wohl einen Umstand für wahr halten, doch aber — der grösseren Sicherheit wegen — seine Wahrheit ausdrücklich oder stillschweigend zur Bedingung machen. — Die Berechtigung jenes Protestes lag lediglich in der besonderen Natur der Ehe.

³⁾ Vgl. oben Bd. I S. 129 Anm. 4.

bei der Willensauslegung nicht vermutet werden kann. Bei der Personenverwechslung ist also die Ehe nach richtiger Auslegung nicht als gewollt anzusehen. Wenn sie trotzdem im kanonischen Rechte und nach BGB. noch durch besondere Nichtigkeitserklärungen zerstört werden muss, so beruht dies auf naheliegenden politischen Erwägungen. Wo die Scheidungsfreiheit fehlt, muss auch die Trennung wegen Nichtigkeit obrigkeitlich kontrolliert werden, damit sich nicht unter ihrem Deckmantel unerlaubte Scheidungswünsche befriedigen.

Umgekehrt entwickelte sich im römischen Recht unter dem Einflusse der Scheidungsfreiheit kein besonderes Recht für die Nichtigkeit der Ehen, weil jene Freiheit allen Trennungsbedürfnissen in einfachster Weise genügte. Wie sich übrigens die römische Praxis zu nichtigen Ehen stellte, darüber wissen wir leider nichts. Das BGB. steht durchaus auf dem Boden der Entwicklung, die vom kanonischen Rechte ausgeht. Es lässt die Identitätsirrtümer als Nichtigkeitsgründe unbedingt zu, den Eigenschaftsirrtum nur unter besonderen Bedingungen ¹⁾.

Deshalb besteht auch noch für die Praxis die schwierige Aufgabe, ein Merkmal festzustellen, an welchem man im einzelnen Falle erkennen kann, ob ein Irrtum einen error in persona oder in qualitate personae in sich schliesst.

Bei dieser Frage übersieht man nur zu oft einen Umstand, der dem Scharfsinne des Thomas von Aquino ²⁾ nicht entgangen ist, nämlich, dass der error qualitatis und der error personae nicht zwei sich ausschliessende Begriffe sind. Da nämlich verschiedene Individuen verschiedene Eigenschaften haben, so ist mit jeder Personenverwechslung auch eine Verwechslung ihrer Eigenschaften notwendig verbunden. Wird also der error personae für erheblich, der error qualitatis für unerheblich erklärt, so ist das letztere durch das erstere dahin einzuschränken: „der Eigenschaftsirrtum ist nur dann unerheblich, wenn nicht damit ein Personenirrtum verbunden

¹⁾ Näheres in des Verf. Anmerkungen zu Ecks Vorträgen über das BGB. Bd. II S. 374 ff.

²⁾ Summa tot. Theologiae suppl. tertiae partis quaest. 51 art. 2 et 4, Antwerpiae 1585.

ist“ ¹⁾. Dieses wollte Thomas mit seinem error qualitatis in errore personae redundans sagen. Er ist missverstanden worden, da man behauptete, bei jedem error in persona müsse die erwünschte Person, welche mit der unerwünschten verwechselt wird, nach der Vorstellung des Irrenden ein untrüglich auffindbares Individuum oder Mitglied eines aus auffindbaren bestimmten Individuen bestehenden Personenkreises (z. B. einer von den Söhnen dieses Königs) ²⁾ sein. Der einzig beachtenswerte Grund für diese Einschränkung ist, dass man sonst keine Grenzscheide zwischen dem error personae und error qualitatis zu finden wusste. Allein sie ist trotzdem herzustellen, wenn auch vielleicht nicht ohne Mühe, und zwar auf drei Arten, nämlich aus Rücksicht auf die räumliche Lage der Menschen, auf ihr inneres Selbstbewusstsein, und auf eine ihnen ausschliesslich anhaftende Eigenschaft.

Eine Personenverwechslung (error personae) liegt immer dann vor, wenn die irrigerweise vorgestellte Person nach der Meinung des Irrenden ein Wesen ist, das ausserhalb der Körperhülle der tatsächlich angeredeten Person existiert, wenn also das Bild, welches der Irrende sich von ihr entwirft, die Vorstellung enthält, dass diese Person früher zu irgend einem Zeitpunkte ausserhalb des Raumes gelebt haben muss, welchen die unerwünschte Person in ihrem bisherigen Leben zu der gleichen Zeit ausfüllte; denn zwei Dinge, welche zu gleicher Zeit verschiedene Teile des Raumes ausfüllen, können nicht identisch sein ³⁾. Dies gibt ein praktisches Auskunftsmittel, mit

¹⁾ Diese unvermeidliche Verbindung des error in persona mit einem error in qualitate personae zeigt sich namentlich da, wo die irrig vorausgesetzte Eigenschaft das Feststellungsmerkmal für die Person ist. So z. B. wenn der Vater der Ehe seiner älteren Tochter zustimmt, während es sich um die Verheiratung der jüngeren handelt. Hier schliesst die Verwechslung der Alterseigenschaften eine Verwechslung der Mädchen mit Notwendigkeit in sich.

²⁾ So übersetzen viele (München, Zeitschrift für Philosophie und katholische Theologie a. a. O. S. 55; Halfes, de impedimento erroris, Halle 1861 S. 21) das Beispiel des Thomas von Aquino a. a. O. si autem directe intendit consentire in filium regis quicumque sit ille: tunc si alius praesentatur ei qua filius regis, est error personae et impeditur matrimonium. Bei unbefangener Beobachtung wird man zugeben müssen, dass Thomas in Wahrheit von den Söhnen eines bestimmten Königs nicht redet.

³⁾ Für Klarstellung des inneren Zusammenhangs zwischen dem Iden-

welchem zweifelhafte Identitätsfragen entschieden werden können. Gibt sich z. B. der Sohn einer Bäuerin für den Sohn einer Königin aus, so bewirkt der dadurch hervorgerufene Eigenschaftsirrtum, wenn er bei der Eheschliessung bestimmend wirkte, zugleich einen Personenirrtum; denn die gedachte Person konnte unmöglich sich an derselben Stelle befinden, an welcher sich die wirkliche befand, als eine Bäuerin sie gebar. Es liegt also in einem solchen Falle ein error qualitatis vor, der einen Identitätsirrtum nach sich zieht.

Ein zweites Merkmal der Identität des gewünschten und des tatsächlich angeredeten Vertragsgenossen, ist das Identitätsbewusstsein des letzteren mit der gewünschten Person. Ein solches aus äusseren Symptomen durch Rückschluss festzustellen, ist freilich nicht leicht, aber doch nicht völlig unmöglich.

Ein drittes Merkmal der Identität liegt endlich in einer Eigenschaft, die einem Menschen ausschliesslich zukommt, z. B. der Erstgeburt, wenn er nach Inhalt des Vertrages lediglich um dieser Eigenschaft willen in Betracht gezogen wurde¹⁾.

titäts- und dem Raumbegriff findet sich vieles Beachtenswerte bei Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft S. 443 ff. Wenn Zitelmann den Irrtum über Identität demjenigen über Eigenschaften grundsätzlich beizählt, so folgt dies aus seinem Eigenschaftsbegriffe (S. 442): „Eigenschaft ist jedes Merkmal des Dinges, überhaupt alles, was von dem Dinge ausgesagt werden kann“. Dem kanonischen Rechte entspricht jener weite Eigenschaftsbegriff sicherlich nicht: denn dies will den error personae von dem error qualitatis unterscheiden wissen. Über die Richtigkeit jener weiten Definition vom metaphysischen Standpunkte vgl. Lotze, Metaphysik, Leipzig 1879 S. 48: „Wir müssen zugestehen, dass Qualität in ihrer eigenartigen Bedeutung uns ausschliesslich in den sinnlichen Empfindungen und in keinen anderen Beispielen gegeben ist. Alles, was wir ausserdem in nachlässigerem Sprachgebrauch so nennen, besteht in Verhältnisbestimmungen, die wir zwar, in adjektivische Ausdrücke zusammengefasst, als Eigenschaften ihrer Subjekte behandeln, deren eigentlicher Sinn aber doch nur durch ein diskursives Vergleichen mannigfacher Beziehungspunkte und nicht einer Anschauung gefasst werden kann“. Es ist Zitelmann jedoch zuzugestehen, dass der vom philosophischen Standpunkte „nachlässige“ Sprachgebrauch für die Praxis des Lebens und des Gerichtssaales zuweilen nahezu unvermeidlich erscheint.

¹⁾ Die erste Auflage berücksichtigte nur das erste der drei Identitätsmerkmale.

Es gehört aber auch durchaus nicht zu dem Begriffe der Personenverwechslung, dass der Irrende von der erwünschten Person, welche er unrichtigerweise vor sich zu sehen glaubt, ein Merkmal, das sie von jeder anderen Person unterscheidet, in das Auge fasst¹⁾. Es kann doch nur darauf ankommen, dass das vorgestellte Erkennungsmerkmal sie von der mit ihr verwechselten Person entweder räumlich oder in deren Selbstbewusstsein oder nach dem Inhalte der Abrede scheidet; ihr Verhältnis zu Dritten ist gleichgültig²⁾.

Ein blosser Eigenschaftsirrtum liegt aber vor, wenn das vorgestellte Trugbild zwar von der Wirklichkeit abweicht, jedoch nur in und an demselben Wesen gedacht wird, mit welchem schliesslich der Ehevertrag zustande kommt.

Die Notwendigkeit einer so subtilen Unterscheidung ist die Folge davon, dass das kanonische Recht die Erheblichkeit des Irrtums von der äusserlichen Qualität des Gegenstandes, über welchen geirrt wird, abhängig machte, weil es sie weder von dem Einzelwillen des Irrenden, noch von dem stillschweigend erklärten Inhalte der Abrede abhängig machen konnte, ohne den Grundsatz der Unlösbarkeit der Ehe in seiner praktischen Gestaltung ernstlich zu gefährden.

Andere Kanonisten als die erwähnten haben in der näheren Auslegung des error qualitatis in errore personae redundans nach einer anderen Seite hin gefehlt, nämlich sein Anwendungsgebiet erweitert³⁾. Sie hielten den Qualitätsirrtum schon dann für einen Personenirrtum, wenn der Irrende durch ihn bestimmt wurde, gerade diese Person zu wählen. In dieser Reinheit durchgeführt, würde freilich der kanonische Satz, dass der error qualitatis (sine errore in persona) unwesentlich sei, völlig

¹⁾ Vgl. von Schulte, Lehrbuch des katholischen Kirchenrechtes, Giessen 1873 3. Aufl. Bd. I S. 452; Phillips, Lehrbuch des Kirchenrechtes, Regensburg 1862 S. 1007.

²⁾ Wer eine von zwei ihm unbekanntem Töchtern eines bestimmten Mannes — gleichviel welche — heiraten will und den Ehevertrag mit einer dritten Person abschliesst, begeht eine Personenverwechslung, obwohl das Erkennungsmerkmal der erwünschten Person mit ihrer Schwester gemeinsam ist.

³⁾ Als Urheber dieser Strömung gilt van Espen, jus eccles. univ. pars. 2, tit. 13 c. 3 no. 4 (nicht wie München a. a. O. S. 60 zitiert cap. 18).

aufgehoben werden¹⁾. Darum schlug ein Teil der Vertreter dieser freieren Richtung einen Mittelweg ein. Nicht schon bei innerem oder erkennbarem Dissense über eine für den Irrenden entscheidende Qualität hielten sie die Ehe für nichtig, sondern nur bei einer solchen Eigenschaft, wie sie nach gemeiner Meinung als unerlässliche Vorbedingung des Kontraktes gilt und daher von beiden Kontrahenten als stillschweigend dem Geschäfte eingefügt zu betrachten ist²⁾. Nur in den Rechtsgebieten, in welchen diese Ansicht, die dem richterlichen Ermessen einen grossen Spielraum gewährt, durch ein wahres partikuläres Gewohnheitsrecht sanktioniert war, konnte sie als geltend betrachtet werden³⁾.

¹⁾ Einen besonders laxen Standpunkt vertrat hier Tamburinus, liber 8 de matrim. tract. 1 de impedimentis matrimonii. cap. 2 § 1 n. 21, 22 opera Lugd. 1689 p. 126. Si occasione seu consideratione alicujus personae determinatae seu individuae et singularis, tunc illa qualitas refunditur in personae substantiam, et consequenter, si qualitas illa non adsit, sed per errorem putetur adesse, invalidat matrimonium. Die Hauptgegner dieser freieren Ansicht vgl. bei München, Zeitschrift für Philosophie und kath. Theologie Bd. 8 Heft 3 S. 79 ff.; dagegen auch von Schulte, Lehrbuch des kath. Kirchenrechts, Giessen 1873 Bd. I 3. Aufl. S. 452; Phillips, Lehrbuch des Kirchenrechts, Regensburg 1862 S. 1007. Hieraus erklärt sich BGB. § 1334 Abs. 2.

²⁾ Das ist im wesentlichen die Ansicht von Justus Henning Böhm, introductio in jus digestorum 4 ed. Halae 1736 lib. 23 tit. 1 cap. 6; ebenso Schenklius, institutiones juris ecclesiastici, Landshuti 1830 § 684 S. 397, welcher von qualitates, cui ex communi hominum aestimatione contrahentium consensus tacite affixus est, spricht. Ähnlich auch Walter, Kirchenrecht § 305 (vgl. gegen diese Ansicht Richter-Dove, Kirchenrecht § 270 Anm. 11, und die dort Zitierten). Selbst die Unerheblichkeit des error fortunae wurde schliesslich angezweifelt (Schaumburg, compendium juris digestorum, Jenae 1757, pars III p. 59: „error fortunae non simpliciter est vilipendendus“). Schenklius unterscheidet zwischen den Eigenschaften, ohne die jemand contrahere nolit, und denjenigen, ohne welche er contrahere noluisse. In dieser sicherlich nicht exakt formulierten Unterscheidung sieht der Verfasser die von ihm ausgeführte Unterscheidung zwischen den Beweggründen, deren Richtigkeit dem andern Teil als Geschäftsbedingung zugemutet wird, und den sonstigen Beweggründen.

³⁾ Inkonsequent sind die Kanonisten, welche, wie Daller, Der Irrtum als tremendes Ehehindernis, Landeshut 1861, einerseits zugeben, dass das ältere Gewohnheitsrecht die Macht gehabt habe, der Theorie Gratians gesetzliche Kraft zu verleihen, und andererseits dem neueren die Macht ab-

Das BGB. hat einen verständigen Mittelweg zwischen dieser freieren Ansicht und den strengeren Regeln des kanonischen Rechts eingeschlagen¹⁾, indem es für die Erheblichkeit des Irrtums in den Eigenschaften (bei dem Betrage auch in den Umständen) eine Rücksicht auf das Wesen (d. i. die Würde) der Ehe für massgebend erklärte. Die Parteiwünsche und die Verkehrsanschauungen dürfen hier nicht für sich allein den entscheidenden Ausschlag geben (§§ 1333, 1334 BGB.).

Das römische Recht des Vermögensverkehrs brauchte nicht solche besondere Rücksichten auf das Wesen und die Würde der einzelnen Geschäfte zu nehmen; denn das Wesen dieser Geschäfte verlangt eine volle Geltung der Auslegungsergebnisse. Nichtig war hiernach das Darlehn an einen Empfänger, den der Geber für gewaltfrei hielt, während er noch Haussohn war²⁾. Kannte der Empfänger des Geldes seine Hausabhängigkeit, so war er in dolo oder in einem Versehen, welches einen dissensus in einem wesentlichen Punkte nach sich zog; denn er nahm unbedingt entgegen, was ihm bloss bedingt angeboten war. Das Gleiche gilt z. B. dann, wenn jemand eine Amme annimmt, welche, ohne dass er es weiss, an einer ansteckenden Krankheit leidet. Nichtig ist der Vertrag, in welchem ich einen Studenten als Hauslehrer annehme, sobald ein Gymnasiast, welchen ich für einen Studenten halte, dies Anerbieten entgegen-

sprechen, sie zu modifizieren. — Für ein solches Gewohnheitsrecht, welches allerdings zum Teile durch Berufung auf Missverständnisse des alten Rechtes gestützt worden ist, oder doch wenigstens für seine gesetzliche Anerkennung sprechen freilich nur legislatorische Gründe. Nach dem Grundsätze, dass der allzu straff gespannte Bogen springt, verfehlt die in ihrer Tendenz löbliche Theorie Gratians das richtige Mass, da sie der Anfechtbarkeit von Ehen Schranken setzt, welche unter Umständen „unerhörte Menschenopfer“ verlangen. Man denke an die Zumutung, eine von einem anderen geschwängerte Gattin zu behalten u. dgl. Das Mittelalter ist hier, wie vielfach sonst, gegen den Grundsatz der heidnischen Ungebundenheit in eine zu scharfe Gegenwirkung verfallen, der gegenüber das neuere Recht eine verständige Mittelstrasse einzuhalten sucht. So erklärt sich der Inhalt des BGB.

¹⁾ Im Widerspruche mit der ersten Lesung des Entwurfes eines BGB., aber im Einklange mit des Verf. Ausführungen in den Verhandlungen des 20. deutschen Juristentages Bd. III S. 92 ff., Der Irrtum als Nichtigkeitsgrund, Berlin 1880 S. 70 ff.

²⁾ Vgl. Bekker, KrVJSchr. Bd. III S. 196.

nimmt usw. Es ist daher nach römischem Rechte ganz gleichgültig, ob ich mit jemandem nur deshalb kontrahiere, weil ich ihn mit einem anderen fälschlich identifiziere, oder deshalb, weil ich eine für mich wesentliche Eigenschaft zur Gültigkeitsbedingung mache. Die sehr schwierige Unterscheidung zwischen Identität und Eigenschaft ist also für die römische Irrtumslehre unwesentlich.

Es ist zweifellos ein unberechtigter Rückschlag kanonistischer Ansichten¹⁾ auf das Zivilrechtsgebiet, wenn vielfach²⁾ behauptet wird, der *error qualitatis personae* (*sine errore in persona*) sei nach römischem Rechte niemals ein Nichtigkeitsgrund³⁾. Es soll dieses hervorgehen aus der *lex 14 § 3 dig. de in diem addictione 18, 2* (Paulus):

¹⁾ Den Einfluss der kanonistischen Doktrin vom *error qualitatis* auf die zivilistische bezeugt z. B. Naeuius, *systema selectorum*, Francof., ad M. 1608, ad I. 11, § 1 *dig. de contrah. empt.* 18, 1.

²⁾ Windscheid, *Pandekten* § 76 Anm. 6 (vgl. auch Zitelmann a. a. O. S. 560; Bruns, *Pandektenfragmente*, kleinere Schriften S. 486).

³⁾ Zitelmann S. 452 ff. operiert hier durchweg mit der Analogie des Strafrechtes. Diese beweist freilich zunächst nur etwas für die Frage, ob die Erklärungshandlung an die richtige Adresse gelangt ist. Und dabei ist es in der Tat ganz gleichgültig, ob ich über die Eigenschaften eines Menschen, auf welchen ich schieße, oder den ich mit einer Vertragsofferte anrede, im Irrtum bin. Beide Male kann ich nur den ins Auge Gefassten treffen wollen. Bei der weiteren Frage aber, welche Rechtswirkungen dieser „Naturerfolg“ (vgl. Zitelmann S. 461) haben soll, trennen sich die Wege des Zivil- und des Strafrechtes. Dieses entnimmt die Strafwirkung unmittelbar dem Inhalte des objektiven Rechtes, jenes nach Anweisung des objektiven Rechtes dem Inhalte der gepflogenen Abrede. Nach beiden Rechten kommt es aber darauf an, ob dort, wo die Rechtsfolgen aufzufinden sind, auf die Eigenschaft, hinsichtlich deren ein bestimmender Irrtum vorliegt, Gewicht gelegt ist oder nicht. So kommt es also z. B. im Strafrechte darauf an, ob ein widerrechtlich Geschlagener ein Aszendent des Schlagenden ist, weil daran im Rechte die Konsequenz einer Strafverschärfung geknüpft ist. Hier hebt der Irrtum in jener Eigenschaft diese Konsequenz auf. Ebenso wenn nach dem Sinne der gepflogenen Abrede an die Existenz einer Eigenschaft eine Rechtsfolge geknüpft sein soll. Auch hier schliesst der Irrtum über diese Eigenschaft die Rechtsfolge aus. Die Analogie des Strafrechtes spricht also für die hier vertretene Ansicht. Vgl. auch Thomsen a. a. O. S. 23—29; Hölder, *KrVJSchr.* Bd. 14 S. 573; vgl. auch die treffenden Bemerkungen Zitelmans S. 520.

Sed et si pupillus postea sine tutoris auctoritate pluris emerit, consentiente venditore abibitur a priore emptione. idem et de servo alieno. aliter atque si servo suo vel filio quem in potestate habet, vel domino rei per errorem id addixerit, quia non est emptio his casibus. quod si alieno servo, quem putaverit liberum esse, addixerit, contra se habebit et erit hic similis egenti.

Wenn der zweite Käufer insolvent war, worauf die Schlussworte der Stelle hindeuten, soll dennoch der erste Kauf aufgehoben sein, weil es Sache des Verkäufers ist, sich bei dem zweiten Verkaufe gehörig vorzusehen und dann eine bestimmte Entscheidung zu treffen, damit der erste Käufer wisse, woran er ist¹⁾. Auch wenn das zweite Geschäft ein *negotium claudicans* ist (darauf bezieht sich der Anfang der Stelle), so ist es doch ein Kauf, also ein Rücktrittsgrund. Ja sogar, wenn der zweite Käufer nur ein Sklave ist, also nur naturaliter haftet, so kann doch der erste zurücktreten. Dies soll selbst dann der Fall sein, wenn mit diesem Sklaven vom Verkäufer nur deshalb verhandelt ist, weil er irrtümlicherweise für frei gehalten wurde.

Hier ist nun nicht anzunehmen, dass die fehlende Eigenschaft des Käufers ausdrücklich oder durch Verkehrssitte zur Gültigkeitsbedingung des Kaufs gemacht ist. Man verhandelte im römischen Verkehre mit Sklaven und zahlungsunfähigen Personen mindestens so oft, wie heutzutage mit den letzteren. Dabei wurde wahrscheinlich in jedem Falle vorausgesetzt, der Verkäufer habe sich, ehe er den Verkauf abschloss, über Solvenz oder Freiheit genügend erkundigt²⁾, oder er wolle die Möglichkeit der Insolvenz oder Unfreiheit riskieren und habe sich in der Bemessung des Kaufpreises eine genügende Risikoprämie ausbedungen³⁾.

Die Stelle enthält übrigens zwei verschiedene Möglichkeiten in sich:

¹⁾ Vgl. I. 19 *pr. dig. de reg. juris* 50, 17.

²⁾ Vgl. I. 19 *cit. dig.* 50, 17.

³⁾ Nach BGB. ist der Irrtum über die Zahlungsfähigkeit des andern Teils keinesfalls ein Nichtigkeitsgrund, ob er nach § 119 einen Aufhebungsgrund gewährt, ist bekanntlich streitig. Näheres gehört nicht hierher.

1. Der Käufer glaubt irrtümlicherweise, der ihm bekannte Käufer Stichus sei freigeboren oder neuerdings freigelassen worden und stehe jetzt als Freier vor ihm (Irrtum über die Eigenschaften der Person).
2. Er nimmt irrigerweise an, der vor ihm stehende Sklave Stichus sei der ihm bekannte freie Sklavenhändler Sejus (Irrtum aus Personenverwechslung).

Nun erkennt die Stelle unterschiedslos für beide Fälle, also auch für den zweiten des error in persona, die Gültigkeit des Geschäftes an. Offenbar, weil die vorausgesetzte Identität des Käufers mit einem Freien ebensowenig als Geschäftsbedingung an den Tag gelegt war, wie die Annahme, dass er freigeboren oder freigelassen sei.

Inkonsequent ist es jedenfalls, dass manche bei dem Irrtume in der Identität der Personen die Analogie der Testamente und Verträge für massgebend halten, während sie bei dem Irrtume über die Eigenschaften der Person diese ablehnen. Denn dass auch durch den blossen Irrtum über Eigenschaften ein Testament entkräftet wird, folgt aus c. 7 Cod. de her. inst. VI 24¹⁾ (Dioclet. et Maximianus):

Nec apud peregrinos fratrem sibi quisquam per adoptionem facere poterat. Quum igitur, quod patrem tuum voluisse facere dicis, irritum sit, portionem hereditatis, quam is adversus quem supplicas velut adoptatus frater heres institutus tenet, restitui tibi curae habebit praeses provinciae.

Der Irrtum, aus welchem hier die Nichtigkeit des Testaments hergeleitet wird, ist ein noch dazu unentschuldbarer Rechtsirrtum über die Eigenschaft des Eingesetzten, der Bruder des Testators zu sein²⁾.

Das Ergebnis des bisher Ausgeführten ist:

¹⁾ Vgl. auch noch aus dem formellen Noterbenrechte die l. 14 § 2 l. 25 pr. dig. de lib. et posth. 28, 2.

²⁾ In der est. 5 Cod. de testam. 6, 23 (Valerianus et Gallienus): „Neque professio, neque asseveratio nuncupantium filios, qui non sunt, veritati praejudicant, et quae ut filiis testamento relinquuntur, juxta ea, quae a principibus statuta sunt, non deberi certi juris est“ wird man dagegen wohl einen error personae sehen müssen.

Das römische Recht kennt keine besonderen Vorschriften über den error personae oder den error qualitatis personae.

Was es uns über diese Irrtumsfälle an Entscheidungen mitteilt, ist nur die Anwendung der oben entwickelten allgemeinen Rechtsgrundsätze.

Das BGB. spricht in § 119 von Eigenschaften der Personen, die im Verkehr als wesentlich angesehen werden. Diese Vorschrift betrifft aber nur die Anfechtung der irrigen Geschäftsabschlüsse, nicht aber deren Nichtigkeit. Für die letztere verbleibt es bei dem oben dargestellten Inhalte des römischen Rechtes (§ 133 BGB.)¹⁾.

Der error in re und in genere²⁾.

§ 25.

Wenn die Parteien bei einem Vertragsschlusse von zwei räumlich verschiedenen Sachen, an denen sich die geplante dingliche oder obligatorische Wirkung vollziehen soll, reden oder bei zweideutiger Abrede an solche denken, so spricht man von einem dissensus oder error in re im technischen Sinne, falls die eine eine andere Sache im Auge hat, als sie nennt, von einem error in re im engeren Sinne. Solche Verwechslungen können auch bei unkörperlichen Sachen (z. B. Hypothekenrechten) vorkommen, auch bei Handlungen, die versprochen werden, und schliesslich auch bei den Modalitäten, unter denen das Geschäft ausgeführt werden soll³⁾.

¹⁾ Vgl. Savigny, System Bd. III S. 272 ff.; Graf Piniński, Tatbestand des Sachbesitzererbes S. 500 ff.; v. Hollander, Zur Lehre vom error S. 98 ff.; Sokolowski, Die Philosophie im Privatrecht, Halle 1902 S. 233 ff.

²⁾ Näheres unten § 133.

³⁾ So bei Annahme einer Droschke zu einer einzelnen Fahrt, bei der Verpflichtung eines Musikkorps zur Ausführung eines Ständchens u. s. f. Diesen Punkt klargestellt zu haben ist Zitelmanns Verdienst (Irrtum und Rechtsgeschäft S. 463, 492). Überhaupt erkennt der Verfasser dankbar an, dass er zu einer vollständigeren Anschauung des Umfangs der Fälle des erheblichen Irrtums namentlich durch die scharfsinnige, durchaus eigenartige Kasuistik Zitelmanns gelangte, indem er das dort über die Individualisierung der Absicht Gesagte von der inneren Absicht, welche in der Regel rechtlich unerheblich ist, auf die Abrede übertrug. Hierdurch schränkt sich die Zahl

So z. B. auch, wenn Silberzeug und Maschinenteile von einer dazu gedungenen Person schlechterdings mit diesem Reinigungsmittel, welches vielleicht nicht jeder zu handhaben versteht, geputzt werden sollen und nicht mit dem anderen in der irrigen Erklärung genannten, wenn ein durch einen Chirurg anzulegender Verband schlechterdings nach dieser und nach keiner anderen Methode geschehen soll und so fort.

Auch der Dissens über Vertragsbedingungen kommt in Betracht, so, wenn ich etwas ausdrücklich nur unter der Bedingung kaufen will, dass es von Wolle ist, und der andere aus Missverständnis es nur ohne Setzung dieser Bedingung verkaufen zu wollen erklärt¹⁾. Ebenso kann die einzelne Partei eine Bedingung einfügen oder übergehen, die sie erkennbarerweise weglassen oder setzen wollte.

In dieser Skala erscheint also der dissensus oder error in re als eine Unterart des Dissenses oder error über den Vertragsinhalt.

Die Sachenverwechslung ist also nur eine Unterart der Inhaltsverwechslung. Der erklärte Geschäftsinhalt wird mit dem gewünschten vertauscht.

Ob nun ein Punkt einer Abrede so wichtig ist, dass eine Verwechslung, die ihn betrifft, den Geschäftswillen ausschliesst, ist reine Auslegungsfrage.

Unerheblich ist daher auch bei letztwilligen Verfügungen der blosse error circa rem, welcher nicht zugleich ein error in re ist, d. h. ein Identitätsirrtum, bei welchem dem Irrenden

der nach Zitelmann erheblichen Irrtumsfälle sehr ein; sie ist aber immer noch viel reichhaltiger, als die übliche Kasuistik, welche über die Quellenstellen kaum hinauskommt. Die Ausdehnung des error in re auf nichtkörperliche Objekte findet sich übrigens schon bei Kern, de errore contrahentium, Gottingae 1806 S. 48, 54, eine Berücksichtigung des Dissenses über Zahlungsmodalitäten bei Hankoph, de effectu erroris in contractu emti venditi, Kilonii 1749 S. 27.

¹⁾ Ein bloss „innerlicher Dissens“, der wegen Ambiguität erheblich wird (Bd. I S. 187 ff.), kommt nur bei dem Dissense über den zur Vertragsausführung unerlässlichen Inhalt der Abrede in Betracht, nicht aber hinsichtlich der sonstigen Modalitäten, sofern sie nicht als wesentliche erkennbar sind; bei einem innerlichen Dissense über einen ambigue bestimmten Nebenpunkt gelten die naturalia negotii.

die Identität völlig gleichgültig ist. So z. B. wenn jemand seinen alten Hochzeitsfrack verschenken will und statt dessen ein anderes Kleidungsstück derselben Art und desselben Alters fortgibt oder statt der Lampe, die er im Schaufenster gesehen hat und kauft, eine völlig gleichartige und gleichwertige erhält. Allein auch der zu dem Geschäfte bestimmende Identitätsirrtum kann selbst letztwillige Verfügungen nur dann entkräften, wenn er das Ergebnis der Verfügung unerwünscht macht¹⁾. Endlich kann selbst der bestimmende Irrtum hier, wie überall, Vertragserklärungen nicht schon dann entkräften, wenn seine bestimmende Kraft erkennbar wurde, sondern nur, wenn der dadurch Bestimmte dem Mitkontrahenten ausdrücklich oder stillschweigend zumutete, die Identität der in der Erklärung bezeichneten Sache mit einer von ihm vorgestellten zur Geschäftsbedingung zu machen, was bei individuell bezeichneten Sachen als selbstverständlich gilt, sofern es sich nicht um Sachen handelt, welche nur nach Gattungsmerkmalen im Verkehre in Betracht gezogen werden.

So nach des Verfassers oben entwickelter Ansicht. Hören wir jetzt die Quellen²⁾.

Auf den dissensus in re bezieht sich lex 9 pr. dig. de contrah. empt. 18, 1 (Ulpianus)³⁾:

In venditionibus et emptionibus consensum debere intercedere palam est. ceterum, sive in ipsa emptione dissentiant, sive in pretio, sive in quo alio (d. h. in einem anderen Punkte des als unerlässlich bezeichneten Vertragsinhaltes) emptio imperfecta est. si igitur ego me fundum emere putarem Cornelianum, tu mihi te vendere Sempronianum putasti, quia in corpore dissensimus, emptio nulla est. idem est, si ego me Stichum, tu Pamphilum

¹⁾ I. 9 dig. de hered. inst. 28, 5. Vermacht also jemand jedem seiner Diener je einen von zwei gleichwertigen alten Röcken und verwechselt er sie in der Testamentsurkunde, so muss diese m. E. unangefochten bleiben.

²⁾ Die Unerheblichkeit der gleichgültigen Verwechslung zweier Objekte bei Personen hervorzuheben, bei Sachen aber nicht, ist inkonsequent. Richtig Dernburg, Lehrbuch des preuss. Privatrechts § 109 Anm. 11.

³⁾ Vgl. Bruns, Pandektenfragmente, kleinere Schriften S. 483; Zitelmann S. 528.

absentem vendere putasti, nam cum in corpore dissentiat¹⁾ apparet nullam esse emptionem.

Die Stelle sagt durchaus nicht, dass eine solche innere Meinungsverschiedenheit auch dann berücksichtigt werden müsse, wenn sie dem Mitkontrahenten unerkennbar bleibt²⁾. Putare bedeutet auch in ihr im Zweifel nur das rechtserhebliche putare. Auch heutzutage würde schwerlich ein Jurist, welchem man den einfachen Tatbestand: ego vendere Cornelianum putavi, tu emere Sempronianum putasti mitteilt, auf den Gedanken kommen, es solle hier von dem seltenen Falle die Rede sein, dass jemand das gerade Gegenteil von dem, was er meinte, erklärt hat³⁾.

Auf die Lehre vom dissensus in re bezieht sich die schon erwähnte lex 34 pr. dig. de acquir. vel amitt. possess. 41, 2 (Ulpianus):⁴⁾

Si me in vacuum possessionem fundi Cornelianum miseris, ego putarem me in fundum Sempronianum missum et in Cornelianum iero, non adquirem possessionem, nisi

¹⁾ In corpore errore bedeutete bei den Juristen stets eine Sachverwechslung, nicht auch einen Irrtum über die Form, wie Sokolowski, Die Philosophie im Privatrecht S. 242, behauptet.

²⁾ Dies scheint namentlich Windscheid anzunehmen (Arch. f. ziv. Praxis Bd. 83 S. 85), welcher das dissentire der Stelle a. a. O. nicht weiter erwähnt. Es kommt eben alles darauf an, was dissentire nach dem Gesamthalt der Quellen bedeutet. Folgt aus diesen (§ 19), dass es die Nichtübereinstimmung zweier gegenseitigen Erklärungen bezeichnen kann, so brauchte Ulpianus, nachdem er in der lex 9 cit. anfangs hervorgehoben hatte, er rede von dem Falle eines dissensus, weiterhin nicht mehr zu befürchten, wenn er mit dem Beispiele einer Meinungsverschiedenheit operiert, dass man darunter eine nicht erkennbare innere Differenz der Wünsche bei gleichzeitiger Harmonie der Erklärungen verstehen werde, zumal es überhaupt strenge genommen in einem Falle, in welchem ich aus Versehen meine Erklärung auf ein falsches Objekt richte, unlogisch ist, zu sagen: me illud emere puto, denn ich kann nur dasjenige zu kaufen meinen, was ich in der Erklärung als gekauft bezeichne, von dem anderen erwünschten kann ich höchstens glauben, dass es mit dem in der Erklärung gekauften identisch ist.

³⁾ Vgl. übrigens hingegen die beachtenswerten Bemerkungen von Piniński a. a. O. S. 507 ff.

⁴⁾ Vgl. Bruns, Pandektenfragmente, kleinere Schriften S. 483; Brinz, Jahrbücher des gem. Rechts Bd. III S. 21—28; Kohler, Arch. f. d. ziv. Prax. Bd. 69 S. 186 Anm. 86 und die dort Angeführten.

forte in nomine tantum erraverimus, in corpore consenserimus. quoniam autem in corpore (non)¹⁾ consenserimus an a te tamen recedat possessio, quia animo deponere et mutare nos possessionem posse et Celsus et Marcellus scribunt, dubitari potest.

Der consensus (Beistimmung zu der Äusserung des andern Teils), — der hier bei blosser Namenverwechslung bejaht, bei Sachverwechslung aber verneint wird, liegt hier lediglich im Besitzergreifungswillen des Erwerbers. Solange der Verfasser im consensus lediglich eine erklärte Beistimmung sah (erste Auflage), machte ihm diese Stelle Schwierigkeiten. Seitdem er aber in diesem Begriffe eine (innere oder äussere) rechtserhebliche Beistimmung erblickt, sind diese völlig verschwunden.

Die Stelle spricht dafür, dass bei dem Grundstückserwerbe Sachverwechslungen den Erwerbswillen im Zweifel ausschliessen. Das Gleiche gilt aber von allen nicht vertretbaren Sachen, namentlich Sklaven; arg. lex 2 § 6 dig. pro emptore 41, 4 (Paulus):

Cum Stichum emissem, Dama per ignorantiam mihi pro eo traditus est. Priscus ait usu me eum non caputurum, quia id, quod emptum non sit, pro emptore usucapi non potest²⁾.

Bei dem Verkaufe vertretbarer Sachen werden wir das Gleiche nicht anzunehmen haben, z. B. wenn in einem Laden zwei völlig gleichbeschaffene Waren an verschiedene Personen verkauft und sodann die Pakete, in die sie gewickelt sind, ver-

¹⁾ Mommsen ist mit Recht in Anlehnung an die herrschende Meinung zu dieser Textesänderung geneigt. Anders die erste Auflage.

²⁾ Die Stelle fährt fort: sed si fundus emptus sit et ampliores fines possessi sint totum longo tempore capi, quoniam universitas ejus possideatur, non singulae partes. Darüber, dass wir nicht genötigt sind, aus diesem zweiten Teile, der hinsichtlich des tradierten Grundstückes Nichteigentum des Tradenten voraussetzt, mit der Glosse zu schliessen, dass auch in dem ersten Teile der Stelle eine ähnliche Voraussetzung vorliege, vgl. die sehr scharfsinnigen Bemerkungen Zitelmanns, Irrtum und Rechtsgeschäft S. 561, 562 Anm. 542 und überhaupt über diese Stelle Richelmann, Einfluss des Irrtums S. 48; Savigny, System Bd. III S. 273 nota p; Bruns, Pandektenfragmente S. 483 Anm. 135; Exner, Tradition S. 270; Piniński a. a. O. S. 509.

wechselt werden. Was von Traditionen gilt, gilt auch von blossen Schuldverträgen und von der Bestellung dinglicher Rechte.

Dem error in re durchaus analog ist der von Savigny sogenannte error in genere¹⁾. Zunächst kann ein dissensus in genere bei Obligationen mit generisch bestimmtem Gegenstande vorkommen. Er besteht darin, dass der eine Kontrahent ein Anerbieten hinsichtlich des einen genus macht, z. B. hundert Fässer Öl zum Kaufe anbietet und der andere sie aus Missverständnis bezüglich eines anderen genus, z. B. als hundert Fässer Essig, entgegennimmt oder dass eine Partei hundert Fass Öl anbietet und dabei erkennbar ist, dass sie eine andere Flüssigkeit anbieten wollte, welche nicht genau ersichtlich ist. Auch bei einer zweideutigen Abrede, die nicht durch innere Übereinstimmung geheilt wird, kann ein derartiger innerer Dissens die Vertragsgültigkeit ausschliessen.

Der error in qualitate und in substantia.

§ 26.

Dass die Lehre vom error in qualitate eine ziemlich unklare²⁾ ist, ist den Römern oft vorgeworfen worden³⁾. Die Ursache der Verwirrung liegt aber hier wie bei dem error in qualitate personae nur darin, dass man den blossen error circa qualitatem nicht genug vom error in qualitate, d. h. der Richtung der Erklärung auf eine mit einer unerwünschten Eigenschaft behaftete Sache, unterschied, dass man ferner übersah,

¹⁾ System Bd. III S. 274; Bruns, Pandektenfragmente, kleinere Schriften S. 485.

²⁾ Vgl. Pfersche, Zur Lehre vom sogenannten error in substantia, Graz 1880 S. 99 und darüber Burkhard, KrVJSchr. Bd. 23 S. 52; Sokolowski, Die Philosophie im Privatrecht S. 296 ff.; Graf Piniński, Tatbestand des Sachbesitzererwerbs S. 511 ff.; v. Hollander, Zur Lehre vom „error“ S. 107 ff.; vgl. auch Friedrich Bode, Vom error in substantia, Göttingen 1888.

³⁾ Schon Grotius (de jure belli ac pacis lib. II cap. 11 § 6) klagte über die zwecklose Unterscheidung zwischen error circa substantiam und qui non sit circa substantiam. Vgl. auch Wesembeck (in Henr. Hanii Itti observata theoretico-practica ad M. Wesembecii in Libros L digestorum commentarios I 1659 pag. 986) über diesen Punkt, „in quo distinxisse videntur admodum subtiliter consulti“.

dass Sachenvorwechselung und error in qualitate sich nicht ausschliessen, drittens, dass man den error in genere nicht von dem error in qualitate abgrenzte, und endlich, dass man von der Ansicht ausging, es müsse die Erheblichkeit des Irrtumes über einen Umstand davon abhängen, ob dieser Umstand Identität oder Qualität sei. Wäre dies letztere wirklich der Fall, so würde alles von naturphilosophischen Vorfragen¹⁾ abhängen, nämlich den Fragen, woran man erkenne, ob etwas eine Qualität sei und was man sich unter dem Wesen einer Sache zu denken habe, die Summe ihrer Eigenschaften oder das Ding an sich, welches freilich keinen Tauschwert hat²⁾. Namentlich die erstgenannte, gewiss höchst interessante Frage ist neuerdings durch Zitelmann in den Mittelpunkt der vorliegenden Erörterung gestellt worden³⁾.

¹⁾ Savigny, System III S. 277, meint zwar, bei der Lehre über die Erheblichkeit des error in substantia „werden wir uns weniger an abstrakte Begriffe halten dürfen, als an die im wirklichen Verkehre herrschenden Ansichten und Gewohnheiten“. Berechtigtes Aufsehen erregt die Darstellung dieser Lehre von Sokolowski, Die Philosophie im Privatrecht, Halle a. S. 1902 S. 296 ff. Ihm zufolge haben sich die römischen Juristen in der Lehre vom Sach- und Eigenschaftsirrthum in ihren Entscheidungen nicht von den Parteiwünschen und Verkehrsinteressen leiten lassen, sondern von philosophischen Schulmeinungen. Den Einfluss dieser Meinungen auf die römische Redeweise nachgewiesen zu haben, ist m. E. ein unleugbares Verdienst der vortrefflichen Schrift. Dass aber diese Redeweise nur ein Mäntelchen war, das die Römer ihren praktisch-politischen Gedanken umhingen, nehme ich trotzdem an, weil es der Wahrscheinlichkeit entspricht, deren Beachtung für mich das Hauptgebot bei jeder Geschichtsforschung ist.

²⁾ Darüber waren sich auch die Römer klar, obwohl sie Kants Erkenntnislehre noch nicht kannten; vgl. aber auch Sokolowski a. a. O. und über die Gleichgültigkeit der von den sinnlich wahrnehmbaren Eigenschaften abstrahierten Individualität Thomsen, Die rechtliche Willensbestimmung S. 39 ff., gegen Zitelmann.

³⁾ Zitelmann definiert (S. 442): „Eigenschaft ist alles, was von den Dingen ausgesagt werden kann“ (vgl. oben S. 57 Anm. 3). Ausserhalb der Irrthumslehre bedeutet freilich qualitas auch eine Prädialservitut, also die Situation einer Sache in einer Beziehung zu einer anderen, in der zur Bewirtschaftung der ersteren die andere dauernd belastet ist (l. 86 dig. de verb. sign. 50, 16). Daraus dürfte hervorgehen, dass die römischen Juristen das Wort qualitas auch auf bloss in der Aussenwelt bedeutsame Situationen bezogen, nicht bloss auf sinnlich wahrnehmbare Eigenschaften beschränkt haben. Ob sie dabei aber über die den Wert erhöhenden Eigenschaften hinaus-

Der Verfasser hofft zunächst darin keinem Widerspruche zu begegnen, dass der bloße error circa qualitatem, d. h. die Voraussetzung einer Eigenschaft, auf welche es dem Irrenden bei dem Vertragsschlusse gar nicht ankam, völlig gleichgültig ist¹⁾. So z. B. wenn ich glaube, dass eine von mir gekaufte ordinäre Holzkiste aus einer anderen gewöhnlichen Holzart besteht, als es tatsächlich der Fall ist, während es mir offenbar auf diesen Unterschied nicht ankommt. Allein selbst der error in qualitate muss unbedingt unberücksichtigt bleiben,

gegangen sind, ist zweifelhaft. So war es sicherlich unrömisch, dass man die Obligationen in früherer Zeit als qualitates morales bezeichnete (Bönigk, Gothofredi digesta in ordinem naturalem reducta, Lipsiae et Halae 1714 S. 120. Das BGB. unterscheidet in einer nicht leicht verständlichen Weise Eigenschaften und Umstände einer Person in den §§ 1333, 1334; vgl. Ecks Vorträge über das BGB. S. 376 Anm. 3. Noch zweifelhafter ist die Bedeutung des Wortes substantia, welches bekanntlich in der Niessbrauchslehre den bleibenden und sich nicht gleich den Früchten periodenweise erneuernden Teil bedeutet. Dieses Wort wird bald mit qualitas, bald mit *oñota*, bald mit materia bald auch mit „qualitas essentialis“ identifiziert, bald will man damit soviel wie „Individualität“ sagen, also den error in substantia dem error in re gleichstellen, bald soviel wie „Gattungsmerkmal“, bald auch in der Art Savignys (System III S. 276) diejenigen Qualitäten damit kennzeichnen, welche nach der Ansicht des Verkehres wesentlich sind. Manche huldigen sogar der Anschauung, als ob sich bei einer Sache, wenn man sie an und für sich betrachtet, gewisse Eigenschaften als wesentliche wahrnehmen liessen, während Savigny genug philosophische Einsicht besass, um hervorzuheben, dass man von Wesentlichkeit überhaupt nur reden kann, wenn man angibt, von welchem Standpunkte aus die Wesentlichkeit festgestellt werden soll, da von verschiedenen Standpunkten aus verschiedene Eigenschaften derselben Sache wesentlich oder unwesentlich erscheinen (vgl. Savigny, System III S. 290 Anm. z.). Dies gilt noch jetzt für die Deutung des zweifelhaften § 119 Abs. 2 BGB. Vgl. über materia und substantia Richelmann, Einfluss des Irrtums S. 50 ff., Zitelmann S. 574 ff. und jetzt Sokolowski a. a. O. S. 255 ff. Es würde in der That sehr unpraktisch gewesen sein, wenn die Römer einen juristisch-erheblichen Umstand mit einem so vieldeutigen philosophischen terminus technicus bezeichnet hätten. Vgl. überhaupt auch noch Windscheid, Pandekten § 70 Anm. 12, 13, 14; Dernburg, Lehrbuch des preuss. Privatrechts § 108 Anm. 13, 15; Entsch. des Reichsoberhandelsgerichts Bd. 22 S. 392; Sokolowski liest S. 255 aus dieser Stelle meiner Schrift heraus, dass ich mit Cujacius die Identität von substantia, materia und qualitas vertrete. Ob er dies mit Recht tut, überlasse ich dem Urteile des Lesers.

¹⁾ So Savigny a. a. O. S. 293 und in seinen Beispielen S. 298 ff.

wenn nicht in der Abrede ausdrücklich oder stillschweigend davon die Rede war, dass die Qualität prästiert werden soll. Wenn z. B. ein Leuchter als Messingware verkauft wird, so kann sich der Käufer nicht darauf berufen, dass er lediglich durch die törichte Hoffnung, ein goldenes Stück zu erwerben, zu dem Kaufe bewogen worden sei. Dabei kann es durchaus nicht darauf ankommen, ob es sich um eine nach der Verkehrsansicht wesentliche Eigenschaft handelt, was in der That hier der Fall ist. Anderes als bei letztwilligen Verfügungen, bei welchen schon der irrige Beweggrund nichtige Legate nach sich zieht, si aliter legaturus non fuisset¹⁾, gilt eben bei den Geschäften, die einer sofortigen Zuverlässigkeit bedürfen. Hier zeigt es sich deutlich, dass Savigny nicht ein Vertreter der früher herrschenden Lehre, wie sie z. B. Sintenis²⁾ klar ausspricht, war. Savigny hat zwar auf S. 278 sich so ausgedrückt, als ob ein jeder Vertrag nichtig sei, wenn die Abrede hinsichtlich einer nach der Verkehrsansicht wesentlichen Eigenschaft nicht der Wirklichkeit, d. h. der Beschaffenheit des Geschäftsgegenstandes entspricht. Nachdem er jedoch S. 259 zur Genüge auseinandergesetzt hatte, dass die dem Mitkontrahenten nicht erkennbare Differenz zwischen Wille und Erklärung grundsätzlich gleichgültig sei, durfte er erwarten, dass man das von ihm Gesagte in seinem Sinne einschränken werde. Tut man dies, so kommt man schon nach Savignys Auseinandersetzung zu dem Ergebnisse:

Der error in qualitate kann überhaupt bei den zuverlässigkeitsbedürftigen Geschäften als Nichtigkeitsgrund nur in Frage kommen, wenn er bei dem Vertragsabschlusse in erkennbarer Weise „eine Differenz zwischen Wille und Erklärung“ nach sich zog, d. h. also wenn seine Abwesen-

¹⁾ Über Schenkungen u. dgl. vgl. das im § 21 Ausgeführte.

²⁾ Das praktische gemeine Zivilrecht § 22 d, wonach ein Irrtum über Eigenschaften dann ein nichtiges Geschäft nach sich ziehen soll, wenn der Irrtum die Substanz, d. i. den Stoff, und solche Eigenschaften des Gegenstandes betrifft, dass dieser als ein solcher von anderer, d. i. von der gemeinten (also nicht der verabredeten) verschiedenen Art erscheint. Vielleicht dachte aber auch Sintenis bei dem Wort „meinen“ nur an den Sinn der Erklärungen.

heit eine unerlässliche Vorbedingung des Geschäftsabschlusses sein sollte¹⁾.

Der Irrtum über eine Eigenschaft kann sich sowohl auf eine solche Eigenschaft beziehen, die eine herbeizuschaffende oder umzugestaltende Sache haben soll, als auch auf eine solche, welche eine in bezug genommene Sache bereits hat²⁾.

In beiden Fällen kann der vorliegende Irrtum als Nichtigkeitsgrund durch Auslegung dann festgestellt werden, wenn im Sinne der Parteierklärung das Erklärte nicht gelten soll, falls der Irrtum vorliegt.

In diesem Rahmen aber sind nun wieder zwei Fälle möglich:

1. Der eine Kontrahent verlangt die Eigenschaft als eine unerlässliche Bedingung, der andere erklärt aus Missverständnis, dass er das Geschäft nur ohne die Setzung dieser Bedingung wolle. Dabei kann

a) das Geschäftsobjekt bloss der Gattung nach bestimmt sein.

Hier liegt ein error in genere vor. So, wenn ein Kaufmann zehn Dutzend schwarzer Handschuhe bestellt und von der anderen Seite die Bestellung von ebensoviel Handschuhen in einer beliebigen Farbe angenommen wird. Dieser Fall ist schon oben erörtert (§ 25).

b) Das Geschäftsobjekt ist nicht bloss gattungsmässig, sondern daneben auch noch individuell, d. h. durch die Be-

¹⁾ Dass die bloss vorausgesetzten (ädilizischen) Eigenschaften nicht ohne weiteres als Inhalt einer Gültigkeitsbedingung anzusehen sind, dürfte hier doch wohl klar genug ausgesprochen sein. Merkwürdigerweise hat dies Sokolowski a. a. O. S. 291 übersehen, woselbst es heisst: „Überdies ist uns Leonhard auch noch den Beweis dafür schuldig geblieben, weshalb der Irrtum über stillschweigend vorausgesetzte Eigenschaften durchaus zur Vernichtung des Rechtsgeschäfts führen muss“. Den Beweis einer so verkehrten Behauptung zu führen, würde mir freilich schwer fallen. Glücklicherweise habe ich sie nicht aufgestellt. Hierdurch erledigt sich Sokolowskis Widerspruch, den er übrigens ausdrücklich nur gegen einen Teil meiner Irrtumslehre richtet (a. a. O. S. 292).

²⁾ Zweifelhaft ist, ob nicht § 119 Abs. 2 sich bloss auf den ersteren Fall bezieht. Näheres unten § 33.

zeichnung eines ihm ausschliesslich zukommenden Merkmales bestimmt¹⁾.

Dies ist nicht schon dann der Fall, wenn bei einem Genusvertrage auf gewisse Individuen zur besseren Veranschaulichung des Vertrages hingewiesen wird, ohne dass dabei die Verpflichtung übernommen wird, gerade diese Stücke zu liefern. So z. B. wenn jemand, der Kaffeesäcke verkauft, auf einige Säcke der gewünschten Art hinzeigt²⁾. Hier liegt höchstens eine falsa demonstratio vor. Beide sind darüber einig, dass sich die Erklärung nicht gerade nur auf das gezeigte Objekt beziehen soll. Eine individuelle Bestimmung liegt aber dann vor, wenn jemand sich ein bestimmtes Stück aussucht, z. B. ein Paar Handschuhe aus einer Anzahl von Paaren auswählt³⁾.

Dabei kann ein Dissens in der Art vorkommen, dass der Käufer z. B. andeutet, er nehme die Handschuhe nur unter der Bedingung, dass sie von Ziegenleder seien, der andere aber bei der Annahme erkennbar macht, dass er die gesetzte Bedingung überhört habe, z. B. die Handschuhe als kalbslederne bezeichnet. Nimmt dann der Käufer die Handschuhe, so hat er stillschweigend auf jene Bedingung verzichtet⁴⁾. Liegen jedoch Umstände vor, welche eine solche Deutung ausschliessen, z. B. wenn ihm die Handschuhe vorher zur Ansicht zugeschickt waren, und er sie auch nachher nicht in Gebrauch nimmt⁵⁾, so dissentieren die Parteien bei der gesetzten Geschäftsbedingung. Ob die Eigenschaft, auf welche sich der Dissens bezieht, eine nach der Verkehrsansicht wesentliche ist, dürfte dabei zunächst gleichgültig sein, da es jedem überlassen

¹⁾ Vgl. Zitelmann S. 595 über die Eigenschaft als Individualisationsmoment.

²⁾ Dieses Beispiel findet sich in Dernburgs Lehrbuch des preuss. Privatrechts § 108 Anm. 11.

³⁾ Hierbei hüte man sich davor, das Kaufgeschäft und die ihm folgende Tradition zu vermischen.

⁴⁾ Das gleiche gilt auch vom Identitätsirrtume. So bemerkte schon Gratianus, Causa 29 qu. 1, dass die Ehe zwischen Jakob und Lea in dieser Weise nachträglich gültig geworden sei. Vgl. oben Bd. I S. 168 ff.

⁵⁾ Wer eine Ware anders als bloss probeweise in Gebrauch nimmt, gibt eine stillschweigende Erklärung dem Verkäufer gegenüber sogleich ab (BGB. § 151).

bleibt, beliebige Bedingungen zu setzen¹⁾. Die Verkehrsansicht kommt hier nur so weit in Betracht, als sie überhaupt bei der Auslegung von Willenserklärungen bedeutsam ist²⁾. Wie überhaupt dasjenige, was jemand mit gewissen Worten oder mit einem gewissen Verhalten sagen will, im Zweifel, also nur in zweiter Linie, nach dem Verkehrsüblichen bestimmt wird, so ist auch die Frage, ob jemand eine Eigenschaft zur Geschäftsbedingung mache oder nicht, in dieser Weise zu beantworten. Eine besondere Berücksichtigung der Verkehrsanschauung für die Lehre vom Eigenschaftsirrthum gibt es also nicht.

Auch im BGB. reicht für die Nichtigkeitsfrage bei Eigenschaftsirrthümern § 133 vollkommen aus. Für die Anfechtungsfrage legt dagegen § 119 Abs. 2 das alleinige Gewicht auf Verkehrsanschauungen. Wer absonderliche Wünsche hat und sie bei dem Vertrage nicht geltend macht, verdient hiernach die ausserordentliche Rechtshilfe des § 119 nicht³⁾.

Bei dem Dissense in einer Geschäftsbedingung sind nunmehr noch zwei Fälle zu unterscheiden:

Die Eigenschaft, hinsichtlich deren die Parteien dissentieren, kann zugleich dieselbe sein, nach welcher das Geschäftsobjekt überhaupt als Individuum auffindbar gemacht worden ist, da man ein Individuum nicht nur nach seiner augenblicklichen räumlichen Lage oder seinem Namen, sondern auch nach einer ihm ausschliesslich zukommenden Eigenschaft feststellen kann. So z. B. wenn der A das Wagenpferd des B kaufen will, dieser aber aus Versehen hinsichtlich seines Reitpferdes zustimmt. Oder wenn die Abrede zweideutig ist, weil zwei Wagenpferde existieren und eine innere Übereinstimmung nicht vorlag, weil der eine an das Reitpferd dachte, während der andere von dem

¹⁾ Dieses verkennt auch Savigny, System III S. 283 Anm. 1, keineswegs. Vgl. auch Bekker, KrVJSchr. III S. 188; Zitelmann S. 552.

²⁾ Schon Berger (oeconomia juris, Lipsiae 1734 § 17 p. 669) bemerkt über das Erkennungsmerkmal des error substantialis: in dubio, quid actum sit, collegi ex intentione partium eaque declarata ex consuetudine personae, loci. Diesen ganz modernen „subjektiven Standpunkt“ hält namentlich Sokolowski a. a. O. S. 329 für unromisch. Die nachfolgende Exegese sucht darzutun, dass er mit den Quellen, wenn nicht notwendiger-, so doch möglicherweise zusammenstimmt.

³⁾ Näheres unten § 33.

Wagenpferde sprach¹⁾. In solchem Falle zieht der error qualitatis notwendigerweise einen error in re nach sich²⁾. Dieser Fall ist also schon in der Lehre vom error in re mit erörtert. Der Dissens über die als Geschäftsbedingung vorausgesetzte Eigenschaft kommt daher nur in solchen Fällen neben dem error in re in Frage, in welchen die Sache in der Abrede anders individuell bestimmt ist, als gerade nach der Eigenschaft, also z. B. durch Ansehen oder Angreifen.

2. Neben dem Dissense über eine unerlässliche Geschäftsbedingung kann auch hinsichtlich einer solchen Eigenschaft ein Widerspruch der Erklärungen stattfinden, welche in erkennbarer Weise nicht als Geschäftsbedingung gelten, aber doch nicht gleichgültig sein, vielmehr zu den sog. dicta promissa gehören oder auch nur als vorausgesetzte Eigenschaft im Sinne des ädilizischen Edikts gelten soll. Dies wird dann der Fall sein, wenn die Sache neben der erwähnten Eigenschaft noch andere hat und diese für den Erwerber so wichtig sind, dass er die Sache auch ohne jene Eigenschaft lieber will, als eine Ungültigkeit des Geschäftes. So, wenn jemand ein Bild von Raphael in einem vergoldeten Rahmen kaufen zu wollen erklärt und der Verkäufer zustimmt, obwohl das Bild zwar echt, der Rahmen jedoch nicht vergoldet ist, oder wenn ein alter Kodex im Schweinslederbande verkauft ist und der Einband sich nachträglich als ein Pappdeckel herausstellt. Hat hier der Verkäufer diese Eigenschaft nicht versprochen, vielmehr aus Missverständnis erklärt, dass er glaube, sie sei nicht verlangt, so ist dies ein Dissens, der nicht beachtet wird³⁾. Hat dagegen der Verkäufer die Eigenschaft versprochen und nicht prästiert, so gilt zwar sowohl der Kauf, als auch die Tradition des mangelhaften Gegenstandes, die Erfüllung des Kaufes erweist sich jedoch als unzulänglich, und es muss insoweit, als

¹⁾ Vgl. Zitelmann 8. 595: Die Eigenschaftsbezeichnung kann Individualisationsmoment sein.

²⁾ Westenberg spricht geradezu von einem error in qualitate der simul errorem in corpore involvit (Joannis Ortwinii Westenbergii, principia juris tom. I, Lipsiae 1754 pag. 474). Das ist auch durchaus richtig.

³⁾ l. 34 rer dig. de contrah. empt. 18, 1. Bartolus ad hanc legem: dissensus circa accessoria pactum non vitiat.

der Käufer darunter leidet, das Erfüllungsinteresse gewährt werden.

Das römische Recht unterscheidet hier übrigens sehr fein zwischen den Eigenschaften, deren Vorhandensein der Käufer erwarten durfte, und denjenigen, deren Vorhandensein ihm noch besonders zugesagt worden ist.

Im alten Rechte galt, wie überall auf einer niedrigen Kulturstufe, der Grundsatz: „Augen für Geld“. Die Verkehrsansicht ging dahin, dass der Veräußerer nur für das ganz besonders Versprochene hafte. Dies wurde im Edikt der Ädilen geändert. Es haftet der Verkäufer seitdem auch ohne jedes Versprechen für alle gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften, jedoch nur in besonderer Art und nur in kurzen Fristen. Da hierdurch den Interessen der Käufer vollauf Genüge geschah¹⁾, so hat man bis heutzutage daran festgehalten, dass das Vorhandensein einer Eigenschaft nicht ohne weiteres als Bedingung oder auch nur als Gegenstand eines dictum promissum gilt. Nur wo die Eigenschaft mit Worten oder durch solche stillschweigende Erklärungen, welche den Charakter des specialiter

¹⁾ In späterer Zeit wird man wohl angenommen haben, dass die Parteien den Inhalt des ädilischen Ediktes stillschweigend in die *lex contractus* aufnahmen, eine strengere Haftung jedoch nicht. (Wichtig zur Deutung des § 199 Abs. 2; s. § 33.) Das Verhältnis der ädilischen Grundsätze zu dem Nichtigkeitsbegründenden Eigenschaftsirrthum ist also folgendes: Ist die Eigenschaft auch nur von einer Seite als Geschäftsbedingung aufrecht erhalten, oder ist sie von beiden Seiten als Geschäftsbedingung gesetzt, so ist die Abrede nichtig, wenn sie sich auf ein Stück richtet, dem diese Eigenschaft fehlt. Ist sie als Nebenleistung besonders versprochen, so wird für dicta promissa gehaftet. Liegen diese Fälle nicht vor, durfte aber die Eigenschaft dennoch als vorhanden vorausgesetzt werden, so erscheint eine Haftung in den ädilischen Fristen und nach Massgabe dieses Ediktes als genügend. Dass also die ädilischen Klagen gegenüber den Nichtigkeitsgründen und den dicta promissa einen subsidiären Wert haben, ist oft anerkannt worden (vgl. Ludovici, *doctrina pandectarum*, Halae 1734 pag. 321; Heineccius, *elementa juris civilis secundum ordinem institutionum*, Lipsiae 1766 § 904 p. 235). Die von Pfersche, *Zur Lehre vom sogenannten error in substantia*, Graz 1880 S. 98, vorgeschlagene Vermischung dieser Lehren dürfte von zweifelhaftem legislatorischem Werte sein. Auch das preussische Landrecht hat diese verschiedenen Institute nicht genügend auseinandergehalten (Tl. I Tit. 5 §§ 319 ff.). Diese Anmerkung ist ein Beweis für S. 74 Anm. 1. Über § 119 Abs. 2 s. unten § 33.

expressum haben¹⁾, klargelegt worden ist, z. B. durch Vorführung eines Sklaven in dem Gewande eines Mannes²⁾, durch Ausbietung eines Gegenstandes, der äusserlich wie ein Pianino aussieht, während er vielleicht in Wahrheit ein Bücherschrank in absonderlicher Form ist usw.; nur dort kann angenommen werden, dass auf sie entweder als Bedingung oder in besonderen Fällen auch nur als dictum promissum Gewicht gelegt werden soll³⁾. Auch selbst hier ist es möglich, dass die Erwähnung einer Eigenschaft sie weder zur Bedingung, noch zu einem dictum promissum machen soll, sondern nur als ein offenbar zweckloses epitheton ornans erwähnt. So z. B. wenn ein Gast im Wirtshause ein Stück Gänsebraten an sich nimmt, indem er es dabei als Entenbraten bezeichnet, oder wenn jemand einen künstlich geschnitzten Stock, um mit seiner Kenntnis der verschiedenen Holzarten zu prahlen, als Eichenstock bezeichnet, während es Fichtenholz ist. Die Grenze zwischen diesem Falle und der wahren Bedingung ist nach den allgemeinen Auslegungsregeln festzustellen⁴⁾. Das ältere Recht, welches die richterliche Willkür mehr fürchtete, als die Härte des Rechtes, und den schlaunen Kaufmann vor dem unvorsichtigen Käufer bevorzugte, scheint alle Erwähnungen von Eigenschaften bei einem Abschlusse über individuell bestimmte Gegenstände für gleichgültige *falsae demonstrationes* oder *errores nominis* gehalten zu haben⁵⁾. Wir dagegen werden sehr oft annehmen müssen, dass

¹⁾ Vgl. über den Gegensatz des „*expressis verbis dictum*“ und des „*specialiter expressum*“ oben Bd. I S. 214 ff.

²⁾ Vgl. das unten zu der I. 11 § 1 de *contrah. empt.* Ausgeführte.

³⁾ Auch diese Bemerkung ist ein Beweis für S. 74 Anm. 1.

⁴⁾ Zitelmann S. 597 verlangt die „Form einer Bedingung“. Vgl. ebenda S. 500.

⁵⁾ Dies war vielleicht noch die Ansicht des Marcellus. *arg. l. 9 § 2 dig. de contrahenda empt. 18, 1.* Anders Ulpian, dessen Ansicht Justinian rezipiert hat. Allen denjenigen, welchen das Endziel der Jurisprudenz in unbeugsamen Regeln zu bestehen scheint, muss die formalistische Ansicht sympatisch sein. Sie verträgt sich jedoch weder mit dem Redlichkeitsgeföhle einer höheren Kulturstufe, noch mit den Bedürfnissen eines entwickelten Verkehrslebens, welches die rücksichtslose Ausbeutung des Beschränkten durch den Schläueren perhorresziert. Sie geht davon aus, dass niemand etwas annehmen soll, was er nicht vorher genau geprüft hat.

die Partei, wenn sie eine Eigenschaft bei dem Erwerbe einer Sache nennt, falls diese Eigenschaft besonders wichtig ist, damit möglicherweise eine Bedingung setzen will.

Dass eine solche Bedingung vereinbart ist, werden wir anzunehmen haben, wenn auch nur der eine sie verlangt und der andere nicht in erkennbarer Weise widerspricht.

Ehe wir uns den Quellen zuwenden, wollen wir kurz rückblickend die Eigenschaften, welche bei einer Abrede in Betracht kommen können, klassifizieren¹⁾:

1. Eigenschaften, welche, wenn auch nur von einer Seite, als unerlässliche Vorbedingungen der Geltung des Geschäftes genannt und aufrecht erhalten sind. Sie können in gewissen Fällen einen error in genere oder in re in sich schliessen;
2. diejenigen, welche diesen Charakter nicht haben, jedoch trotzdem prästiert werden sollen (dicta promissa);
3. diejenigen, welche zweckloserweise als epitheta ornantia genannt sind;
4. diejenigen, deren Gewährung gar nicht verabredet ist, die aber gewöhnlich vorausgesetzt werden. (Diese sind für die ädilischen Klagen wichtig²⁾);
5. diejenigen, welche nicht verabredet sind, auch bei Abreden der vorliegenden Art nicht gewöhnlich vorausgesetzt werden, sondern bloss von dem konkreten Kontrahenten irrthümlicherweise vorausgesetzt und für ihn bestimmend waren. Diese sind insofern von Bedeutung, als ihre Voraussetzung und deren bestimmende Kraft, ebenso wie ihr Nichtvorhandensein dem Mitkontrahenten vielleicht bekannt waren. Dann hat dieser einen Betrug begangen. In allen anderen Fällen ist der Irrtum über solche Eigenschaften für die Nichtigkeitsfrage selbst dann unerheblich, wenn sie nach der Verkehrsansicht wesentliche sind⁴⁾.

¹⁾ Auch dies ist ein Beweisstück für S. 74 Anm. 1.

²⁾ Über ihr Zusammentreffen mit den Eigenschaften des § 119 BGB. Abs. 2 s. unten § 33.

³⁾ Als Anfechtungsgründe können sie aber trotzdem nach § 119 Abs. 2 BGB. in Frage kommen. Auch nach römischem Rechte halte ich jetzt eine in integrum restitutio wegen ihrer irrigen Annahme nicht für undenkbar.

6. Auch als Voraussetzung einer *condictio indebiti* können Eigenschaften in Frage kommen, wenn die Leistung des *indebitum* auf ihrer irrigen Voraussetzung beruhte¹⁾. So z. B. wenn dem Vermächtnisnehmer das kleinste Pferd vermacht ist und der Erbe in einem Irrtum über die Grösse ein grösseres leistet.

Wenden wir uns nunmehr den Quellen zu und übersetzen wir sie möglichst wörtlich ohne vorgefasste Meinungen.

Eine der wichtigsten Stellen ist I. 9 § 2 dig. de contr. empt. 18, 1 (Ulpianus):

Inde quaeritur, si in ipso corpore non erratur, sed in substantia error sit, ut puta si acetum pro vino veneat, aes pro auro²⁾ vel plumbum pro argento vel quid aliud argento simile, an emptio et venditio sit. Marcellus³⁾ scribit libro sexto digestorum emptionem esse et venditionem, quia in corpus⁴⁾ consensus est, etsi in materia sit erratum. ego in vino quidem consentio, quia eadem prope *ovola* est, si modo vinum acuit: ceterum si vinum non acuit, sed ab initio acetum fuit, ut embamma, aliud pro alio venisse videtur. in ceteris autem nullam esse venditionem puto, quotiens in materia erratur.

Diese Stelle sagt wörtlich übersetzt folgendes:

„Wenn zwei Kontrahenten darüber einig sind, dass ein bestimmtes Ding verkauft sein soll, dabei jedoch aus Irrtum hinsichtlich der substantia (d. h. des genannten Stoffes)⁵⁾ ein unerwünschtes Stück geliefert worden ist, welches der erwähnten Beschaffenheit der Sache nicht entspricht (kürzer: „wenn die Kontrahenten sich hinsichtlich

¹⁾ Der ersten Auflage fehlte diese Nr. 6.

²⁾ Wahrscheinlich ist an Geräte gedacht, da bestimmte corpora in bezug genommen worden sind. So mit Recht Savigny S. 278 nota a.

³⁾ Zitelmann S. 566 hält diese rigorose Anschauung des Marcellus für die richtige. Anders Justinian, welcher Ulpian's Meinung rezipiert hat. Vgl. zu dieser Stelle auch noch Brinz, Pandekten S. 1405.

⁴⁾ Es ist also ein bestimmtes Stück gekauft, nicht etwa ein Stück einer bestimmten Sorte.

⁵⁾ Die erste Auflage übersetzte substantia mit: „die zur Bezeichnung der Sache erwähnten Begriffsmerkmale“. In der Sache war dies dasselbe wie „der genannte Stoff“, in der Form ungeschickt.

der bei der Abrede genannten Begriffsmerkmale in der veräusserten Sache vergriffen haben“), z. B. wenn eine Flüssigkeit, welche acetum ist, als Wein, ein Stück Erz als Gold etc. verkauft worden ist¹⁾, so ist fraglich, ob der Kauf gilt. Marcellus meint, dass bei individueller Bezeichnung der Sache ein Missgriff in der Benennung ihres Stoffes nicht als Einfügung einer Geschäftsbedingung aufzufassen sei“ (sondern höchstens als dictum promissum?). Ulpianus meint, die Annahme eines gültigen Kaufes sei hier bei dem acetum bisweilen richtig; denn acetum bedeute zweierlei, einmal: den sauer gewordenen Wein, welcher unter den Begriffsumfang (*ovota*) des Weines mitfalle und daher unter dem Namen vinum mitinbegriffen sei. Zweitens bedeute es aber wirklichen Essig (*embamma*). Dieser falle nicht unter den Begriff vinum, sei also etwas anderes, als verabredet worden, da man die Benennung der Flüssigkeit als vinum dahin deuten müsse, dass sie nur gekauft sein solle, wenn sie eben vinum ist. Das gleiche gelte natürlich auch, wenn aes pro auro usw. verkauft sei, so dass in den vorliegenden Fällen (in ceteris, durchaus nicht etwa immer) der Verkauf nichtig ist, falls hinsichtlich des Stoffes etwas anderes verabredet war, als nach der Beschaffenheit des Geschäftsgegenstandes geleistet werden konnte“.

Wenn man in dieser Stelle Schwierigkeiten und sogar metaphysische Verirrungen gefunden hat, so kam dies daher, dass man die Worte quae eadem est *ovota*²⁾ irrigerweise mit „quam vini *ovota* est“ statt mit „atque quae in venditione nominata erat“

¹⁾ Aliquid pro vino venit heisst: „es wird etwas bei der Lieferung als Wein bezeichnet“. Die blosse Meinung, dass es Wein sei, würde bezeichnet sein durch: „pro vino acquiri putatur“. Vgl. hierzu § 377 HGB.

²⁾ „Dasselbe Ding“. Ulpian braucht hier m. E. das Wort *ovota* völlig zwanglos, wie wir das Wort „Ding“ verwenden. Dagegen geht freilich die herrschende Meinung, welche schon seit Zitelmanns Irrtum u. Rechtsgeschäft S. 568 von einer tief sinnigen *ovota*-Theorie Ulpians redet; vgl. namentlich Ehrlich, Ulpian's *ovota*-Theorie i. d. Festschr. für Scialoja, Prato 1904; Sokolowski, Die Philosophie im Privatrecht S. 239 ff. Im wesentlichen stimmen dem Verf. zu Graf Piniński, Tatbestand des Sachbesitzerwerbs S. 518; v. Hollander, Zur Lehre vom error S. 111 ff. gegen Lotmar, KrVJSchr. Bd. 26 § 26. Durch-

ergänzte, während doch das letztere vom grammatikalischen Standpunkte aus das näher liegende war¹⁾. Man verglich also nicht die einzelne gelieferte Sache mit der versprochenen Art, sondern ihre Art im ganzen mit der Art der zugesicherten Sache. Dabei musste es freilich wunderbar erscheinen, dass man den sauer gewordenen Wein dem unverdorbenen gleichstellte und nicht dem als Wein ebenso unbrauchbaren Essig. Man verlor somit den in dem Inhalte der Abrede liegenden festen Vergleichungsmaßstab und suchte einen anderen in der Physik oder Metaphysik, indem man *ovota* mit *qualitas essentialis*²⁾ statt mit *genus in contractu nominatum* übersetzte. Dieses hat die gewaltige Autorität der Glosse verschuldet. Wie wenig sie eine solche Autorität an dieser Stelle verdiente, ergibt ihr Wortlaut.

glossa ad h. l. usia:

quia vinum est calidum et humidum sed acetum frigidum et siccum.

aus im Einklange mit der Auffassung des Textes ist Bechmann, Der Kauf II S. 450 ff. — Hölder (KrVJSchr. 14 S. 576) meint, Ulpian habe sich durch physikalische Gesichtspunkte leiten lassen. Vgl. auch Pfersche, Zur Lehre vom sog. error in substantia, 1880, S. 15 ff.; Hartmann, Dogm. Jahrb. Bd. 20 S. 48, 49.

¹⁾ Richtig erklärt Ulpianus' Entscheidung Hankoph (praeside Struvio) de effectu erroris in contractu emti venditi Kilonii, 1749, p. 38. quia tempore contractus adfuit illa substantialis qualitas, quae in contractu fuerit supposita, ac proinde objectum contractus non defuit. Dasselbe scheint auch Kern (de errore contrahentium, Gottingae 1806, § 4 S. 42) anzunehmen; denn er erklärt den error circa qualitates dann für erheblich, si implementum negotii ob id (— offenbar nicht schlechtweg, nur „in der verabredeten Art“ —) impossibile. Auch die Ansichten von Kritz, Sammlung von Rechtsfällen und Entscheidungen IV S. 345 ff. (1845), von Wächter, Württemb. Privatrecht II S. 747 ff. (1841), stehen der richtigen Ansicht sehr nahe; vgl. aber auch über dieselben und über Renaud, Archiv f. ziv. Praxis Bd. 28 S. 217 ff., Zitelmann S. 550 Anm. 529.

²⁾ Vgl. Justi Mejeri, collegium Argentoratense t. I. Argentorati 1657, cap. 14 pag. 1000 (ad titulum 18, 1), *qualitas essentialis modo materia, modo qualitas, modo substantia appellatur*. Seine Definition: *qualitas ea, quae ad definitionem speciei pertinet* oder *quae imam atque individuo proximam speciem exprimit* stimmt so ziemlich mit den noch heutzutage üblichen Begriffsbestimmungen überein. Gegen diese Identifizierung von *qualitas* und *substantia*, die schon bei Cujacius vorlag, erklärt sich namentlich Sokolowski, Die Philosophie im Privatrecht S. 255 unter 295.

Die Entscheidung Ulpian's gilt namentlich auch dann, wenn zuerst eine Sache in genere gekauft ist und sodann aus Versehen eine Sache geliefert wird, welche nicht dem genus, von dem die Rede war, angehört; dann ist die Übergabe nichtig, natürlich nicht der Kauf, vielmehr kann der Käufer dann auf vertragsmässige Erfüllung dringen. So, wenn ich mir im Laden ein Paket Stearinkerzen kaufe und aus Versehen für mich ein Paket Talglichter eingepackt wird. Hier gebe ich die Talglichter zurück und darf die gekauften Stearinkerzen verlangen.

Ulpian's Ansicht ist daher nichts weniger als wunderbar. Eher könnte man fragen, weshalb Marcellus anderer Meinung war als er. Die erste Auflage sah in ihm den Vertreter der niederen Kulturstufe, die das ädilizische Edikt noch nicht kannte¹⁾. Dazu hat er zu spät gelebt. Eher könnte man glauben, dass er als Römer die stillschweigenden Vorbehalte bei Kaufgeschäften weniger billigte als Ulpian, der dort aufgewachsen war²⁾, wo man sich gegen die *Punica fides* zu schützen Anlass hatte. Im Weltverkehre konnte überdies der enttäuschte Käufer sich nicht mit dem ädilizischen Edikt trösten, weil es nicht überall verkündet war³⁾. Dafür half dann vielleicht die Verkehrssitte mit Einschlebung stillschweigender Bedingungen. Doch auch dies befriedigt nicht. Wahrscheinlich war Marcellus über die damals schwankende Bedeutung des Wortes *acetum* mit Ulpian uneins. Er verstand darunter nur den sauer gewordenen Wein, entschied also den vorliegenden Rechtsfall im Grunde ebenso wie Ulpian. Dieser aber meinte, dass zum *acetum* auch das *embamma* gehöre, für das er eine andere Entscheidung traf als für das *acetum* im engeren Sinne, und zwar so, wie auch Marcellus entschieden haben würde, wenn er das *embamma* in das Auge gefasst hätte.

Bei der nahezu krankhaften Abneigung, welche neuere Juristen gegen die Annahme stillschweigender Bedingungen haben, ist es nicht wertlos hervorzuheben, dass diese vielen verhasste Denkform sich durch andere gleichartige Begründungen der

¹⁾ Dagegen mit Recht Sokolowski a. a. O. S. 254 ff.

²⁾ l. 1 pr. Dig. L, 25 de censibus: Tyrionum colonia, unde mihi origo est, nobilis regionibus, serie saeculorum antiquissima.

³⁾ Gajus I 6.

Ulpianischen Entscheidung ersetzen lässt. Wenn ich Wein kaufe, der angeblich in einem bestimmten Fasse enthalten ist, so kaufe ich nicht das Petroleum, das sich statt des Weins in dem Fasse befindet, weil von diesem nicht die Rede war¹⁾. Möglich ist ja freilich, dass jemand in einem aleatorischen Geschäfte einen eingepackten Gegenstand kauft, ohne ihn zu kennen. So etwas ist aber nicht zu vermuten. Benennt man einen an bestimmter Stelle befindlichen Kaufgegenstand, so muss zu diesem Namen das Ding passen, das an dieser Stelle liegt, sonst ist es überhaupt nicht gekauft. Das wirklich Gekaufte ist dann überhaupt nicht vorhanden. Der Eigenschaftsirrtum ist hier also streng genommen nicht das Entscheidende. Den Ausschlag gibt vielmehr das Nichtvorhandensein des Kaufgegenstandes.

In zwei Richtungen entstellen namentlich die Kritiken Ulpian's seine Entscheidung:

1. Ulpian sagt nicht, dass der Käufer den sauer gewordenen Wein oder die nur zum Teil goldene Sache behalten und bezahlen müsse und bloss den Essig und das ganz und gar nicht goldene Stück zurückgeben dürfe, sondern er sagt nur, dass die Rechtsmittel, mit denen sich der Käufer hilft, in beiden Fällen verschieden sind. Dort kann er das Geschäft verneinen, hier muss er wegen fehlender *dicta et promissa* Schadensersatz verlangen oder es vermitteltst *redhibitio*, vielleicht auch durch *in integrum restitutio* anfechten, weil dort ihm schon der Wortlaut der Abrede hilft, hier bloss ihr richtig gedeuteter Inhalt.

2. Ulpian spricht nur von dem Kauf, nicht von der Tradition aus dem Kaufe. Diese ist nicht nichtig, sondern zieht höchstens eine *condictio sine causa* nach sich. Das verlangt gerade das Interesse des Käufers, der gegen den Eigenschaftsmangel geschützt werden soll.

Für dingliche Verträge ist also der Eigenschaftsirrtum grundsätzlich kein Nichtigkeitsgrund.

Diese richtige Meinung ist dann ungebührlicher Weise verallgemeinert worden.

¹⁾ Wieweit dies heutzutage bei zweiseitigen Handelsgeschäften gilt, ist nach den Schlussworten des § 377 HGB. zweifelhaft. Näheres gehört nicht hierher.

Paulus fährt in der l. 10 dig. de contr. empt. 18, 1 fort¹⁾:

Aliter atque si aurum quidem fuerit, deterius autem, quam emptor existimaret; tunc enim emptio valet.

Auch in diesem Falle ist der Käufer enttäuscht, auch in ihm stimmt die Lieferung nicht mit seiner Absicht überein, aber sie deckt sich mit der Abrede, und dies genügt (von besonderen Anfechtungsrechten abgesehen) zur Gültigkeit, weil die rechtserhebliche Absicht in dem Sinn der Abrede steckt.

Die Vertreter der alten Verkehrsanschauungen, welche nur den Gelegenheitskauf und den Hausierhandel kannten und die Kaufmannstätigkeit mehr als Freibeuterei, denn als ein des Vertrauens bedürftiges Verhalten auffassten, hatten wahrscheinlich behauptet, dass man auf die den Handel begleitende Rede darum nicht sehen dürfe, weil jeder, welcher etwas nehme, vorher die Augen schon aufgetan haben werde, ehe er den Beutel aufteue²⁾. Diesem naheliegenden Einwande der alten Theorie gegen die neuere begegnet Ulpianus an derselben Stelle (libro vicesimo octavo ad Sabinum), an welcher er die letztere vorträgt (l. 9 cit. 18, 1) mit den Worten der lex 11 pr. dig. de contrah. empt. 18, 1:

Alioquin quid dicemus, si caecus emptor fuit vel si in materia erratur vel in minus perito discernendarum materialiarum? in corpus eos consensisse dicemus? et quemadmodum consensit, qui non vidit?³⁾

In der Tat, wie soll derjenige wohl zuvor die Augen aufgetan haben, ehe er den Beutel auftat, welcher kein Augen-

¹⁾ Dass Paulus sich nicht mit der von ihm in l. 21 § 2 dig. de act. empti 19, 1 vertretenen Ansicht hier in Widerspruch setzt, wird die Auslegung dieser letzteren Stelle ergeben. Vgl. Zitelmann S. 575.

²⁾ A. M. Sokolowski a. a. O. S. 291 ff.

³⁾ Es heisst non vidit, nicht videt, wie manche anzunehmen scheinen. Nur im vorliegenden Falle schliesst das Nichtsehen den Konsens aus, nicht schlechtweg. Anders z. B. Naevius, systema juris universi, Francof. ad Moenum 1608, ad hanc legem: aspectus et visus ad actum necessarius. Auch Zitelmann S. 569 meint, dass nach dem Entscheidungsgrunde dieser von ihm getadelten Stelle ein Blinder niemals einen Vertrag abschliessen könne. Er kann ihm m. E. zwar abschliessen, aber dabei nicht als eine Partei behandelt werden, die die sichtbare Beschaffenheit des Vertragsgegenstandes billigt.

licht besitzt? Wenn ein Blinder ein Dutzend echte goldene Löffel kauft, so kann man nicht behaupten, er habe dasjenige, was man ihm als Kaufgegenstand in die Hand gab, unbedingt nicht bloss unter der Bedingung, dass es der Abrede entspricht, also auch dann, wenn es Zinnlöffel sind, angenommen. Was vom Blinden gilt, trifft auch bei dem Unkundigen zu. Wer sich ein Paar wollene Strümpfe kauft und dabei ein Paar baumwollene erhält, kann, falls er die beiden Stoffe nicht zu unterscheiden verstand, die letzteren als vertragswidrige Ware zurückgeben, weil die Bedingung, unter welcher er contrahierte, eine unmögliche war. War er dagegen etwa selber ein Strumpfhändler, so kann er die unrichtige Behauptung des Verkäufers, dass die von ihm ausgesuchten Strümpfe echte wollene seien, unmöglich weiter beachtet haben, weil er deren Unrichtigkeit selbst sah.

Dieser Hinweis Ulpianus auf die Unmöglichkeit, die im Fasse gekaufte Flüssigkeit zu sehen, ist aber ganz ernst zu nehmen¹⁾. Was man sieht, das billigt man, die Katze im Sacke aber kauft man nur, wenn es eine Katze ist. Offen daliegende Mängel nimmt man zunächst in den Kauf. Wegen solcher Eigenschaften wird man niemals eine Nichtigkeit des Geschäfts geltend machen können, weil man ihre Abwesenheit dem andern Teile nicht ohne weiteres als Gültigkeitsbedingung zumuten durfte.

Was die Gelehrtenwelt²⁾ so sehr verwundert, ist im Grunde nur die Tatsache, dass Ulpian die Flüssigkeiten nicht nach ihrem Werte klassifiziert, wie das etwa ein Trinker tun würde, sondern nach ihrer Beziehung zu dem Wortlaute des Vertrages. Als Jurist ist er eben dazu berufen, die Zuverlässigkeit des gegebenen Wortes zu wahren, nicht aber dafür zu sorgen, dass die Partei etwas Ordentliches zu trinken bekommt. Das gegebene Wort bleibt zunächst in Ehren. Wein ist Wein, Essig ist Essig. Für den Schutz gegen Schlechtigkeit des Weins

¹⁾ A. M. Sokolowski a. a. O. S. 255: „Hätten die Römer die Rechtsparömie gekannt: „Tu die Augen oder den Beutel auf, Kauf ist Kauf“, so wäre Ulpianus Argument unter Hinweis auf den Blinden vielleicht ein ganz witziger Einwand gewesen (sic!), sein Wert aber hätte sich hierauf beschränkt“.

²⁾ Insbesondere auch Sokolowski a. a. O. S. 255.

sorgt das Edikt der Ädilen, nicht aber die Vertragsauslegung (§ 133 BGB.).

Nun wird es auch klar, warum Ulpian in l. 9 § 2 dig. cit. 18, 1 von einem error in substantia redet. Substantia ist der bei der Abrede hinter einer Hülle steckende Stoff¹⁾, der bei dem Vertrage verborgene Stoff, nicht aber eine Eigenschaft des Stoffes²⁾.

Freilich meint Marcianus in der lex 45 dig. de contrahenda emptio 18, 1:

Labeo libro posteriorum scribit, si vestimenta interpola quis pro novis emerit, Trebatio placere, ita emptori praestandum quod interest, si ignorans interpola emerit. (Kaufte er sie sciens, so bekommt er sicherlich gar nichts.) quam sententiam et Pomponius probat, in qua et Julianus est, qui ait, si quidem ignorabat venditor, ipsius rei nomine teneri, si sciebat, etiam damni quod ex eo contingit: quemadmodum si vas aurichalcum pro auro vendidisset ignorans, tenetur, ut aurum quod vendidit praestet³⁾.

Auf den ersten Blick scheint Marcianus denselben Fall zu behandeln, wie Ulpianus in der l. 9 § 2 dig. h. t. 18, 1. An der letzteren Stelle wird aus einem Kaufe Essig (embamma) statt Wein, hier werden alte Kleider statt neuer geliefert, die Leistung weicht also in beiden Fällen von der Abrede ab. Dort ist der Kaufvertrag nichtig, hier kann daraus nicht bloss auf das Interesse, sondern sogar auf Nachlieferung, wo diese möglich ist, geklagt werden. Die Fälle sind aber in der Tat nicht identisch. Ulpian fragt nach der Gültigkeit des Kaufs der

¹⁾ Substantia est quod sub aliqua re stat. Im mathematisch-philosophischen Sinne steckt die Substanz hinter der Form, im Verkehrsleben steckt sie hinter der Einpackung oder hinter den Worten der Abrede. Bei dem Niessbrauche steckt die bleibende Bewirtschaftungsform hinter den immer wiederkehrenden Früchten. Bei Spinoza ist die substantia bekanntlich die Gottheit, die hinter der wahrnehmbaren Welt steht.

²⁾ Die materia ist daher ein weiterer Begriff als substantia. Sie umfaßt auch den unverhüllten Stoff der Oberfläche.

³⁾ Savigny S. 297, 265 Anm. 6 dürfte in dieser Stelle ohne Grund Anlass zu Bedenken gefunden haben. Vgl. auch Zitelmann S. 576; Thomsen S. 46, 47.

nicht versprochenen Sache und verneint sie. Marcian fragt aber nach der Verbindlichkeit des Kaufes der versprochenen Sache und bejaht sie. Beide Entscheidungen ergänzen sich, und sind beide richtig¹⁾.

Viele Schwierigkeiten und Bedenken verursachte zu allen Zeiten die lex 11 § 1 dig. de contrah. emptio 18, 1 (Ulpianus):

Quod si ego me virginem emere putarem, cum esset jam mulier, emptio valebit: in sexu enim non est erratum. ceterum si ego mulierem venderem²⁾, tu puerum emere existimasti, quia in sexu error est, nulla emptio, nulla venditio est.

Die Virginität mochte auf dem Sklavenmarkte kaum als ausdrückliche Bedingung vorkommen, weil ohne unsittliche Hintergedanken eine solche Bedingung keinen rechten Sinn hat³⁾. Stillschweigend wurde sie sicherlich nicht zur Bedingung gemacht. Wenn man dies analog auf Eheschliessungen angewandt hat, so war diese Gleichstellung des Interesses, das jemand an der Ehre seiner Frau hat, mit dem Interesse an der Ehre der Magd unpassend.

Was nun aber den zweiten Fall in unserer Stelle betrifft, so wird uns mitgeteilt, was der Verkäufer getan hat (mulierem vendidit) und was der Käufer gedacht hat (puerum emere existimavit), nicht aber, was beide verabredet haben. Wir müssen also annehmen, dass gar nichts weiter verabredet ist, als was bei solchem Vertrage als stillschweigend festgesetzt gilt. Da-

¹⁾ Der Verkauf der neuen Kleider ist also gültig, der Verkauf der fälschlich statt der versprochenen gelieferten ist nichtig; die Übergabe der letzteren ist zwar gültig, doch hat der Verkäufer eine *condictio sine causa* auf Rückgabe.

²⁾ Mommsen fragt in seiner Pandektenausgabe zu *venderem: vendere?* M. E. bedarf es der Änderung nicht.

³⁾ Auf dem orientalischen Sklavenmarkte mag vielleicht eine solche Bedingung gelten. In diesem Punkte weicht namentlich Kohler, Iherings Jahrb. f. Dogm. Bd. 28 S. 277 ff., von des Verf. Meinung ab (vgl. hierzu Sokolowski a. a. O. S. 246 ff.). Tatsächlich stand es ja mit der Sittlichkeit in der römischen Zeit schlimm genug, aber in ihren Entscheidungen haben die Juristen trotzdem das Empfinden älterer besserer Zeiten vielfach festgehalten, wenn auch nicht immer. Ich bleibe daher bei meiner Ansicht stehen. Vgl. überhaupt Savigny III S. 282. Zitelmann S. 573 bezweifelt die Richtigkeit der Ansicht Savignys.

hin gehört aber, dass die Eigenschaften prästiert werden, welche der Sache anscheinend anhaften, so z. B. dass in einer Flasche, auf welcher Essig steht, auch wirklich Essig enthalten ist. So kommt es darauf an, ob der Sklave im Männer- oder Frauengewand dem Käufer vorgestellt worden ist; denn dass der Käufer ihn gar nicht gesehen hat, ist nicht glaublich, da so wertvolle Objekte schwerlich jemals unbesichtigt gekauft wurden. Trug der Sklave Frauenkleider, so kann der Käufer ihn, von ganz ungewöhnlichen Fällen abgesehen, nicht für einen Knaben gehalten haben. Es bleibt also nur die Möglichkeit übrig, dass der Sklave in Knabenkleidern vorgeführt wurde, vielleicht weil der Käufer betrogen werden sollte, vielleicht weil der Verkäufer selbst betrogen war. Da die männliche Arbeitskraft sicherlich höher bezahlt wurde als die weibliche, so mag dieser Fall nicht selten vorgekommen sein. Hier verspricht nun der Verkäufer stillschweigend das Vorhandensein des männlichen Geschlechtes, und die Parteien machen es sogar zur Geschäftsbedingung¹⁾, weil sie den verkauften Menschen als Knaben ausdrücklich oder stillschweigend bezeichneten.

Das, was hier von Sklaven gesagt ist, darf durchaus nicht ohne weiteres auf Tiere analog ausgedehnt werden; denn der Sklavenmarkt regelte sich nach besonderen Gesichtspunkten²⁾. Nur, wo ein vermutliches Interesse des Erwerbers darauf schliessen lässt, dass das Vorhandensein des ausdrücklich oder stillschweigend in der Abrede bezeichneten Geschlechtes eine

¹⁾ Diese Auslegung der Stelle ist von Titius, einem der beachtenswertesten Schriftsteller über die Irrtumslehre, entwickelt (*Observationum ratiocinantium in compendium juris Lauterbachianum auctore Gottl. Gerh. Titio, Lipsiae 1717 obs. 514*). Ebenso auch G. A. Struvii *syntagma juris civilis ad titulum 18, 1: si tamen homo non praecise, sed in statu suo tali in emptionem veniat*.

²⁾ Savigny bemerkt sehr treffend S. 293, dass die Anfechtbarkeit der Geschäfte wegen Irrtums in den Eigenschaften stets von einem sicheren oder denkbaren Rechtsinteresse an der Anfechtung abhängt. In diesem Sinne sind seine Entscheidungen S. 298 ff. gehalten. Bruns, *Kl. Schriften, Pandektenfragmente* S. 486, meint dagegen, dass es auf das „Moment des Wertes oder Schadens“ hier gar nicht ankomme. Bruns vertritt die vom Standpunkte der seinerzeit herrschenden Lehre consequentere, Savigny die richtigere Ansicht; denn nach dem Interesse bestimmt sich der Wille.

unerlässliche Vorbedingung des Geschäftes sein soll, ist diese Analogie gerechtfertigt. So z. B. bei Singvögeln¹⁾, bei Zucht-tieren, bei Milchkühen usw. Nicht aber z. B. bei einem Pfunde Ochsenfleisch, statt dessen Kuhfleisch geliefert wird, auch nicht bei jungen geschlachteten Hähnen, die mit Hühnern verwechselt werden und so fort²⁾.

Zu den schwierigsten Aufgaben der Exegese gehörte zu allen Zeiten eine Vereinigung der *lex 41 § 1 dig. de contrah. emptione* 18, 1 (Julianus):

Mensam argento coopertam mihi ignoranti pro solida vendidisti imprudens. nulla est emptio pecuniaque eo nomine data condicetur.

mit der *lex 14 eodem*. Die soeben mitgeteilte Stelle stimmt mit der *l. 9 § 2 cit. eodem* durchaus überein. Es war eine mensa als mensa solida verkauft; sie war nicht echt, hatte somit eine andere *οὐσία* als das verabredete Objekt. Folglich ist das Geschäft wegen Setzung einer stillschweigenden Bedingung nichtig³⁾. Auch hier fehlte etwas am Kaufgegenstande, was nicht sichtbar war. Demgegenüber soll nun Ulpianus in der *l. 14 eod.* behauptet haben, dass jemand, der etwas als Gold zu kaufen

¹⁾ Wenn jemand „bei einem Gesang-Vogel eine Sise vor einen Hahn“ kauft (*commentatio theoretico-practica in doctrinam pandectarum Ludovicianam, autore J. H. Rothero, Halae 1742, S. 638 § 11*, woselbst jedoch in diesem Falle nur die *redhibitoria* als zulässig erklärt wird).

²⁾ Savigny S. 282 und Bruns a. a. O. S. 486 weisen die Analogie von dem Sklavenkauf auf den Tierkauf mit Recht zurück. Die von Savigny angeregte schwierige philosophische Frage, ob das Geschlecht unter die Begriffe *materia* und *substantia* falle, ist von dem Standpunkte des Verfassers ohne juristische Bedeutung. Nach Sokolowskis interessanten und beachtenswerten Ausführungen (S. 244 ff.) scheint sie freilich nicht ohne Einfluss auf die Redeweise der römischen Juristen gewesen zu sein.

³⁾ Oder auch wegen Sachverwechslung; denn jede erkennbare Verwechslung birgt den Ausfall einer selbstverständlichen Bedingung in sich. Zitelmann S. 580, 581 nimmt hier eine ausdrückliche Bedingung an; denn er will das *pro solida* mit *si sub conditione emptio facta intelligatur* übersetzen. Wollte man dies annehmen, so müsste man mit dem *pro novis* der *lex 45 dig. eodem* 18, 1 in gleicher Weise verfahren. Es bedarf dessen jedoch nicht. Die Annahme des Accursius, dass hier besonders verabredet worden, *ut solida mensa esset ex auro*, wird von Cujacius, *observat. lib. 2 c. IV*, verworfen, weil solche Abrede selbstverständlich sei.

glaubt und, wie man hinzusetzt, auch wirklich kauft, es behalten müsse, auch wenn es nur *inauratum* sei.

Man suchte dieses Ergebnis mit der l. 41 § 1 cit. dadurch zu vereinigen, dass man *inauratum* nicht mit „vergoldet“, sondern mit „teilweise golden“¹⁾ übersetzte und stellte so die Theorie auf, dass, wenn ein als golden verkaufter Gegenstand bloss an seiner Oberfläche eine Goldschicht trage, der Kauf nichtig sei²⁾, dagegen gelte, wenn auch noch so wenig Gold in den Stoff hineingemischt sei. Alles komme darauf an, ob die Zutat von Gold sich oben auf oder mitten in der Sache befinde.

Mit solchen Vereinigungen mag sich derjenige begnügen, welcher die Pandektenstellen für willkürliche Einfälle launischer Despoten hält. Den Verfasser würde, wenn die lex 14 wirklich jenen Satz enthielte, weniger ihr Widerspruch mit der l. 41 § 1, als derjenige mit den einfachsten Gesetzen der gesunden Vernunft verwundern. So etwas kann ein Ulpianus nicht geschrieben haben. Sehen wir uns den Inhalt der Stelle genau an: lex 14 dig. de contrah. emptione 18, 1:

Quid tamen dicemus, si in materia et qualitate ambo errarent? ut puta si ego me vendere aurum putarem et tu emere, cum aes esset?

Ulpian wirft hier die Frage auf, ob der beiderseitige Irrtum ohne weiteres das Geschäft entkräfte. Diese Frage ist später wiederholt bejaht worden, weil man übersah, dass der

¹⁾ So Cujacius, observat. lib. II cap. 4, *inauratis aurum immixtum* (woselbst sich auch sehr interessante philologische Notizen über *viriolae* finden). Ähnlich Voet, *compendium juris juxta seriem Pandectarum*, Lugduni Batav. 1688, p. 265 ad. tit. 18, 1 nro. 3; Giphanius, *antinomiarum juris civilis sive disputationum ex Giphanii praelectionibus*, Francof. 1605, III p. 61. Mudaens von Löwen (vgl. Stintzing, *Gesch. d. Rechtswissenschaft* S. 133) — dieser ist offenbar bei Lauterbach, *collegii theoretico-practici*, p. I, 1714, p. 1185, gemeint — unterschied zwischen *corpora artificialia* und *non artificialia*. Ähnlich Savigny S. 280 n. c.

²⁾ Wesembeck in Henr. Hahnii *Icti*, *observata theoretico-practica ad Matthaei Wesembecii in L libros digestorum commentarios*. 1659, I p. 986, bemerkt neque *operimentum pars est materiae ut nec vestimentum corporis*. Der Vergleich hinkt, Wesembeck hätte das *operimentum* höchstens mit der Haut, nicht mit dem Kleide vergleichen können. Pantaleon (praes. Feltzio), *excerpta controversiarum de errore*. Arg. 1713 S. 10 nimmt in der l. 41 § 1 zwei *corpora*, *mensa* und *lamina*, als vorausgesetzt an.

beiderseitige Irrtum nur dann ein nichtiges Geschäft nach sich zieht, wenn er einen Punkt betrifft, der beiderseits als unerlässlich galt. Ulpianus verneint also in der Tat die unbedingte Erheblichkeit beiderseitigen Irrtumes, indem er das folgende Beispiel anführt:

ut puta *coheredes viriolam, quae aurea dicebatur, pretio exquisito uni heredi vendidissent eaque inventa esset magna ex parte aenea?*

Es finden also Miterben in dem Nachlasse einen Armschmuck vor, von dem es heisst, er sei golden. Sie wollen ihn einem von ihnen überlassen. Sie tun also dasjenige, was Miterben noch heutzutage in solchen Fällen zu tun pflegen, wenn sie nicht selbst Goldarbeiter sind: sie lassen den Wert des Schmuckgegenstandes durch einen Sachverständigen feststellen¹⁾. Dies besagen die für gewöhnlich übersehenen Worte *pretio exquisito*²⁾. Nunmehr findet der Kauf statt. Nachher stellt sich heraus, dass die *viriola* nur zum Teile echt ist. Hätte der Erbe die *viriola* einfach in dem Laden eines Goldarbeiters gekauft, so würde Ulpian kein Bedenken gehabt haben, dem Grundsätze der l. 9 § 2 dig. h. t. getreu die vertragswidrige Lieferung für nichtig zu halten. Hier aber haben die Kontrahenten den Preis durch einen Dritten bestimmen lassen, der allem Anscheine nach bei der Abmessung desselben auf die Unechtheit des Metalls schon gebührende Rücksicht genommen hat. Hier also ist die Echtheit nicht zur Geschäftsbedingung erhoben worden, das Interesse, welches der Käufer an ihr hat, ist schon durch die Ermittlung des wahren Wertes des Gegenstandes befriedigt worden. Darum entscheidet Ulpian:

venditionem esse constat ideo, quia auri aliquid habuit.

¹⁾ Vgl. l. 10 § 1 dig. *commod.* 13, 6: *dum volo pretium exquirere*.

²⁾ Dass man *exquisitum* mit „exquisit“ = „besonders hoch“ übersetzen könnte, habe ich nicht für möglich gehalten. Da dies nun aber geschehen ist, und zwar von einem vortrefflichen Kenner unserer Quellen (Graf Piniński, *Tatbestand des Sachbesitzes* S. 521 Anm. 1), so frage ich, weshalb wohl in aller Welt Ulpian hier die Höhe des Preises betont haben soll. Bei einem niedrigen Preise wäre seine Entscheidung doch sicherlich ebenso richtig, vielleicht sogar noch ansprechender gewesen. Auf die Höhe des Preises kann daher *exquisitum* nicht bezogen werden.

Sollte freilich die *viriola* ganz und gar nicht den Anschein eines goldenen Gegenstandes haben, so würde ihre äussere Beschaffenheit von der bei der Abrede genannten so sehr abweichen, dass der Käufer, wenn er auch durch die Preisermittlung vor dem schlimmsten Schaden geschützt wäre, dennoch den von der Abrede gänzlich abweichenden Gegenstand zurückweisen können, weil über ihn überhaupt kein Geschäft abgeschlossen wurde¹⁾.

Nun schliesst Ulpian mit folgenden Worten:

nam si inauratum aliquid sit, licet ego aureum putem, valet venditio²⁾: si autem aes pro auro veneat, non valet.

Man muss hier nicht allein den Gegensatz zwischen dem *inauratum*, statt dessen sich der Käufer ein *aureum* einbildete, und dem *aes*, statt dessen dem Käufer ein *aurum* versprochen war, betonen, sondern vor allem überhaupt den Gegensatz zwischen Einbildung (*putem*) und Versprechen (*veneat*), und diese Worte etwa folgendermassen übersetzen:

„denn, wenn die Wirklichkeit der Einbildung nicht entspricht, z. B. hier das *inauratum* nicht dem *aureum*, so hindert dieses die Gültigkeit des Kaufes nicht, wenn aber die Wirklichkeit der Abrede nicht entspricht, so wenn im vorliegenden Falle statt des *aurum*, von dem die Rede war, lediglich ein *aes* geliefert worden wäre, dann gilt der Kauf nicht“.

Mit einem Worte: Nicht die einseitige Absicht ist das Entscheidende, sondern die beiderseitige Abrede.

Bei dieser Übersetzung ist die Stelle klar und verständlich und mit den übrigen Stellen nicht im Widerspruche.

Bei der *venditio aeris pro auro* kann die verkaufte Sache unmöglich sichtbar zur Stelle gewesen sein, sonst würde der Käufer sie nicht genommen haben. Sie kann also nur entweder eingepackt gewesen oder abwesend und bloss durch Worte zum Geschäftsgegenstande geworden sein.

¹⁾ Richtig, wenn auch in einem mir nicht verständlichen Widerspruche gegen meine Ausführungen, v. Hollander a. a. O. S. 114.

²⁾ Natürlich vorbehaltlich der ädilischen Rechtsmittel.

Weniger Schwierigkeiten macht die l. 58 dig. eodem 18, 1 (Papinianus):

Arboribus quoque vento dejectis vel absumptis igne dictum est emptionem fundi non videri esse contractam, si contemplatione illarum arborum, veluti oliveti, fundus comparabatur, sive sciente sive ignorante venditore; sive autem emptor sciebat vel ignorabat vel uterque eorum, haec optinent quae in superioribus casibus pro aedibus dicta sunt (nämlich in der bekannten l. 57 dig. eodem, welche von der gänzlichen oder teilweisen Nichtexistenz des Kaufgegenstandes redet).

Der Zusammenhang unserer Lehre mit derjenigen von der Nichtexistenz des Vertragsgegenstandes tritt hier klar zutage¹⁾.

Wo nur ein Kontrahent an dem Geschäfte interessiert ist, also bei den einseitig belastenden Geschäften, da kann eine Abwesenheit der verabredeten Eigenschaften von seiner Seite niemals als Nichtigkeitsgrund hervorgehoben werden, weil die Sache selbst mit schlechteren Eigenschaften ihm lieber sein wird als gar keine, sobald er nichts dafür zu leisten braucht. So entscheiden zwei Stellen:

l. 22 dig. de verborum obligationibus 35, 1 (Paulus):

Si id quod aurum putabam, cum aes esset, stipulatus de te fuero, teneberis mihi hujus aeris nomine. quoniam in corpore consenserimus: sed ex doli mali clausula tecum agam, si sciens me fefelleris²⁾.

¹⁾ Streitig ist, ob man die Nichtexistenz eines Teiles eine Eigenschaft des Restes nennen kann. Vgl. einerseits Savigny, System Bd. III S. 284, und Zitelmann S. 582, 575 a. E. und andererseits Windscheid § 76 Note 9. Auch auf diese Frage kommt es nach der Theorie des Verfassers nicht an.

²⁾ In früherer Zeit hatte man über den Grund dieser Entscheidung keinen Zweifel. Vgl. Cornelius van Eck (Trajecti ad Rhenum 1724) ad titulum 18, l. c. 16 m. 20 p. 432, in stipulatione, in donatione, in pignore error in substantia rei non vitiat negotium. differentiae ratio in promptu est. Pantaleon, excerpta controversiarum de errore. Arg. 1713 p. 7 cum stipulator nihil vicissim praestet, ipsius interest, illud saltem corpus habere. Erst neuerdings sind Bedenken aufgetaucht. Savigny S. 300 Anm. s, 301 erklärt die Stelle aus einem zivilrechtlichen Rigorismus, während sie doch auch bei formlosen Schenkungsversprechen gelten muss. Er meint, die Stipulation sei auch dann für den Promittenten bindend gewesen, wenn dieser ein

Die lex 1 § 2 dig. de pign. act. 13, 7 (Ulpianus):

Si quis tamen, cum aes pignori daret, adfirmavit hoc aurum esse et ita pignori dederit, videndum erit, an aes pignori obligaverit et numquid, quia in corpus consensus est, pignori esse videatur: quod magis est. tenebitur tamen pigneraticia contraria actione qui dedit praeter stellionatum quem fecit.

bedarf hiernach eines weiteren Kommentares nicht¹⁾.

Man vergleiche auch noch die l. 50 dig. de solutionibus 46, 3 (Paulus)²⁾:

Si, cum aurum tibi promissem, ignorantem quasi aurum aes solverim, non liberabor: sed nec repetam hoc quasi indebitum solutum.

Auch hier nimmt der Erwerber gern vorläufig das Minderwerte und hält es fest, bis er das ihm Gebührende erhält³⁾.

Für eine der schwierigsten Stellen der Pandekten gilt die l. 21 § 2 dig. de actionibus empti venditi 19, 1 (Paulus), welche wir wegen ihrer grossen Wichtigkeit stückweise übersetzen wollen.

goldenes Gefäss statt eines vergoldeten versprochen habe, eine Analogie, bei der die Voraussetzung der Ähnlichkeit fehlt. Zitelmann (S. 565 Anm. 547) tadelt die von Windscheid mit Recht abgelehnte analoge Anwendung der Stelle auf zweiseitige Geschäfte. Hölder a. a. O. S. 580 hält die Stelle gegenüber der l. 9 § 2 dig. de contr. empt. für inkonsequent. Richtig Thomsen, Die rechtliche Willensbestimmung S. 44. Bruns, Pandektenfragmente S. 486 (woselbst l. 122 statt l. 22 zitiert ist), meint, dass das hier betonte Moment des Schadens und Wertes nicht hierher gehöre. Aus diesem angeblich nicht hierher gehörigen Momente argumentiert Savigny in Anlehnung an die lex 52, dig. locati 19, 2 in trefflichster Weise (III S. 298 m) in einer Reihe von Fällen. Richtig auch Brinz, Pandekten 1. Aufl. S. 1409.

¹⁾ Richtig Brinz, Pandekten 1. Aufl. S. 1409; Thomsen S. 44. Zitelmann S. 563 will das hier vom Pfandrechte Gesagte analog auf alle dinglichen Rechte, z. B. auch auf Traditionen aus einem Verkaufe, anwenden, er hätte übrigens hier von seinem Standpunkte aus eine „unbestimmte Absicht auf das Mindere“ annehmen können, zumal er eine ganz ähnliche Frage S. 530 Anm. 496 in diesem Sinne ganz richtig entscheidet.

²⁾ Thomsen S. 44.

³⁾ Ähnlich wie im Falle der l. 26 § 4 de cond. indebiti 12, 6. Auf den Fall, in welchem Gold statt Erz gegeben wird, lässt sich dies nicht analog anwenden. Vgl. auch Windscheid, Pandekten § 76 Nr. 10.

Quamvis supra diximus, cum in corpore consentiamus, de qualitate autem dissentiamus emptionem esse (sic omnes libri boni, Mommsen) etc.

Es scheint beinahe, als ob Paulus hier von demselben Falle redet, wie Ulpianus in der l. 9 § 2 cit. 18, 1, welcher dort sagt:

si in ipso corpore non erratur, sed in substantia¹⁾ error sit etc.

Allein in corpore non errare und in corpore consentire ist zweierlei. Das erstere liegt vor, wenn beide von derjenigen Sache reden, von welcher sie reden wollen, das zweite, wenn der Sinn dieser Rede dahin geht, dass die Sache wirklich — also nicht etwa bloss unter einer unmöglichen Bedingung — Geschäftsgegenstand sein soll. Wo also, wie in der l. 9 § 2 cit. 18, 1, die Erwähnung der Eigenschaft eine Bedingung setzt, kann, wenn sie fehlt, von einem in corpore consentire nicht die Rede sein, und wo ungeachtet eines Dissenses über die Eigenschaften in corpore consentiert sein soll, da wird eben dadurch angedeutet, dass im vorliegenden Falle die Eigenschaften nicht als Geschäftsbedingungen, sondern nur als dicta promissa erwähnt worden sind. Dann ist der Kauf allerdings gültig.

tamen venditor teneri debet, quanti interest non esse deceptum²⁾, etsi venditor quoque nesciet.

Eine solche bloss als dictum promissum beigefügte Eigenschaft kann nun von sehr verschiedener Art sein.

Als Beispiel erwähnt die Stelle am Schlusse:

veluti si mensas quasi citreas emat, quae non sunt³⁾.

¹⁾ Hier zeigt sich deutlich der Unterschied von qualitas und substantia. Die substantia hat hier im Falle der l. 21 § 2 cit. eine andere qualitas, als zugesichert war, über sie selbst wurde nicht geirrt.

²⁾ „Enttäuscht“, nicht notwendigerweise „betrogen“. Savigny III S. 288.

³⁾ citreas bedeutet: „aus dem Holze des afrikanischen Citrusbaumes“. Hölder, KrVJSchr. Bd. 14 S. 577. Zitelmann (S. 572) nimmt an, dass der gekaufte Tisch aus gewöhnlichem Holze bestanden habe (ähnlich Dernburg, Lehrb. § 108 Anm. 8) und dass er zu ungeheurerem Preise gekauft sei (Plinius, hist. nat. XIII 15). Wir wissen aber nicht, ob die dort erwähnten Tische ebenso teuer bezahlt werden sollten, als der bei Plinius erwähnte,

Man beachte wohl dass die Stelle nicht lautet:

Si quis mensas quasi citreas emat, quae non sunt,
emptio est, cum in corpore consentiamus,

sondern

Cum in corpore consentiamus, emptio est veluti si
mensas quasi citreas emat.

Es wird also nicht einfacher Kauf von mensae quasi citreae vorausgesetzt, sondern ein solcher Kauf dieser Art, bei welchem in corpore consenserunt, d. h. der Gegenstand etwa wegen seines Kunstwertes (— die Tische waren vielleicht geschnitzt —) oder wegen eines pretium affectionis (— sie stammten vielleicht aus dem Nachlasse eines berühmten Mannes —) oder auch aus blosser Laune auf alle Fälle gekauft sein sollte.

Diese wörtliche und einfache Auslegung der Stelle war so lange unmöglich, als man consentire mit dem innerlichen Einverständnisse verwechselte und errare mit falsa opinione decipi identifizierte; denn unter diesen Voraussetzungen waren allerdings das in corpore non errare der l. 9 § 2 cit. 18, 1 und das in corpore consentire der l. 21 § 2 cit. 19, 1 identische Grössen, was sie eben nicht sind.

Zu beachten ist auch noch für das römische wie für das heutige Recht, dass die Zugehörigkeit eines Tisches zu einer bestimmten Holzart unverhüllt zutage liegt, im Gegensatze zu dem in Fässern verborgenen Weine. Solche Eigenschaften können aber, wie oben ausgeführt wurde, schwerlich als stillschweigend gesetzte Gültigkeitsbedingungen gelten¹⁾.

Wenn die vorstehenden Quellendeutungen unrichtig wären,

und wenn dies auch wahrscheinlich ist, so ist doch keineswegs behauptet, dass die gekauften Tische von schlechtem Holze waren. Da vielmehr der Käufer unbedingt in corpus konsenterte, so muss er doch wohl eine auf alle Fälle wertvolle Mobilie vor sich gehabt haben. Gegen die von Cujacius behauptete Lächerlichkeit der Stelle vgl. Savigny S. 287, 288 v. Nicht recht befriedigend Thomsen S. 47.

¹⁾ Während des Druckes erscheint das inhaltsreiche Werk: Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft, Berlin 1907. In ihm ist die erste Auflage und der erste Band der zweiten Auflage dieser Schrift an vielen Stellen berücksichtigt (S. 34, 459, 468, 472, 474, 500, 609, 610, 616 ff., 640), ebenso mein allgemeiner Teil (S. 9, 21, 60 ff., 87, 331, 355, 373, 428, 456,

so würde man kaum begreifen, warum sie ein so vernünftiges Ergebnis haben, das doch der Verfasser nirgendwo anders gefunden hat als in ihnen. Wären sie aber falsch und die Texte nur Ausgeburten einer öden philosophierenden Begriffsjurisprudenz, die für uns nach Kants Erkenntnislehre nur kuriose Antiquitäten darbieten¹⁾, so müsste man sie als veraltet links liegen lassen und trotzdem des Verfassers anderweitig erwiesene Irrtumslehre festhalten.

Ich meine aber, dass die oben ausgelegten Texte auch für das BGB. ihren Wert behalten. Wer Wein kauft und Petroleum erhält, braucht dies noch heutzutage nicht zu bezahlen, selbst wenn er wegen seines Irrtums keine Anfechtung erklärt und die ädilizischen Rechtsmittel versäumt hat. Man kann es nicht als eine fehlende Eigenschaft des Petroleums bezeichnen, kein Wein zu sein, sondern nur als Nichtvorhandensein des Kaufgegenstandes. Noch heutzutage gilt der Satz: Fehlt einer von einem Vertrage berührten Sache, deren Stoff nicht bei der Verhandlung sichtbar vorlag, die Zugehörigkeit zu dem verabredeten Stoffe, so ist das Geschäft wegen Nichtvorhandenseins seines Gegenstandes nichtig und nicht bloss anfechtbar.

Von einer Anwendung des § 122 BGB. (Schadensersatzpflicht des Irrenden) kann in einem solchen Falle keine Rede sein, ebensowenig wie von einer Versäumung der Anfechtungsfrist.

Bei dem Vertrage über die sichtbare Sache ist der Name nur Schall und Rauch, bei dem Geschäfte über die unsichtbare individualisiert er den Geschäftsgegenstand.

461, 511, 667, 694, 701). Ich freue mich darüber, dass in manchen Punkten, namentlich hinsichtlich der stillschweigenden Bedingungen, die Ansichten des Verfassers den meinigen näher stehen, als ich früher annehmen zu müssen glaubte. Auf mancherlei Meinungsverschiedenheiten kann ich leider in dieser Schrift nicht näher eingehen.

¹⁾ So Sokolowski a. a. O. Sokolowskis sympathische Aufforderung (S. 330) zur Pflege des römischen Rechts als Vorschule der Praxis würde dadurch schwer beeinträchtigt werden.

Der error in quantitate und in negotio¹⁾.

§ 27.

Auch der Irrtum in der Quantität, d. h. in der Zahl gleichartiger Bestandteile einer Gesamtheit, verlangt keine besondere juristische Behandlung²⁾. Namentlich ist auch hier der blosse error circa quantitatem, welcher nicht zugleich ein error in quantitate ist, d. h. der blosse Quantitätsirrtum, welcher nicht zu einem dem Wunsche des Irrenden widersprechenden Vertrage hingeführt hat, für ihn kein Grund, die Nichtigkeit des Vertrages vorzukehren. Dies gilt namentlich dann, wenn der Irrende infolge seiner falschen Meinung einen ihm noch ungünstigeren Vertragsinhalt herzustellen wähnt, als es in der Tat der Fall ist³⁾. Damit hängt der Satz zusammen: „In eo, quod plus sit, semper inest et minus“ (l. 110 pr. dig. de reg. juris 50, 17). Bei einseitigen Geschäften folgt er schon aus der Analogie des Satzes: „Quot res tot stipulationes“; hinsichtlich des Überschusses, auf welchen nur der eine, nicht auch der andere, seine Erklärung gerichtet hat, liegt nicht einmal ein dissensus, sondern überhaupt nur eine rechtlich irrelevante einseitige Erklärung vor. Bei zweiseitigen Geschäften lässt sich das Geschäft nicht in solcher Weise spalten, der beiderseitig gewünschte Erfolg besteht in dem Austausch der beiden

¹⁾ Vgl. Graf Piniński, Tatbestand des Sachbesitzererwerbs S. 522 ff., 488 ff.; v. Hollander, Zur Lehre vom error S. 132.

²⁾ Man unterscheidet denselben mit Recht von dem Irrtume in der Grösse, d. i. dem Verhältnisse einer bestimmten Sache zu feststehenden Massen oder Gewichten. Die schwierige Frage, ob man dieses nicht ohne eine Schlussfolgerung wahrnehmbare Attribut einer Sache den Eigenschaften derselben beizählen soll, ist von dem Standpunkte des Verfassers aus ohne juristische Bedeutung. Auch die Erheblichkeit des Dissenses über die Grösse regelt sich nach den angegebenen allgemeinen Gesichtspunkten, d. h. danach, ob die vorausgesetzte Grösse eine unerlässliche Vorbedingung des Geschäftsabschlusses sein sollte. Zitelmann hält diesen Irrtum durchweg für unerheblich (S. 599; vgl. auch Zitelmann S. 602). Dem stimmt der Verfasser dann nicht bei, wenn die Voraussetzung einer bestimmten Grösse und ihre Wichtigkeit erkennbar hervortritt, z. B. also nicht, wenn ein verkaufter Metermassstab nicht wirklich ein Meter lang ist.

³⁾ Vgl. l. 52 dig. locati 19, 2; Savigny S. 274, 275.

synallagmatisch miteinander verknüpften Leistungen¹⁾. Allein der Satz: In eo quod plus est, inest minus ist auch hier zutreffend, wenn man ihn nur in richtiger Weise übersetzt. Er bedeutet nicht: „Wer bei einem Geschäfte eine höhere Quantität im Auge hat, als sein Mitkontrahent, ist auf die niedrigere gebunden“; dann würde der Satz sicherlich z. B. dann falsch sein, wenn ein Vermieter mehr verlangt hat, als ihm der Mieter zubilligt. Er bedeutet vielmehr: „Wer sich zu einer grösseren Leistung bereit erklärt, als sie sein Mitkontrahent erwartet, haftet für die mindere“. Die Überlassung einer Wohnung für fünf Taler monatlich ist ein plus gegenüber der gleichen Leistung für einen monatlichen Zins von zehn Talern²⁾. Ein minus würde vorliegen, wenn der Vermieter für seine Wohnung mehr verlangt hätte, als ihm zugebilligt worden ist³⁾.

Eine besondere Beachtung verdient auch die Abrede, bei welcher auf einen an einer bestimmten Stelle vorhandenen Komplex gleichartiger Individuen hingewiesen wird, z. B. auf diesen Haufen Geldes, auf den Inhalt dieses Weinfasses, auf diese Kiste Hafer usw.⁴⁾. Eine solche Hinweisung kann bei obligatorischen Verträgen und muss bei allen Traditionen von Quantitäten, bei welchen nicht die einzelnen Stücke abgezählt werden, vorkommen. Bei derartigen Geschäften ist nun nicht bloss, wie bei den in abstracto bestimmten Quantitäten, ein Dissens über die Quantität denkbar, sondern auch der Ausfall einer Bedingung der richtigen Quantität bei beiderseitigem

¹⁾ Man kann daher auch nicht sagen, dass derjenige, welcher 100 Flaschen Wein für 100 Mark kaufen will, auch 10 Flaschen für 10 Mark zu nehmen bereit ist.

²⁾ Anders scheint Zitelmann (S. 606) den Sinn der Regel, deren „magere Weisheit“ er tadelt, aufzufassen. In der Sache selbst vertritt er die richtige Ansicht.

³⁾ Konsequenzen der Regel vgl. in der l. 9 §§ 3, 4 dig. de her. inst. 28, 5; l. 15 pr. dig. de leg. I. Vgl. auch Gajus III 102 und überhaupt Zitelmann S. 605 Anm. 606.

⁴⁾ Vgl. Zitelmann S. 599, 611 Anm. 613. Bei solchen Komplexen gleichartiger Individuen ist der Irrtum über die Grösse immer zugleich ein Irrtum über die Quantität, während bei den in abstracto bestimmten Quantitäten nur dieser letztere, bei konkreten einheitlichen Sachen nur der erstere denkbar ist.

Irrtume. Der Dissens vernichtet der richtigen Meinung nach einen jeden solchen Vertrag, auch Traditionen. So z. B. wenn mir jemand dieses Fass von 70 Eimern abkaufen will und ich aus Missverständnis erwidere, dass ich ihm dieses Fass von 60 Eimern für den zugebilligten Preis verkaufe¹⁾. Von einem consensus in corpore kann nicht die Rede sein, da nur unter der Bedingung des Einverständnisses über die Grösse des Kaufobjektes gekauft worden war. Ist dagegen ein beiderseitiger Irrtum über die Quantität vorhanden, so liegt hier, wie überall bei beiderseitigen irrigen Vorbedingungen, dann keine wahre *conditio in praesens* relata vor, wenn es sich um einen dinglichen Vertrag handelt, vielmehr wird hier, wie sonst, grundsätzlich im Zweifel nur eine obligatorische Rückerstattungspflicht seitens des Empfängers übernommen, weil sonst die unleidlichsten Folgen entstehen würden²⁾.

arg. l. 19 § 6 dig. locati conducti 19, 2 (Ulpianus):

si quis, cum decem conduxisset, quindecim solverit
 per errorem, dum putat se quindecim conduxisse
 habebit solam conditionem³⁾.

¹⁾ Ob Zitelmann S. 599 dem beistimmen würde, ist nicht zweifellos; vgl. S. 611 Anm. 613.

²⁾ Vgl. Bd. 1 S. 267 ff.

³⁾ Wenn jemandem „die 100 Fässer in meinem Keller“ verkauft und ihm behufs Tradition die Schlüssel übergeben sind, so kann er, falls sich 120 Fässer dort vorfinden, nicht den vollen Inhalt des Kellers als tradiert betrachten. Sind die Fässer von verschiedener Art, so ist, falls ich nicht etwa nachträglich alle preisgebe, Kauf und Tradition wegen Unauffindbarkeit des in der Abrede bestimmten Objektes nichtig. (So richtig Exner, Tradition S. 266 Nr. 41.) Sind die Fässer gleichartige, so kann der Käufer hundert ausscheiden. Nimmt er eins mehr wissentlich an sich, so ist es entwendet. Weise ich aber jemandem hundert Fässer aus einer grösseren Quantität oder eine von drei Diamantfedern zu (Zitelmann S. 613), und dieser nimmt hundert und zwanzig Fässer oder alle drei Federn an sich, so erwirbt er an keinem einzigen Stücke Alleineigentum; denn ein jedes war ihm nur unter der Bedingung tradiert, dass er nicht zu viele Stücke aus der Gesamtheit ausscheiden werde. Der Tradent hat dann sein Klagepetitum dahin zu stellen, „den Verklagten zu verurteilen, des Klägers Miteigentum an allen weggenommenen Stücken anzuerkennen und nach vorheriger Ausscheidung der ihm überlassenen Stücke den Überrest herauszugeben“. Vgl. auch § 752 BGB. Etwas abweichend die erste Auflage.

Damit scheint allerdings im Widerspruche zu stehen l. 25 § 1 dig. de usufr. 7, 1 (Ulpianus) verbis:

quod si ex re utriusque (domini et usufructuarii) pretium fuerit solutum, ad utrumque dominium pertinere Julianus scripsit, scilicet pro rata pretii soluti. quid tamen si forte simul solverit ex re utriusque, utputa decem milia pretii nomine debebat et dena solvit ex re singulorum: cui magis servus acquirat? si numeratione solvat, intererit, ejus priores nummos solvat: nam quos postea solverit, aut vindicabit aut, si fuerint nummi consumpti, ad conditionem pertinent: si vero simul in sacco solvit, nihil fecit accipientis et ideo nondum acquisisse cuiquam dominium videtur, quia cum plus pretium solvit servus, non faciet nummos accipientis¹⁾.

Es hat ein im Niessbrauche befindlicher Sklave aus einem Kaufe zuviel gezahlt. Die Übergabe ist nichtig. Es sind hier zwei Fälle denkbar. Entweder der Sklave hat den Überschuss schenken wollen²⁾, oder er hat ihn aus Irrtum gezahlt. Im ersteren Falle ist die Veräusserung schon darum nichtig, weil sie von einem Nichteigentümer ohne Vollmacht geschehen ist; denn zu Schenkungen bevollmächtigt die Einräumung eines *peculium* nicht³⁾. Ist die Zahlung jedoch aus Irrtum geschehen, so brauchen wir durchaus nicht anzunehmen, dass gerade aus dem Irrtum die Nichtigkeit gefolgert wird, und dass die Stelle eine Analogie von der Zahlung des Sklaven auf ähnliche Leistungen freier Personen zulässt. Dagegen spricht vielmehr die Schlusswendung:

quia cum plus pretium solvit servus, non faciet nummos accipientis.

Und in der Tat, daraus, dass dem Sklaven Schenkungen schlechtweg untersagt waren, ergab sich, dass die ihm erteilte Vollmacht sich nur auf entgeltliche Veräusserungen bezog.

¹⁾ Vgl. Dernburg, Archiv f. ziv. Praxis Bd. 40 S. 18 ff.

²⁾ So Zitelmann S. 602; vgl. auch daselbst (S. 601 Anm. 602) die sehr scharfsinnigen Ausführungen über den vermutlichen, zur Entscheidung vorliegenden Sachverhalt. A. M. Dernburg a. a. O.

³⁾ arg. lex 7 pr. dig. de don. 39, 5 (Ulpianus): *Filiusfamilias donare non potest, neque si liberam peculii administrationem habeat.*

Die Folge dieses Satzes mochte allerdings sein, dass man bei der Empfangnahme einer Zahlung seitens eines Sklaven aufmerksamer sein musste, als bei der Entgegennahme solcher Leistungen aus der Hand des Herrn. Dieses war aber allem Anscheine nach den Römern nicht unerwünscht, da es die Gefahren, welche die Pekuliarwirtschaft des Sklaven für den Herrn nach sich zog, einigermaßen ausglich¹⁾ 2).

Zu erwähnen ist noch der sog. error in negotio, der Irrtum darüber, dass ein Vertrag vorliegt und welcher.

Das erstere ist dann der Fall, wenn jemand z. B. einen Geburtstagsbrief unterschreiben will und aus einem erkennbaren Versehen einen Vertrag unterschreibt oder die Schenkung eines Grundstückes, welche er erkennbarerweise nicht unterschreiben will³⁾, unterzeichnet usw.

Was jedoch den Irrtum darüber, welches Geschäft vorliegt, anbelangt, so muss dieser dann ganz gleichgültig sein, wenn er nur in einer falschen Benennung der gewollten Rechtswirkung mit einem unrichtigen Namen besteht. Ob die Parteien einen Kauf, welchen sie abschliessen, Tausch nennen, ja selbst ob sie ernstlich glauben, solche Geschäfte nenne man Tausch, das ist gleichgültig. Es kommt immer nur darauf an, welchen Erfolg sie unter Rechtsschutz stellen wollen, den rechtlichen Namen dieses Willens ausfindig zu machen, ist nicht ihre Sache, sondern die Sache des Juristen.

Ein dissensus in negotio liegt also nur dann vor, wenn die

¹⁾ Der Umstand, dass man in unserem Falle hinsichtlich keines einzigen Geldstückes feststellen konnte, ob es zur Zahlung diente oder einen Überschuss über die Schuldsomme bildete (so richtig Zitelmann S. 603), würde für sich allein nicht genügen, um die getroffene Entscheidung zu begründen. Läge nicht noch ausserdem ein anderer Nichtigkeitsgrund vor, so würde er nur zur Folge haben, dass die Rückforderungskondition sich unter den Niessbraucher und den Eigentümer im Verhältnisse ihrer Anteile an der gezahlten Gesamtsumme verteilen müsste.

²⁾ Es ist also hier nicht nötig, einen animus donandi vorzusetzen.

³⁾ c. 5 Cod. plus valere quod agitur 4, 22; c. 10 Cod. de donat. 8, 53 (54); c. 18 § 1 Cod. de prob. 4, 19. Ein Beispiel enthält auch § 1332 BGB. Es will z. B. ein Ausländer bei einer Eheschliessung Zeuge sein und erscheint infolge betrügerischer Vorspiegelungen der Braut dem Standesbeamten als Bräutigam, der die Ehe schliesst.

Kontrahenten sachlich verschiedene Vertragsbestimmungen anerkennen und die Differenz ihrer erklärten Absicht einen Punkt betrifft, nach welchem die beiderseits gewünschten Vertragsnormen verschiedenen Geschäftsarten angehören; denn die Geschäftsarten sind nichts als Zusammenfassungen von Geschäften, auf welche sich besondere Rechtssätze beziehen, nach gemeinsamen Merkmalen. Hieraus folgt die Identität des Irrtums in einer Geschäftsart mit dem Irrtume in dem Merkmale des Geschäftsinhaltes, das dessen Zugehörigkeit zu einer bestimmten Geschäftsart bewirkt. Da nun die Unterscheidungsmerkmale der Geschäftsarten in persönlichen Eigenschaften der Kontrahenten bestehen können, z. B. die Feststellung einer Weiberbürgschaft oder eines Hauskindsdarlehns davon abhängt, so kann der dissensus in negotio mit einem dissensus in persona identisch sein. So z. B. wenn der gemeinsame Agent des Haussohnes Titius und des Hausvaters Sempronius für ersteren ein Darlehn aufnimmt, während der Leihende es für letzteren hingibt. Eben dasselbe gilt von dem dissensus in re. Titius will ein Pferd gegen eine Kuh dem Sempronius überlassen, dieser erklärt aus Versehen, es gegen dreihundert Mark nehmen zu wollen. Der eine offeriert hier einen Kauf, der andere akzeptiert einen Tausch. Auch der Dissens über Geschäftsbedingungen kann einen dissensus in negotio in sich schliessen. So wenn A dem B einen Gegenstand unter der doppelten Bestimmung anbietet, dass dieser ihn nehmen und nach acht Tagen wiederbringen soll, und zweitens, dass er ihm dafür zwei Mark zahlen soll, B das Anerbieten annimmt und erkennbar macht, dass er diese zweite Bestimmung überhört hat und ein unentgeltliches Geschäft abzuschliessen glaubt. Hier wird eine Miete angeboten und eine Leihe angenommen.

Allein selbst der bekannte Fall, dass statt eines angebotenen Darlehns oder Kaufes eine Schenkung angenommen wird, oder umgekehrt¹⁾, fällt gleichfalls unter den Begriff des dissensus in re, es ist ein Dissens über die von der einen Seite zu leistende

¹⁾ Vgl. die in § 27 erklärten l. 18 dig. de reb. cred. 12, 1 und l. 36 dig. de acquir. rer. dom. 41, 1. Dass l. 3 § 1 dig. de obl. et act. 44, 7 und l. 5 pr. dig. de neg. gest. 3, 5 nicht hierher gehören, ist von Zitelmann S. 529 Anm. 492 richtig ausgeführt.

Sache; der Offerent des Darlehns oder Kaufes will eine Rückgabe oder einen bestimmten Preis als Entgelt seiner Leistung haben und der Annehmende setzt statt dessen, indem er eine Schenkung akzeptieren will, dies Entgelt gleich Null¹⁾.

Das Ergebnis des Bisherigen ist, dass die Erheblichkeit des Irrtumes nach römischem Rechte nirgends von seinem Gegenstande abhängig gemacht ist, sondern immer nur von der Bedeutung für die Gültigkeit des Vertrages, welche der Sinn der Parteierklärung dem irrigerweise vorausgesetzten Umstande beilegt.

Damit dürfte aber die am Anfange dieses Abschnittes (§ 24) gestellte Aufgabe gelöst sein.

Der sogenannte *error in dominio* ²⁾.

§ 28.

Nachdem oben bereits auseinandergesetzt worden ist, dass *error* oft ein „Versehen“ bedeutet³⁾ und *errare in aliqua re* die Richtung einer Willenserklärung auf einen unerwünschten Gegenstand bezeichnet, kann es keinem Zweifel unterliegen, dass die Kategorie des von neueren so genannten *error in dominio* nicht im Geiste und in der Redeweise der Quellen aufgestellt worden ist.

Man könnte darunter doch nur einen Fall verstehen, in welchem jemand nach Inhalt seiner Erklärung über ein anderes Eigentum verfügt, als er in seinem Innern zu verfügen wünscht. Dies würde z. B. dann der Fall sein, wenn jemand sein Eigentum an seinem Hause übertragen zu wollen erklärt, während sein Wunsch dahin geht, dasjenige an seiner Wiese zu veräußern. Hier ist der *error in dominio* offenbar nichts anderes als ein *error in re*. Beinahe ebenso verhält es sich, wenn ein Be-

¹⁾ Eine eingehendere Kasuistik vgl. bei Zitelmann S. 486, 527 ff. Vgl. auch Savigny S. 269; Bruns, Pandektenfragmente S. 269.

²⁾ Vgl. Richelmann, Einfluss des Irrtumes auf Verträge, 1837 S. 104 ff.; Exner, Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition, Wien 1867 S. 281 ff.; Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft S. 535 ff.; Graf Piniński, Tatbestand des Sachbesitzerwerbs S. 489; v. Hollander, Zur Lehre vom *error* S. 133 ff. Seeler, Deutsche Juristenzeitung 1899 S. 16 ff.

³⁾ Vgl. hierzu auch noch Hesse, Archiv f. ziv. Praxis Bd. 57 S. 188.

vollmächtiger zweier Miteigentümer aus Versehen die Quote des einen statt, wie er wollte, diejenige des anderen veräußert. Nehmen wir nun in diesem Falle auch noch als besonderen Umstand an, dass der eine Miteigentümer, von dem anderen bevollmächtigt, seine eigene Quote statt der Quote des Vollmachtgebers veräußert, so führt uns dieses Beispiel den Fall nahe, in welchem jemand aus Versehen erklärt, in eigenem Namen zu kontrahieren, z. B. das Eigentum an einer Sache aus seinem Vermögen zu übertragen, während er in Wahrheit im Namen eines Auftraggebers zu handeln, also aus dessen Vermögen die Sache zu veräußern beabsichtigt. Ein solcher *error* ist nichts anderes als ein *error in persona*; denn es waltet zwar nicht hinsichtlich derjenigen Person, welche die Vertragsverhandlungen führt, wohl aber hinsichtlich derjenigen, welche von denselben betroffen werden soll, ein Irrtum ob.

Alle diese Irrtumsfälle, welche hiernach Besonderheiten nicht darbieten, meint man jedoch nicht, wenn man von einem *error in dominio* redet. Man denkt vielmehr an gewisse Fälle eines Irrtumes über das Eigentum (*circa dominium*), d. h. darüber, wer der Eigentümer einer bestimmten Sache ist, insbesondere an den Fall, in welchem ein Eigentümer, seines Rechtes an der Sache unkundig, im Auftrage und Namen eines anderen, welchen er für den Eigentümer hält, die Sache veräußert¹⁾. Hier liegt nun ein Irrtum darüber, was Vertragsinhalt sein soll, gar nicht vor. Der Vertreter erklärt, dass das Eigentum an einer bestimmten Sache aus dem Vermögen des Mandanten in dasjenige des Dritten übergehen soll, und in demselben Sinne äussert sich dieser Dritte. Hält man sich also an die ausdrücklichen Erklärungen, so kann an der Unwirksamkeit des Aktes kein Zweifel sein.

arg. *lex 35 dig. de acquir. rer. dom. 41, 1* ²⁾:

Si procurator meus vel tutor pupilli rem suam quasi meam vel pupilli alii tradiderint, non recessit ab eis

¹⁾ So der bekannte Auktionator, welcher bei einer ihm aufgetragenen Versteigerung alter Kleidungsstücke seinen der Hitze wegen abgelegten Rock aus Versehen mitveräußert und tradiert hatte. Ihering, Rechtsfälle 14.

²⁾ Vgl. zu dieser Stelle Exner, Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition, Wien 1867 S. 282 Anm. 93, und die dort Zitierten.

dominium et nulla est alienatio, quia nemo errans¹⁾ rem suam amittit.

Allein der Irrtum ist es hier nicht, aus welchem die Nichtigkeit gefolgert wird, es würde vielmehr auch dann ebense zu entscheiden sein, wenn ein Beauftragter die Sache eines Dritten als Sache des Auftraggebers wissentlich veräußert hätte. Was hier den Eigentumserwerb hindert, ist der Umstand, dass der Mandant, in dessen Namen veräußert wird, nicht Eigentümer ist. Niemand kann fremde Sachen veräußern, folglich kann auch niemand im Namen eines anderen Sachen übertragen, die diesem nicht gehören. Sollten diese Sachen zufällig dem Mandatar selbst gehören, so ändert dies nichts an der Unmöglichkeit, sie aus dem Vermögen des Mandanten heraus in das Vermögen eines Dritten zu übertragen.

Dieser zivilrechtliche Satz scheint freilich durch das prätorische Recht in seiner praktischen Konsequenz im wesentlichen beseitigt zu sein; denn die *lex 49 dig. mandati 17, 1*, ein Lieblingsgegenstand neuerer Auslegungskunst²⁾ behauptet zwar nicht direkt, dass im Falle einer Veräußerung, in welcher der Vertreter seine Sache als fremde fortgibt, das Eigentum trotzdem übertragen wird, allein sie spricht dem Vertreter die *vindicatio ab*, offenbar weil dieser eine *exceptio rei venditae et traditae* entgegenstehe. Marcellus sagt daselbst:

*Servum Titii emi ab alio bona fide, et possideo; mandatu meo eum Titius vendidit, quum ignoraret suum esse; Et puto, Titium, quamvis quasi procurator vendidisset, obstrictum emptori, neque, si rem tradidisset, vindicationem ei concedendam*³⁾.

Danach erwirbt der Mitkontrahent des Vertreters zwar

¹⁾ Dies „errans“ übersetzt man hier am besten mit: „derjenige, welcher in folge eines Irrtums eine eigene Sache als eine fremde behandelt“.

²⁾ Vgl. ausser den unten zitierten Huschke im Archiv f. ziv. Praxis Bd. 62 S. 332 ff. und Brinz ebenda Bd. 63 S. 319 ff.

³⁾ Dass im Pandektenlatein *actio non datur* und *actio exceptione excluditur* zuweilen als gleichbedeutend gelten, folgt nicht nur aus der nicht ganz richtigen *lex 112 de regulis juris 50, 17: Nihil interest, ipso jure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur, sondern namentlich aus der Überschrift von *digesta 44, 5: quarum rerum actio non datur in Verbindung mit dem Inhalte dieses Titels.**

nicht Eigentum, aber doch *bonae fidei possessio* mit *exceptio rei venditae et traditae*.

Es ist anzunehmen, dass diese letztere stillschweigende Erklärung mit der grundsätzlichen Selbsthaftung, welche das römische Recht dem Vertreter auferlegt, im Zusammenhange stand¹⁾. Jedenfalls ist sie im Rechte des BGB. in Wegfall gekommen. Ob man nicht vielleicht in ihr den Ausdruck einer verfeinerten Verkehrsanschauung zu sehen hat, ist zweifelhaft²⁾. Es muss jedem peinlich sein, ein Geschäft aufzurufen, dessen Gültigkeit er durch sein Wort besiegelt hat, mag es immerhin auch nur in fremdem Namen abgeschlossen worden sein.

Ähnliche Anschauungen finden wir sogar innerhalb des neueren Zivilrechts, z. B. in *lex 41 dig. de rebus creditis 12, 1*³⁾. Hier gibt ein Sklave, dem durch seinen Herrn testamentarisch Freiheit und Miterbrecht zugewendet worden ist, unkundig dieser Verfügungen, Erbschaftsgelder zum Darlehen und überträgt dabei Sachen, welche ihm zum Teile gehören, gänzlich, also auch zu dem ihm gehörigen Teile, wahrscheinlich, weil man es als unredlich ansah, dass ein Sklave ein Geschäft, welches ihm für seinen Herrn gut genug zu sein schien, für sich selbst nicht gelten lassen wollte⁴⁾.

In dem gleichen Sinne erklärt sich auch der Schluss, der *lex 3 § 8 dig. de cond. c. d. 12, 4* (Ulpianus)⁵⁾:

*Suptilius quoque illud tractat, an ille, qui se statuliberum putaverit, nec fecerit nummos accipientis, quoniam heredi dedit, quasi ipsius heredis nummos daturus, non quasi suos, qui utique ipsius fuerunt, acquisiti scilicet post libertatem ei ex testamento competentem. Quid ergo si hic non heredi, sed alii dedit, cui putabat se jussus? („scilicet, testamento“, vgl. das Wort *jussus* in § 7 dieser Stelle). si quidem peculiares dedit nec fecit accipientis*

¹⁾ Ihering, Dogm. Jahrbücher Bd. II S. 154, 176 ff., ebenso Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft S. 536 Anm. 503.

²⁾ Anerkennungen eines derartigen feineren Rechtsgefühles siehe in *lex 26 § 1 dig. de pignor. 20, 1* und *lex 32 pr. dig. de inoff. testam. 5, 2*.

³⁾ Vgl. Zitelmann a. a. O. S. 536; Exner S. 282 Anm. 93.

⁴⁾ Andere Auslegungen siehe bei Exner S. 282 Anm. 93.

⁵⁾ Vgl. Zitelmann S. 560.

(da man fremdes Eigentum ohne Befehl des gegenwärtigen Herrn nicht veräußern kann): *si autem alius pro eo dedit, aut ipse dedit jam liber factus, fiet accipientis.*

Einem gewissen Titius zahlt ein ihm unbekannter Mensch (der vermeintliche statuliber), etwas *conditionis implendae causa*. Dahingestellt blieb, aus wessen Tasche das Geld floss, gerade wie bei unsern Käufen auf dem Markt dahingestellt zu bleiben pflegt, ob die verkaufende Person als beauftragte Stellvertreterin oder im eigenen Namen handelt. Der Sklave überträgt das Eigentum aber auf jeden Fall.

Für die Lehre von dem sog. *error in dominio* verwertbar ist jedoch nicht die *lex 4 pr. dig. de manum. vindicta 40, 2* (Julianus):

Si pater filio permiserit servum manumittere et interim decesserit intestato, deinde filius ignorans patrem suum mortuum libertatem imposuerit, libertas servo favore libertatis contingit, cum non appareat mutata esse domini voluntas.

M. E. sagt die Stelle nur, dass die Manumissionsvollmacht den Tod überdauere, weil der stellvertretende Freilasser dies Ereignis nicht kannte. Wenn hier zu seinen Gunsten die gewöhnlichen Grundsätze des Vertragsrechtes auf ein Rechtsgeschäft angewendet werden, das sowohl als wohltätiges als auch als allseitig wirksames der allgemeinen Vertragstheorie nicht ohne weiteres unterliegt, so zeigt sich darin ein *favor libertatis*. Anders bei dem Widerruf der Vollmacht; denn die *lex 4 pr. cit. dig. de manumissis vindicta 40, 2* fährt fort:

Si autem ignorante filio vetuisset pater per nuntium et, antequam filius certior feret, servum manumisisset, liber non fit; nam ut filio manumittente servus ad libertatem perveniat, durare oportet patris voluntatem (d. h. der in des Vaters Erklärung liegende Gedanke, welcher durch den Tod nicht berührt wird); nam si mutata fuerit, non erit verum, volente patre filium manumisisse.

Man nimmt gewöhnlich an¹⁾, dass Julianus sich mit seiner

¹⁾ So z. B. auch Zitelmann a. a. O. S. 538.

eigenen, soeben erklärten Entscheidung in Widerspruch gesetzt habe gemäss *lex 15 § 1 dig. qui et a quibus 40, 9* (Paulus):

Julianus ait, *si postea, quam filio permisit pater manumittere, filius ignorans patrem decessisse, manumisit vindicta, non fieri eum liberum.*

Allein *lex 4 pr. cit. 40, 2* spricht schlechtweg von einer Freilassung, *lex 15 § 1 dig. qui et a quibus 40, 9* aber von einer *manumissio vindicta*, einem Scheinprozesse. Man hat es freilich mit der prozessualen Natur dieser Freilassungsform nicht allzu strenge genommen¹⁾, gänzlich übersehen hat man sie sicherlich niemals. Da nun bei ihr kein anderer sein Eigentum an dem Sklaven verlieren konnte, als die Partei, in deren Namen der Prozess geführt war²⁾, so konnte der Akt schlechterdings nicht gelten, wenn diese Partei ihr Eigentum an ihre Erben verloren hatte.

Julianus spricht also in der *lex 4 pr. cit.* zu allgemein, weil er nicht schon in dieser Stelle das Ausnahmerecht der *manumissio vindicta* hervorhebt. Vielleicht ergaben die Ausführungen, welche in Julians 42. Buche der *Digesten* der l. 4

¹⁾ Vgl. l. 1 dig. qui et a quibus dig. 40, 9, welche, wie Huschke zu Paulli, *receptae sententia IV 12, 2* in der *jurisprudencia antejustiniana* bemerkt, wahrscheinlich von Hause aus von der *manumissio inter amicos* sprach. Vgl. ferner l. 5, 8, 23 dig. de manum. vind. 40, 2.

²⁾ Vgl. const. 3 Cod. de vindicta libertate 7, 1 (Diocletianus et Maximianus): *Nec mulierem per maritum, nec alium per procuratorem vindicta manumittere posse, non est ambigui juris.* Trotzdem war es möglich, dass der Sohn im Auftrage des Vaters *vindicta* freiließ. arg. l. 22 dig. de manum. vind. 40, 2. *Pater ex provincia ad filium sciens Romae agentem epistulam fecit, quae permisit ei, quem vellet ex servis, quos in ministerio secum hic habebat, vindicta liberare; postquam filius Stichum manumisit apud praetorem quaero, an fecerit liberum. Respondi: quare non hoc concessum credamus patri, ut permittere possit filio ex his, quos in ministerio haberet, manumittere. Solam enim electionem filio concessit, ceterum ipse manumittit (vgl. auch l. 10, 18 § 2 dig. eod. 40, 2).* Hierin eine Ausnahmebestimmung zugunsten des Sohnes zu sehen (so Hellmann, *Die Stellvertretung in Rechtsgeschäften*, 1882 S. 47), verbieten die gesperrt gedruckten Worte. Der Schluss der Stelle legt vielmehr die Vermutung nahe, dass man die Abgabe einer von dem Auftraggeber nach ihrem Gegenstande wenigstens alternativ bestimmten Freilassungserklärung nicht als Tätigkeit eines procurator, sondern, soweit dies möglich war, als einen blossen Botendienst ansah.

pr. cit. 40, 2 vorhergingen, dass er von einer manumissio vindicta nicht sprach.

Neben dem Falle, in dem der Eigentümer seine Sache als eine fremde veräussert, steht die Lage dessen, der aus Versehen eine fremde Sache als eigene fortgibt. Dass hier *nemo plus juris transferre potest, quam ipse habet*, ist zweifellos und man braucht wahrhaftig nicht auf den Irrtum des Tradenten Gewicht zu legen, um die Nichtigkeit eines Aktes zu erweisen, welcher bei einer Kenntnis der wahren Sachlage um nichts gültiger sein würde¹⁾. Dies gilt auch dann, wenn der wahre Eigentümer der Sache zufällig derselbe ist, in dessen Auftrage der Vertreter sein vermeintliches Eigentum tradiert, etwa weil letzterer ihm die Sache schuldig war und sich nunmehr der Schuld statt an den Gläubiger in dessen Auftrage an einen Dritten entledigt²⁾.

arg. l. 15 § 2 dig. de contr. emt. 18, 1 (Paulus):

Si rem meam mihi ignorantibus vendideris et jussu meo alii tradideris, non putat Pomponius dominium meum transire, quoniam non hoc mihi propositum, sed quasi tuum dominium ad eum transire: et ideo etiam si donaturus mihi rem meam jussu meo alii tradas, idem dicendum erit³⁾.

Freilich ist auch hier das prätorische Recht weiter ge-

¹⁾ Zitelmann S. 540, 541 Anm. 512 polemisiert mit Recht gegen die Begründung dieser Entscheidung aus dem Irrtum des Tradenten, da sie aus der Nichtigkeit des Geschäftsobjektes oder, wie man noch einfacher sagen kann, aus der mangelnden Verfügungsbefugnis des Tradenten folgt.

²⁾ Dass gerade dieser Fall als zweiter in der l. 49 dig. mandati 17, 1 vorliegt, scheint mir von Ihering in den Dogm. Jahrb. Bd. I S. 306, Bd. II S. 149—179 erwiesen zu sein; vgl. jetzt auch Brinz, Archiv f. ziv. Praxis Bd. 63 S. 319 ff., und überhaupt Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft S. 475 Anm. 424, S. 538; vgl. auch dort S. 540.

³⁾ Vgl. Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft S. 539. Nach der Meinung des Verfassers bezieht die Stelle nicht auf den Fall, in welchem der Mandant den Auftrag gibt, die Sache unter allen Umständen, möge sie nun dem Mandanten oder dem Mandatar gehören, zu veräussern; denn wenn der Vertreter unter Hinweisung auf einen solchen Auftrag tradiert, so veräussert er die Sache zugleich in dessen Namen unter der Bedingung, dass sie dem Mandanten gehören sollte.

gegangen¹⁾. Es gewährte *exceptio rei venditae et traditae*²⁾.

Man spricht auch noch in einem dritten Falle von einem *error in dominio*, nämlich dann, wenn jemand eine Sache veräussert, von welcher er glaubt, dass sie ihm nicht gehört³⁾. Ist dieser Glaube dem Empfänger der Sache erkennbar, so kann von einer ernstlichen Traditionserklärung überhaupt nicht die Rede sein. In dem entgegengesetzten Falle müsse man, wenn man stets auf den inneren Willen sähe, die Tradition für nichtig halten⁴⁾; doch sprechen selbst Vertreter dieser Lehre dem Empfänger der Sache *publizianischen Besitz* mit *exceptio rei venditae et traditae* zu⁵⁾. Nach des Verfassers Theorie bedarf es dessen nicht. Sie führt zur Gültigkeit der Tradition⁶⁾. Es kann hier nicht, wie man behauptet hat, auf § 40 inst. de rerum divisione 2, 1:

Nihil enim tam conveniens est naturali aequitati, quam voluntatem domini, volentis rem suam in alium transferre, ratam haberi.

ankommen. Dies ergibt sich daraus, dass aus der rechtlich anerkannten Wirksamkeit des Traditionswillens keineswegs die Unwirksamkeit aller Traditionserklärungen ohne diesen inneren Willen folgt.

Mit dem allgemeinen Satze der *lex 35 dig. de acquir. rerum dom. 41, 1: Nemo errans rem suam amittit*⁷⁾ lässt sich hier freilich nicht viel anfangen; denn er ist, aus dem Zusammenhange gerissen, sicherlich falsch, da es bei Eigentumsübertragungen wie bei anderen Geschäften auch unwesentliche

¹⁾ arg. l. 49 cit. dig. mand. 17, 1 verbi: *contra mandator si rem ab eo vindicare velit, exceptione doli summovetur.*

²⁾ Ohne Zweifel erscheint dies passend, wenn der Tradent absichtlich seine Sache im Namen eines anderen veräussert hat. arg. l. 10 § 1 dig. de curatoribus furioso 27, 10. Ulpianus: *Curator furiosi rem quidem suam quasi furiosi tradere poterit, et dominium transferre.*

³⁾ So Zitelmann S. 541.

⁴⁾ So in der Tat Richelmann, Einfluss des Irrtums S. 105 und 117, und Zitelmann S. 542.

⁵⁾ So Zitelmann S. 543.

⁶⁾ Eine solche nimmt auch Exner S. 283 an.

⁷⁾ Vgl. Zitelmann S. 542.

Irrtümer gibt¹⁾. Dass endlich die Analogie des Legates einer fremden Sache hier kaum verwertbar ist, ist mit Recht hervorgehoben worden²⁾.

In lex 4 § 1 dig. de manum. vindicta 40, 2 bemerkt Julianus:

Quotiens dominus servum manumittat, quamvis existimet alienum esse eum, nihilo minus verum est voluntate domini servum manumissum et ideo liber erit.

Wenn nunmehr selbst der Freilasser ohne Rücksicht auf seine nicht erkennbaren Hintergedanken zu seinem Worte stehen musste, so muss dies um so mehr bei Verträgen gelten.

Auf die inneren Meinungen des Sklaven bei der Freilassung kam es nicht an, weil der Sklave bei diesem Akte nur als Gegenstand in Betracht kam und nichts mitzureden hatte. So erklärt sich der weitere Inhalt der lex 4 § 1 dig. de manum. vindicta 40, 2:

et ex contrario, si se Stichus non putaret manumittentis esse, nihilo minus libertatem contingere. plus enim in re est, quam in existimatione et utroque casu verum est Stichum voluntate domini manumissum esse. Idemque juris est, et si dominus et servus in eo errore essent, ut neque ille se dominum, nec hic se servum ejus putaret.

Hier hemmt auch nicht einmal der beiderseitige Irrtum die Manumission, weil, wie wir oben sahen, nicht jeder beiderseitige Irrtum den Vertrag entkräftet, sondern nur der beiderseitige Irrtum über einen Umstand, der beiderseits als unerlässliche Vorbedingung des Geschäftes galt (vgl. § 21).

Falls jemand, zu dessen Gunsten ein anderer auf sein Eigentum verzichtet, glaubt, der Verzichtende sei gar nicht Eigentümer, so schliesst dieses seinen Erwerbswillen nicht aus³⁾; denn ein verständiger Mensch sagt sich in solchem Falle, dass er nicht auf den Eigentumserwerb verzichten wolle, falls etwa doch der Tradent Eigentümer sein sollte.

¹⁾ Wahrscheinlich ist er eine Auslegungsregel im Sinne des § 133 BGB.

²⁾ Von Zitelmann S. 544, vgl. auch ebenda S. 545 Anm. 524.

³⁾ Vgl. hierüber Zitelmann S. 546, welcher hier mit seiner Lehre vom „unbestimmten Geschäftswillen“ operiert und zu einem sachlich durchaus richtigen Resultate gelangt. Vgl. auch noch die dort zitierte l. 10 § 1 dig. de cur. fur. 27, 10.

arg. l. 9 § 4 dig. de juris et facti ign. 22, 6 (Paulus):

Qui ignoravit dominum esse rei venditorem, plus in re est, quam in existimatione mentis¹⁾: et ideo, tametsi existimet se non a domino emere, tamen, si a domino ei tradatur, dominus efficitur²⁾.

Wir sind also zu dem Ergebnisse gelangt, dass der sog. error in dominio eine völlig wertlose Irrtumskategorie bildet.

5. Der Irrtum der Hilfspersonen bei dem Vertragsabschlusse³⁾.

§ 29.

Wenn die Parteien, die von den Folgen des Vertragsschlusses betroffen werden sollen, bei dem Abschlusse des Vertrages andere Personen mitzuziehen, so kann die Frage entstehen, ob etwaige Irrtümer solcher Hilfspersonen in Betracht kommen und wie weit.

Für gewöhnlich pflegt man diese Frage nur für den Stellvertreter aufzuwerfen⁴⁾. Andererseits fragt man in der Regel nicht bloss nach der Bedeutung des Irrtums eines Stellvertreters, sondern überhaupt nach der Bedeutung seiner Seelenzustände, indem man wissen will, ob überhaupt überall da,

¹⁾ Auf einen Irrtum über das eigene Eigentum beziehe ich auch die zweifelhafte lex 7 dig. de juris et facti ignorantia XXII 6 (Papinianus): Juris ignorantia non prodest adquirere volentibus, suum vero petentibus non nocet. Wer sich über sein Eigentum irrt, dem nützt es nichts und dem schadet es nichts. (Plus est in re quam in existimatione mentis.) Es nützt ihm nichts, wenn er sich einbildet es erworben zu haben, und es schadet ihm nichts, wenn er es vor Gericht einklagt und glaubt es nicht zu haben; vgl. hierzu Lotmar, Über Plus est in re quam in existimatione und Plus est in opinione quam in veritate, Münchener Festgabe für J. J. W. v. Planck 1887 S. 59 ff.

²⁾ Vgl. Exner, Tradition S. 283 Anm. 97.

³⁾ Vgl. Hellmann, Die Stellvertretung in Rechtsgeschäften, München 1882 S. 155 ff. und die dort Zitierten; Schlossmann, Die Lehre von der Stellvertretung II S. 414 ff. und des Verf. allg. Teil S. 310.

⁴⁾ So auch das BGB. § 166. Das Recht des Boten und des sonstigen Gehilfen im Vertragsabschlusse blieb der wissenschaftlichen Feststellung vorbehalten. Zu § 166 vgl. Kühlenbeck, Von den Pandekten zum BGB., Berlin 1898 S. 478 ff.

wo es auf Zustände des Bewusstseins eines Kontrahenten ankommt, um Existenz und Umfang der Wirksamkeit eines Vertragsschlusses festzustellen, bei den durch Vertreter geführten Vertragsverhandlungen nach der Seele des Prinzipals oder nach der Seele des Vertreters geurteilt werden soll. So z. B. hinsichtlich der heimlichen Mängel, auf denen die ädilischen Rechtsmittel beruhen¹⁾. Oder auch bei der Frage nach der Bedeutung, welche es hat, wenn ein kaufender Vertreter die Freiheit eines Menschen, der sich betrügerischerweise als Sklaven verkaufen lässt, kennt²⁾ und folglich den Vertretenen mitbetrügt³⁾.

Diese Annahme, dass die genannten Fälle durchaus in gleicher Art behandelt werden müssen, hält der Verfasser für einen unglücklichen Gedanken⁴⁾. Was alle diese verschiedenen juristischen Materien untereinander verbindet, ist ein durchaus unjuristischer Umstand, eine zufällige Ähnlichkeit, auf welche es bei ihrer rechtlichen Behandlung nicht ankommen kann, nämlich nur der Tatbestand eines durch einen Vertreter abgeschlossenen Vertrages, bei dem die Kenntnis einer Tatsache bedeutsam ist. Die Tatsache aber, um deren Kenntnis es sich handelt, ist in jedem dieser Fälle eine völlig andere und, was das Entscheidende für die Handhabung einer jeden Analogie ist⁵⁾, die Ziele, um deren willen man auf jene Kenntnis Gewicht legt, sind durchaus verschiedene. Was *lex 12 dig. de contrah.*

¹⁾ *l. 51 pr. dig. de aedilicio edictio 21, 1.*

²⁾ Eine solche Kenntnis seitens des Käufers raubt ihm die ihm zustehende Klage auf das Doppelte des Preises. *l. 16 § 3; l. 18 pr. dig. de liberali causa 40, 12.*

³⁾ Diese Konsequenz ist unvermeidlich. Wer auf Kosten eines anderen eine völlig wertlose Sache — das ist ein in libertatem vindizierbarer Mensch — kauft, muss diesen anderen betrügen wollen. Nicht nötig ist dagegen, auch nicht im Falle der *lex 17 eod. 40, 12*, dass ein solcher procurator sich mit dem Verkauften in einem betrügerlichen Einverständnis befindet. Er kann dem scheinbaren Sklaven gegenüber seine Kenntnis von der wahren Sachlage verheimlichen und den Kauf nur aus Bosheit gegen seinen Auftraggeber abschliessen.

⁴⁾ Diese Ausführung hat freilich die Aufnahme des § 166 in das BGB. nicht verhindert; vgl. aber unten S. 128 Anm. 2.

⁵⁾ *l. 13 dig. de legibus I, 3*; vgl. hierzu Schlossmann, Lehre von der Stellvertretung II S. 416.

emptio 18, 1 ausdrücklich (*verbis: in hujusmodi quaestionibus*) nur für die Lehre von der Wesentlichkeit eines Irrtums ausspricht, hat man ganz allgemein auf alle Bewusstseinszustände von rechtlicher Bedeutung angewendet, und zwar mit Unrecht.

Wir stellen daher zunächst nur die Frage:

Inwieweit kann aus dem Irrtume einer Hilfsperson bei dem Vertragsschlusse dessen Nichtigkeit gefolgert werden?

1. Der Bote kann in mehrfacher Weise durch seinen Irrtum einen Einfluss auf die Vertragsverhandlungen ausüben. Überbringt er eine schriftlich oder durch äussere Zeichen fixierte Erklärung an die richtige Adresse, so sind seine Irrtümer gleichgültig. Denkbar wäre höchstens, dass er aus Versehen einen ergänzenden Teil der Erklärung, z. B. eine der Beilagen des Vertragsantrags, auf welche dieser verweist, nicht mitüberliefert und dadurch den Sinn der Erklärung trübt. Noch verhängnisvoller kann sein Irrtum dann werden, wenn ihm die Erklärung zwar in schriftlich fixierter Form überliefert, dabei aber die Befugnis oder der Auftrag erteilt worden ist, sie behufs weiterer Mitteilung abzulesen oder abzuschreiben und hierbei eine Entstellung ihres Inhaltes vorfällt. Dahin ist auch die vielbesprochene Entstellung von Telegrammen zu rechnen¹⁾. Allein auch der Fall gehört hierher, in dem dem Boten eine Erklärung mündlich anvertraut wird, damit er sie später dem Adressaten gegenüber wörtlich wiederhole²⁾. Hier wird der Wortlaut der Erklärung dem Gedächtnisse des Boten überliefert, um bei dem Adressaten wieder aus diesem Gedächtnisse hervorzutauchen und durch den Boten von der Oberfläche seines Bewusstseins abgelesen zu werden. Werden die Worte im Gedächtnisse des Boten entstellt, so ist dies ebenso wie vorher nur eine Folge der Unvollkommenheit des gewählten Beförderungsapparates. Das Gleiche gilt aber auch von dem häufigsten Falle des Botendienstes, bei dem es dem Absender nur darauf ankommt, dass der Inhalt des Auf-

¹⁾ Vgl. jetzt § 120 BGB.

²⁾ So z. B. wenn jemand im Auslande von seinem Diener, der die Sprache des Landes nicht kennt, einen Auftrag an einen Kaufmann wörtlich auswendig lernen lässt, damit dieser den Wortlaut dem Kaufmann mitteile.

trages sinngetreu von dem Abgesandten festgehalten wird und es diesem überlassen bleibt, bei der Abgabe der Erklärung nach eigenem Ermessen passende Worte zu suchen¹⁾. Der Bote hat hier allerdings gewissermassen das Recht einer grammatikalischen Transsubstantiation des ihm anvertrauten Gedankens. Und dennoch ist er nur ein Bote. Seine Selbsttätigkeit ist nur eine sprachliche, formulierende, keine juristische, schöpferische. Den Gedanken, welcher schliesslich in seiner Erklärung steckt, hat er nicht erzeugt, sondern nur befördert. Nur seiner äusseren Beschaffenheit nach hat er ihn neu verarbeitet. Ist der Gedanke dabei entstellt worden, so geschah es auch hier durch Mangelhaftigkeit des gewählten Beförderungswerkzeuges.

Dass in allen diesen Fällen irrtümliche Entstellungen der Erklärung, welche dem Adressaten nicht erkennbar waren, von dem Absender nicht immer als Nichtigkeitsgrund geltend gemacht werden können, folgt aus dem ersten Teil der Schrift. Auch § 120 BGB. gibt nur ein Anfechtungsrecht.

2. Von dem Boten unterschieden wir schon oben den Verfasser der *lex contractus* für einen anderen.

Wer mit einer Partei verhandelt, der ein Dritter die Vertragsnorm redigiert, sieht sich zwei Äusserungen gegenüber: „Dieses soll für die Hauptpartei gelten“, und: „Mir ist das, was der Dritte für mich gelten lassen will, massgebend“. Jede dieser beiden Äusserungen muss nun für sich aus der Seele ihres Urhebers gedeutet werden. So muss nach dem Sprachgebrauche der Hauptpartei festgestellt werden, ob sie sich der *lex contractus* blindlings oder nur bedingungsweise unterwerfen will. Will sie sich z. B. der Vertragsurkunde in erkennbarer Weise nur unter der Bedingung unterwerfen, dass sie von ihrem Rechtsanwalte oder ihrem Nachlassrichter verfasst ist, so gilt der Vertrag nicht, falls sie von einem anderen herrührt. Die Frage dagegen, welche Vertragswirkungen der Verfasser der Urkunde seinem Schützlinge zuwendet, kann nur aus des

¹⁾ Nur in diesem Falle hat der Adressat bei der Auslegung der Worte auf den vermutlichen Sprachgebrauch des Boten, nicht auf den des Absenders zu sehen (vgl. § 68 Preuss. ALR. Tl. I Tit. 4), nicht aber in jenem ersten Falle, in welchem der Bote die Bestellung gleich einem abgerichteten Papagei mitteilt.

ersteren Seele beurteilt werden. Gebraucht er z. B. als Jurist technische Ausdrücke, wie *laesio enormis*, in *diem addictio* u. dgl., welche die Hauptpartei nicht versteht, so kommt eben alles darauf an, was er, der Jurist darunter verstand. Fügt er dem Vertrage eine stillschweigende Bedingung ein, so gilt diese, selbst wenn sie in der Seele des Hauptkontrahenten nicht zum Bewusstsein kam. Kauft sich jemand z. B. in der Apotheke einen Trank auf Grund eines ihm unverständlichen ärztlichen Rezepts, so ist es der Arzt, welcher die *lex contractus* mitredigiert hat; denn der Inhalt des von ihm Niedergeschriebenen wurde durch Verweisung auf das Rezept für den Vertrag massgebend. Nach der Seele des Arztes ist es daher zu beurteilen, ob und wie weit der bestellte Trank den Bedingungen entspricht, unter denen er allein gekauft sein sollte.

3. Die Vertreter. Es kann keinem Zweifel unterliegen, dass nach römischem Rechte, wenn der Stellvertreter der Verfasser der *lex contractus* ist, die Erklärung, was Vertragsinhalt und Vertragsbedingung sein soll, nach seiner Seele zu beurteilen ist, die Erklärung des Vertretenen aber, dass er das vom Stellvertreter Erklärte für sich gelten lasse, nach der Seele des Vertretenen, natürlich so, wie sich der Inhalt des Seelenzustandes beider dem Mitkontrahenten im Augenblicke des Geschäftsabschlusses darstellte.

arg. l. 12 dig. de contrah. emptione 18, 1 (Pomponius).

In hujusmodi autem quaestionibus personam ementium et vendentium spectari, non eorum, quibus acquiritur ex eo contractu actio: nam si servus meus vel filius qui in mea potestate est me praesente suo nomine emat, non est quaerendum, quid ego existimem, sed quid ille, qui contrahit.

Eine Erklärung, dass sich der Prinzipal dem vom Stellvertreter Festgesetzten im voraus unterwerfe, liegt, wie man neuerdings wohl allgemein annimmt, in der Bevollmächtigung¹⁾.

¹⁾ Hinsichtlich der Vollmachtserteilung ist der Vertreter dann blosser Bote, wenn er den Auftrag hat, sie dem Dritten mitzuteilen. Überschreitet er sie dann wissentlich, so kann der Prinzipal nicht haften; denn wenn der Dritte sich nicht näher nach der Vollmacht erkundigt hat, so riskiert er

Nur übersehe man nicht, dass die Vollmachtserklärung seitens des Geschäftsherrn an den Dritten nicht bloss die Unterwerfung unter das von dem Vertreter zu Erklärende enthält, sondern auch dessen Befugnis, die Gegenerklärung mit einer für den andern Teil verbindlichen Kraft anzunehmen. Auch in dieser Hinsicht ist jene Erklärung aus der Seele des Vollmachtgebers auszulegen und der Vertreter dann, wenn sie nicht direkt an den Dritten geht, sondern durch den Vertreter übermittelt werden soll, insoweit als Bote zu behandeln. Ist daher die Vollmacht infolge eines Irrtums unter gewissen erkennbaren Bedingungen erteilt, die unmögliche sind, z. B. unter der Bedingung, dass der mit dem Überbringen der Vollmacht Beauftragte der Agent X sei, wie der Vollmachtgeber glaubte, und nicht, wie es wirklich der Fall ist, der Agent Y, so folgt aus diesem Irrtume indirekt eine Nichtigkeit der Bevollmächtigung und des auf Grund ihres Inhalts geschlossenen Vertrages.

Dies alles verhält sich freilich anders in dem viel häufigeren Falle, dass die Bevollmächtigung dem Vertreter nicht als Boten mitgeteilt wird, sondern ihm selbst gegenüber als vollwirksamer Rechtsakt geschieht¹⁾. Hier wird er nicht beauftragt, sondern höchstens ermächtigt, die geschehene Vollmachtserteilung dem Dritten zukommen zu lassen. Oft, wo der Geschäftsherr nicht genannt werden will, also das Geschäft für einen Unbekannten abgeschlossen werden soll, wird diese Mitteilung an den Dritten sogar verboten sein.

deren Mangel, hat aber der Bote eine zu weit gehende Vollmachtserklärung wissentlich dem Dritten vorgespiegelt, so ist das Vorgespiegelte nicht eine von dem Prinzipal mittelbar verursachte und zu verantwortende Äusserung, sondern das Ergebnis eines selbständigen Willensaktes des Boten und kann den Prinzipal nichts angehen. Der Bote haftet dann aus seinem dolus. Hat der Bote aber fahrlässigerweise eine weitere Vollmacht, als sie ihm erteilt war, dem Dritten gegenüber bestellt, so haftet m. E. der Geschäftsherr, da er sich für die Beförderung des jussus eines ungeeigneten Werkzeuges bedient hat. Dies alles aber nur, wenn der Vertreter wirklich mit der Mitteilung des Bevollmächtigungswillens beauftragt wird. Anders in dem im Texte weiter unten besprochenen häufigen Falle, dass dies nicht geschieht.

¹⁾ Dies ist eingefügt wegen § 167 Abs. 1 BGB.; der ersten Auflage war es noch fremd.

In allen diesen Fällen ist die richtungsbedürftige Bevollmächtigung vom Standpunkte ihres Empfängers auszulegen, und dieser ist dann nicht der Dritte, sondern lediglich der Bevollmächtigte.

Etwas verwickelter ist der Fall, in dem der Vertreter eine von einem anderen verfertigte Vertragsnorm namens seines Herrn gutheisst, z. B. wenn der Generalbevollmächtigte eines Herrn mit dessen Bruder eine Erbschaftsteilung unterschreibt, deren Inhalt im Auftrage beider von einem Nachlassrichter entworfen worden ist. Die Frage, was Vertragsinhalt ist, beantwortet sich hier aus der Seele des Nachlassrichters, die Frage, ob er nach dem Willen des Vertreters für den Herrn gelten soll, aus der Seele des Vertreters, die Frage, ob der Vertreter zu dem Abschlusse befugt war, aus der Seele des Herrn, überall aber braucht der andere Teil, d. i. der Bruder, nur auf das Rücksicht zu nehmen, was ihm erkennbar wurde. So ist der Vertrag z. B. wegen Dissenses nichtig, wenn der Nachlassrichter die Erbschaft einer Tante geteilt hat, während aus den Erklärungen des Bruders hervorging, dass er über die Erbschaft eines gleichfalls verstorbenen Onkels kontrahieren wollte, und zwar auch dann, wenn der Vertreter den Irrtum des Bruders teilte, aber nur das gelten lassen wollte, was der Nachlassrichter erklärt hatte. Nichtig ist der Vertrag selbst bei einer Harmonie der Erklärungen des Nachlassrichters und des Bruders dann, wenn der Vertreter in erkennbarer Weise nur unter der Bedingung zustimmt, dass von der Erbschaft der Tante die Rede sei, während Nachlassrichter und Bruder über die Erbschaft des Onkels verhandelten. Nichtig ist aber der Vertrag selbst bei einer Übereinstimmung des Nachlassrichters, Vertreters und Bruders darüber, dass die Erbschaft der Tante geteilt sein sollte, wenn die Vollmacht des Vertreters sich in erkennbarer Weise nur auf die Erbschaft des Onkels bezog. Hier kann er höchstens durch Genehmigung des Vollmachtgebers geheilt werden. Gleichgültig ist jedoch ein Dissens zwischen dem Bruder und dem Nachlassrichter dann, wenn der Vertreter (oder der Herr selbst) und der Bruder darüber einig geworden sind, dass das Verabredete für die Erbschaft des Onkels gelten solle, während der Nachlassrichter an die Erb-

schaft der Tante dachte; denn die Parteien sind nicht gezwungen, hier die Hilfsperson über ihren Irrtum aufzuklären. Überhaupt gilt der Satz, dass, wenn der Geschäftsherr und der Dritte über den Kopf der Hilfsperson weg einig werden, die Hilfsperson nicht weiter beachtet wird; denn sie kommt ja nur des Prinzipals wegen in Betracht, und wo dieser selbst ihr die Rolle des Vertragsschliessenden abnimmt, so gilt für sie der Satz: „cedo majori“, gerade so, wie im byzantinischen Reiche das Kommando des vicarius aufhörte, sobald der Präfekt es ihm abnahm. So z. B. wenn der Dritte den Vertreter in ein Grundstück einweist, dieser in ein falsches, der Prinzipal aber in das richtige geht¹⁾. Alle Irrtümer des Vertreters oder des fremden Verfassers der Vertragsnorm sind überhaupt dann unerheblich, wenn die Erklärung trotzdem den Wünschen des Geschäftsherrn im Augenblicke des Vertragsschlusses entspricht; denn diese Wünsche sind der eigentliche Leitstern für das Verhalten des Vertreters. Das Schutzbedürfnis liegt lediglich bei dem Geschäftsherrn.

Wir sehen also, dass die Lehre, welche nur bei Spezialvollmachten auf die Gedanken des Prinzipals sieht²⁾, jedenfalls mit der Einschränkung richtig ist, dass zwar alle Vollmachtenerteilungen, spezielle und generelle, aus der Seele des Prin-

¹⁾ arg. l. 34 § 1 dig. de acquir. rer. dom. 41, 1. Übersetzt man errare hier mit „sich irren“, so ist übrigens die Stelle keineswegs unerklärlich. Es hat dann der Prinzipal dem Stellvertreter die Entgegennahme des fundus Cornelianus aufgetragen, der Tradent hat den Vertreter in denselben fundus eingewiesen und der Eingewiesene ist auch wirklich dahin gegangen, nur bildete er sich durchweg ein, dass es sich um den fundus Sempronianus handelte. Wenn dies für gleichgültig erklärt wird, so ist das keine Singularität, sondern ein Ausdruck des Grundsatzes: Ein Prinzipal kann irrtümliche Erklärungen des Vertreters dann niemals anfechten, wenn ihr Inhalt dem entspricht, was er, der Prinzipal, durch den Vertragsschluss erreichen wollte. — Ich glaube, dass hierauf auch die etwas dunkeln Worte des § 166 Abs. 2 BGB. hinweisen; denn es handelt sich dort um eine Kenntnis rechtserheblicher Voraussetzungen einer erteilten Weisung.

²⁾ So zuletzt Hellmann a. a. O. S. 157 und die dort Zitierten, namentlich Dernburg, Heidelb. krit. Ztschr. Bd. I S. 19 ff. und Windscheid, Pand. § 73 n. 19; vgl. jetzt § 166 Abs. 2, der, wie ich glaube, dem Text entspricht.

zipals ausgelegt werden, dass aber natürlich, je mehr Bedingungen und Einzelbestimmungen in der Bevollmächtigung erwähnt sind, diese Berücksichtigung der Meinung des Prinzipals desto ausgedehnter sein wird. Hat der Geschäftsherr die *lex contractus* gänzlich oder teilweise verfertigt und es dem Vertreter überlassen, sie nach seinem Gutbefinden in seinem Namen zu sanktionieren, so muss seine Erklärung natürlich um so mehr in Betracht kommen, weil er die Rolle des Verfassers mit der Rolle des Geschäftsherrn in einer Person vereinigt.

Es soll noch die Lehre erörtert werden, inwieweit bei einer Kenntnis heimlicher Mängel seitens des Vertreters ein über die mangelhaften Sachen abgeschlossener Kauf angefochten werden kann. Eine gewisse Ähnlichkeit mit dem bisher Erörterten liegt allerdings vor. Die Schutzmittel des ädilischen Ediktes dienen zum Schutze gegen Enttäuschungen, können also da nicht stattfinden, wo der Geschädigte den Mangel der Sache kannte, sich also nicht beschweren kann, weil ihm jedes Schutzbedürfnis fehlt.

In diesem Sinne sagt *lex 13 dig. de contrah. emptione 18, 1* (Pomponius):

Sed si servo meo vel ei cui mandavero vendas sciens fugitivum illo ignorante, me sciente, non teneri te ex empto verum est.

Es wird hier nicht etwa ein Fall vorausgesetzt, in welchem der dominus bloss weiss, dass der Mensch ein fugitivus ist, ohne zu ahnen, dass gerade dieses Individuum seinem Vertreter verkauft wird, sondern man muss das *sciens fugitivum* ergänzen in „*sciens fugitivum vendi*“ (nicht in „*fugitivum esse*“); d. h. der Prinzipal weiss es, dass der gekaufte Mensch ein fugitivus ist und widerspricht nicht; er will also offenbar den Sklaven trotzdem haben, wahrscheinlich um ihn dessen wahren Herrn vorzuenthalten¹⁾.

¹⁾ Die l. 13 cit. nötigt keineswegs, wie Hellmann a. a. O. S. 159 in Anlehnung an die Glosse will, in die l. 12, eod. 18, 1 die Worte *sed prohibere non valente* einzuschieben. Ob in dem Falle der *lex 12* der Prinzipal den Vertrag des Vertreters hindern konnte, ist gleichgültig; nichts zwingt ihn, darauf hinzuhören, was sein Vertreter verabredet. Überhaupt gibt die l. 12 nur an, in welcher Weise der Inhalt der Abrede eines Stellvertreters

Genau so verhält es sich mit den ädilizischen Rechtsmitteln. Wusste der Geschäftsherr schon vorher, dass gerade die ihm als mangelhaft bekannte Sache für ihn gekauft werden sollte¹⁾, so kann er sich über den Mangel nicht beschweren, falls er es unterliess, den Vertreter zu warnen, oder sogar ihn ausdrücklich zu dem Kaufe beauftragte. Bemisst der Vertreter aus Unkenntnis des Mangels den Kaufpreis zu hoch, so muss der Geschäftsherr diesen Schaden als von ihm verschuldet tragen. Kauft dagegen der Vertreter einen Gegenstand, ohne dessen Mangel zu kennen, z. B. ein Pferd, das sein Vollmachtgeber als Tierarzt kurz vorher behandelt hatte, so ist der Kauf auch dann anfechtbar, wenn der Prinzipal zufälligerweise den Mangel kannte, es aber vorher nicht wusste, dass gerade diese mangelhafte Sache seinem Vertreter in die Hände fallen werde. Hier beruft sich der Vertretene durchaus nicht auf einen Schaden, welchen er vorhersehen und abwenden konnte. Sein Schutzbedürfnis ist zweifellos. Vgl. lex 51 p. dig. de aedilicio ed. 21, 1 (Africanus):

Cum mancipium morbosum vel vitiosum servus emat et redhibitoria vel ex empto dominus experiatur, omnimodo scientiam servi, non domini spectandam esse ait, ut nihil intersit, peculiari an domini nomine emerit et certum incertumve mandante eo emerit, quia tunc et illud ex bona fide est servum, cum quo negotium sit gestum, deceptum non esse, et rursus delictum ejusdem, quod in contrahendo admiserit, domino nocere debet; sed si servus mandatu domini hominem emerit, quem dominus vitiosum esse sciret, non tenetur venditor.

Die Lehre der Kenntnis des Vertreters von den Voraussetzungen des Vertragsschlusses ist also hinsichtlich der ädilizischen Klagen einerseits und der Berufung auf Nichtigkeit andererseits insofern dieselbe, als es sich in beiden Fällen um

zu bestimmen ist, während die l. 13 einen Fall bespricht, in welchem jemand sich ausnahmsweise nicht auf die Abrede berufen kann, ohne dabei dolose zu verfahren. — Der Fall der l. 13 cit. 18, 1 war wohl nicht ohne Einfluss auf § 166 Abs. 2.

¹⁾ Man denke an einen Tierarzt, welcher ein von ihm behandeltes Pferd durch einen Vertreter für sich kaufen lässt.

ein inneres Wissen des Prinzipals handeln kann, das eine Berufung auf den Inhalt der Erklärung des Vertreters als dolos erscheinen lassen würde, und also ausschliesst. Keineswegs aber herrscht eine solche Übereinstimmung der beiden Fälle in der anderen Frage, aus wessen Seele der Inhalt der Vertragserklärungen zu bestimmen ist, und folgeweise, ob sie wegen Dissenses oder Bedingungs mangels nicht gelten können¹⁾. Daher ist denn auch die Beantwortung dieser letzteren Frage, mit der Lehre von den dem Vertreter unbekanntem heimlichen Mängeln keineswegs identisch, sondern von einer bloss allgemeinen Ähnlichkeit.

Noch weit verschiedener von der oben entwickelten Materie ist die veraltete Frage, wie es nach römischem Rechte zu halten war, wenn ein Freier sich betrüglicherweise als Sklave verkaufen liess, um den Kaufpreis mit dem Verkäufer zu teilen, und der Vertreter den Betrug durchschaute. Gegen einen solchen Betrüger gab das römische Recht dem Getäuschten unter gewissen Voraussetzungen eine Klage auf das Doppelte dessen, was als Kaufpreis gezahlt oder auch nur versprochen worden war²⁾, gleichviel, ob dieser Betrüger selbst etwas davon wirklich erhalten hatte oder nicht. Die Gewährung dieses Anspruches sollte also vor einer Schädigung durch einen derartigen Betrug schützen. Kaufte nun ein Vertreter wissentlich einen solchen Menschen, ohne dazu einen besondern Auftrag zu haben, so konnte der Geschäftsherr nicht klagen; denn er war getäuscht und geschädigt, aber nicht durch den Verkauften, sondern nur durch seinen Vertreter, und auf diesen Fall bezog sich die Gewährung der actio dupli nicht.

Ganz anders, wenn der Prinzipal dem Vertreter die besondere Weisung erteilt hatte, gerade diesen Menschen zu kaufen, welcher als Sklave feilgeboten wurde. Kaufte hier der Vertreter den Sklaven, so war der Herr auf alle Fälle durch das Ausbieten des Menschen geschädigt worden, auch wenn der Vertreter dessen Freiheit kannte und doloserweise — sei es

¹⁾ Darauf ist auch jetzt § 166 Abs. 2 BGB. nicht zu beziehen. Hierfür gilt § 133 BGB.

²⁾ l. 18 pr. dig. de liberali causa 40, 12.

mit, sei es ohne Einverständnis mit dem Feilgebotenen — dazu beitrug, den Herren zu schädigen. Hier war die Schädigung durch eine Täuschung des Herren von dem Ausgebotenen verursacht worden. Also wurde die *actio dupli* gegeben.

arg. l. 16 § 3 dig. de liberali causa 40, 12 (Ulpianus):

Quare si filius familias emit, siquidem ipse scit, pater ignoravit, non adquisiit patri actionem; hoc si peculiari nomine egerit; ceterum si patre mandante, hic quaeritur, an filii scientia noceat. Et puto, adhuc nocere, quem admodum procuratoris nocet.

Die letzten Worte bedeuten: „unter denselben Voraussetzungen, unter denen eine Kenntnis des procurators schadet“¹⁾, d. h., wie aus der noch zu besprechenden *lex 17 dig. eod.* hervorgeht, bei einem Generalmandate, nicht bei einer besonderen Weisung. Mit der Lehre von der Vertragsauslegung und also mit der *lex 12 dig. contr. empt. 18, 1* hat dieser letzterwähnte Fall nicht die geringste Ähnlichkeit; es handelt sich gar nicht um den vermutlichen Vertragswillen des Geschäftsherrn, sondern darum, inwieweit er durch das Delikt geschädigt worden ist. Mit der Lehre von der Kenntnis heimlicher Mängel ist allerdings im Falle der l. 16 § 3 cit. sowohl nach dem Inhalte, als auch nach der Begründung der getroffenen Entscheidung eine gewisse Ähnlichkeit vorhanden. Es sind nämlich bei einem besonderen Auftrage seitens des Vertretenen in beiden Fällen diesem die auf die Täuschung gegründeten Klagen zu versagen, und sie können ihm andererseits nicht entzogen werden, wenn der Vertreter getäuscht wird und der Geschäftsherr zwar den Mangel des Kaufgegenstandes kennt, aber nicht weiss, dass dieser für ihn gekauft wird. Damit hat aber die Ähnlichkeit ein Ende; denn die juristische Verschiedenheit beider Fälle liegt darin, dass in dem einen ein mit Enttäuschungen verbundener Vertrag aufgehoben, in dem anderen ein Delikt mit Nachteilen verknüpft wird. Darum würde es ganz unzulässig sein, etwa in Analogie der l. 17 cit. dig. 40, 12 im Falle eines besonderen Auftrages dann, wenn der Vertreter betrügerischerweise handelt, weil er die Mängel der gekauften Sachen kennt,

¹⁾ So richtig Hellmann a. a. O. S. 158.

dem Prinzipal die ädilizischen Klagen zu gewähren¹⁾. Wusste der Verkäufer hierbei nicht, dass der Geschäftsherr durch den Vertreter betrogen wird, so geht ihm dies gar nichts an. Es genügt, dass der Vertreter, der die Sache besichtigt hat oder, auf nähere Besichtigung verzichtend, deren erkennbare Mangelhaftigkeit mit in den Kauf nehmen will, den Fehler erkennen konnte²⁾. Der Geschäftsherr muss sich wegen des Schadens an den Vertreter halten. Ist dieser freilich mit dem Verkäufer in einem betrügerlichen Einverständnis, so haftet der Geschäftsherr nicht; jedoch schützt ihn nicht etwa das ädilizische Edikt, sondern die Nichtigkeit des Geschäftes wegen Vollmachtüberschreitung.

Noch in einem anderen Punkte zeigt sich die Unzulässigkeit einer Analogie zwischen den beiden miteinander verglichenen Materien. Wenn ein sog. stiller Stellvertreter oder Ersatzmann das Geschäft abschliesst, so kommt es auf die Kenntnis seines Auftraggebers hinsichtlich der ädilizischen Klagen gar nicht an, weil das gesamte Auftragsverhältnis für den Abschluss eines solchen Kaufes eine *res externa* ist.

arg. l. 51 § 1 dig. de aedilicio edicto 21, 1 (Africanus):

Circa procuratoris personam, cum quidem ipse scierit morbosum vitiosum esse, non dubitandum, quin, quamvis ipse domino mandati vel negotiorum gestorum actione sit obstrictus, nihilo magis eo nomine agere possit: at cum ipse ignorans esse vitiosum mandatu domini qui id sciret emerit et redhibitoria agat, ex persona domini utilem exceptionem ei non putabat opponendam.

Ganz anders, wenn der stille Stellvertreter den als Sklaven

¹⁾ Die Fassung des § 166 Abs. 2 BGB. vermeidet diesen naheliegenden Missgriff.

²⁾ Ein Käufer kann das Objekt auch durch eine andere Person, als einen Vertreter im Vertragsschlusse besichtigen lassen, nämlich dann, wenn er auf Grund dieser Besichtigung, deren Ergebnis ihm mitgeteilt werden soll, selbst kontrahieren will. Tut er dies, so will er alles so gehalten wissen, als ob er selbst der Besichtigende gewesen wäre. Kennt dann der Geschäftsherr den Mangel, und konnte der Besichtigende ihn nicht erkennen, so verliert der Geschäftsherr hier ebensowenig, wie bei der Kenntnis des Generalmandatars die ädilizischen Klagen: Man könnte hier allenfalls von einer „Vertretung in der Besichtigung“ sprechen.

ausgebotenen Freien kaufte und dabei selbst den Betrug nicht kannte. Hier war er durch den Betrug selber nicht geschädigt; denn ihm musste der Prinzipal für alle Auslagen aufkommen. Der Prinzipal aber, der den Betrug durchschaute und dennoch den Feilgebotenen zu kaufen den Auftrag gab, war zwar vielleicht dadurch geschädigt, keineswegs aber dabei betrogen worden. Es war also weder der Vertreter noch der Geschäftsherr zugleich betrogen und geschädigt, so dass keiner von beiden die *actio dupli* anstellen konnte:

arg. l. 17 dig. de liberali causa 40, 12 (Paulus):

In servo et in eo, qui mandato nostro emit, tale est, ut, si certum hominem mandavero emi sciens, liberum esse, licet is, cui mandatum est, ignoret, idem sit: et non competit ei *actio* ¹⁾.

Auch noch eine weitere Lehre ist hierhergezogen worden, welche mit den oben ausgeführten Materien in einem höchsten Zusammenhange steht, nämlich die Haftung für die *poena litigiosi* bei einem Kaufe, den der Vertreter in Kenntnis der Litigiosität der Sache abgeschlossen hatte²⁾. Die Androhung der *poena litigiosi* bezweckte, von dem Ankaufe der *res litigiosae* abzuhalten. Sie würde ein reiner Schlag ins Wasser gewesen sein, wenn nicht auch der Herr für derartige rechtswidrige Geschäfte des Vertreters haftete; denn nichts würde sonst leichter gewesen sein, als durch die Vorschiebung anscheinend unbefangener Vertreter das Gesetz zu umgehen. Nicht bloss die Geschäftsherren, sondern auch deren Agenten sollten von solchen Geschäften abgehalten werden. Hatte dagegen der Prinzipal zwar *bona fide* den Ankauf geboten, der Stellvertreter aber, wissend, dass dieser Ankauf ein verbotenes Geschäft war, ihn ausgeführt, so sollte der *dominus* nicht darunter leiden; denn er selbst war unschuldig, und die Gründe, welche sonst dahin führen, Herren für die Vertreter haften zu lassen, griffen

¹⁾ Es liegt somit keine Veranlassung dazu vor, dieses *ei in mihi* nach l. 51 § 1 dig. de aed. ed. 21, 1 umzuwandeln (so Hellmann S. 160), da die beiden Fälle eben gar nicht analog sind.

²⁾ lex 2 dig. de litigiosis 44, 6. Im heutigen Recht ist dieser Fall veraltet. Hierdurch wurde es möglich, die allgemeine Regel des § 166 BGB. aufzustellen, die für das römische Recht noch nicht passend gewesen wäre.

hier nicht Platz; denn der Vertreter war hier weder arglistigerweise vorgeschoben worden, noch hatte er aus eigener Initiative den Entschluss gefasst, seinem Herrn einen unerlaubten Vorteil zuzuwenden, die Anregung zu dem Geschäfte kam vielmehr aus der Seele des Herren.

Diese ganze Lehre liegt von der Lehre der Nichtigkeit der durch den Irrtum beeinflussten Vertragsschlüsse soweit ab, dass nur mit der grössten Mühe Vergleichungspunkte auffindbar sind.

6. Der Irrtum als Rechtserzeuger.

§ 30.

Wir sahen schon oben, dass ein Irrtum neben einem Tatbestande stehen kann, der schon für sich allein betrachtet ein nichtiges Geschäft darstellt, gleichviel, ob der Irrtum vorliegt oder nicht. So z. B. bei dem Verkaufe eines nicht mehr existierenden Hauses, von dessen Untergang die Parteien nichts wissen¹⁾.

Man kann hier mit älteren Juristen von einem Irrtume reden, der die Nichtigkeit bloss begleitet (sog. begleitender Irrtum²⁾), nicht aber begründet. Diese Art des Irrtumes wird vielfach mit dem unwesentlichen Irrtume identifiziert³⁾; in diesem Sinne hat sie kein besonderes Interesse. Vielfach bezeichnet man aber mit diesem Namen auch den Gegensatz zu dem bestimmenden Irrtume⁴⁾, d. h. demjenigen, welcher die Vertragserklärung hervortreibt, z. B. den blossen *error de persona*, welcher nicht zugleich ein *error in persona* ist⁵⁾.

¹⁾ Unwissenheit und Irrtum (= falsche Vorstellung) stehen sich auf dem Rechtsgebiete gleich; vgl. hierzu Daller, Der Irrtum als trennendes Ehehindernis, Landshut 1861 S. 4; Bruns Pandektenfragmente S. 479; Zitelmann J. und R. S. 319 ff. und vor allem Savigny, System Bd. 3 S. 111, 326.

²⁾ Das Wort findet sich noch bei Bruns in den Pandektenfragmenten S. 479.

³⁾ Namentlich bei Kanonisten; vgl. aber auch Richelmann a. a. O. S. 162.

⁴⁾ Dem *error causam* dans vgl. Donellus comment. de jure civili lib. XIV, t. II cap. X *Francofurti* ad M. 1605 p. 249, welcher von einer *causa impulsiva* spricht.

⁵⁾ Gundling (*Gundlingiana*, Halle 1724, Stück 33 § 15 S. 227) teilt genau denselben Fall mit, welchen Bekker (*KrVJSchr.* III S. 200) völlig

Eine besondere Art des bloss begleitenden Irrtums ist der nachhinkende Irrtum, d. h. ein solcher, der erst nach vollendetem Geschäftsabschlusse entsteht und also für dessen Beurteilung nicht mehr in Frage kommen kann. Schon in alter Zeit ist gegen die Konfusion der Nichtigkeitsfälle, bei denen der Irrtum bloss neben dem wahren Nichtigkeitsgrunde herläuft, mit der Lehre vom Irrtume als Nichtigkeitsgrund Widerspruch erhoben worden¹⁾, aber ohne Erfolg, sonst würden Kategorien, wie diejenige des *error in qualitate legali*²⁾ und diejenige des *error in existentia*³⁾, nicht aufgestellt worden sein. Savigny, welcher mit Recht die Lehre von den Nichtigkeitsgründen, welche nichts mit dem Irrtume zu tun haben, von der Irrtumstheorie geschieden wissen will, geht in seiner Lehre vom unechten Irrtume⁴⁾ in entgegengesetzter Richtung zu weit⁵⁾. Er stellt ohne weiteres die Fälle eines bei einem nichtigen Geschäftes bloss nebenhergehenden und juristisch völlig gleichgültigen Irrtumes in eine Klasse mit dem wesentlichen Irrtume, weil auch bei diesem die Nichtigkeit des Geschäfts nicht durch den Irrtum bewirkt sei⁶⁾. So richtig dies ist, so ist doch noch ein

unabhängig davon ausgesonnen hat. Nur heisst der Verkäufer dort Mevius und hier Mayr.

¹⁾ Thomas von Aquino, *supplementum tertiae partis summae totius theologiae* qu. 51, art. 2 conclusio ad sextum.

²⁾ I. 2 §§ 15, 16 dig. pro emptore 41, 4. Hankoph, *de effectu erroris in contractu empti venditi*. Kilonii 1749. Ähnlich hinsichtlich des Irrtumes über den Wahnsinn des Mitkontrahenten. Georg Adam Struvii, *syntagma juris civilis cum additionibus Mülleri* 1692. ad tit. dig. 18, 1 pag. 1502.

³⁾ Thibaut, *System des Pandektenrechtes* § 449; vgl. auch *Entsch. des Reichsoberhandelsgerichtes* Bd. 16 S. 151. Über diesen Irrtum in der Existenz vgl. Zitelmann J. und R. S. 448 Anm. 401; Bruns, *Pandektenfragmente* S. 480, I. 108 § 10 Dig. de leg. I, I. 1 § 7 Dig. de dote prael. 33, 4. Gegen die Kategorie des Irrtums in der Existenz vgl. auch noch Bruns *Pandektenfragmente*, kl. Schr. II S. 481; Savigny Bd. III, S. 302, 303.

⁴⁾ Vgl. über diesen Ausdruck Kipp-Windscheid, *Pandekten*, Bd. I § 76 Anm. 1b. Der Irrtum (als Nichtigkeitsgrund) ist ein bloss scheinbarer Rechtserzeuger. Er erzeugt keine Rechte, sondern nur wertlose Tatbestände.

⁵⁾ Savigny, *System* III S. 440 ff.

⁶⁾ Nur die nichtigen Verhandlungen sind vom Irrtum verursacht, nicht ihre Unzulänglichkeit, diese folgt aus der Beschaffenheit des Verhandelten.

grosser Unterschied zwischen Fällen, in welchen der Irrtum ganz gleichgültig, und solchen, in denen sein Nachweis zur Darlegung der Nichtigkeit des Geschäftes unerlässlich ist. Mag immerhin bei dem wesentlichen Irrtume der nächste Nichtigkeitsgrund nicht der Irrtum, sondern der Mangel des „Willens“, d. h. des rechtserheblichen Willens sein, dieser Mangel des Willens kann nicht anders erwiesen werden, als eben aus jenem Irrtume¹⁾.

Wir werden daher innerhalb des Irrtumes bei nichtigen Verträgen den Irrtum, aus welchem die Nichtigkeit gefolgert wird, schärfer von dem sonstigen Gebiete dieses Begriffes zu sondern haben, als es bei Savigny geschieht. Immerhin hat gerade Savigny dargetan, warum es bei der Frage, ob ein Irrtum Nichtigkeit begründe, auf dessen Entschuldbarkeit nicht ankommen kann²⁾. Der fehlende Tatbestand eines Geschäftes kann durch die Schuld einer Partei nicht ausgefüllt werden.

Der enge Zusammenhang, in welchem in früherer Zeit die Lehre von dem Irrtume bei Verträgen mit der Usukapionslehre gebracht wurde³⁾ war wohl vornehmlich die Ursache davon, dass man die Berufung auf unentschuldbaren Irrtum auch hier, wie überall, für unzulässig hielt⁴⁾.

¹⁾ Anders der Irrtum als blosser Anfechtungsgrund. Seine Erheblichkeit gewinnen wir nicht durch Auslegung, sondern durch ein Eindringen in die Seele des Irrenden, jenseits der Grenzlinien, an der die Auslegung Halt macht. Sie liegt tiefer in dieser Seele als die Erheblichkeit des nichtigkeitsbegründenden Irrtums.

²⁾ Wenn das BGB. dies auch auf den Irrtum als Anfechtungsgrund ausgedehnt hat (§ 119), so war dies nicht Savignys Schuld.

³⁾ Durch die Anlehnung der gesamten Irrtumslehre an die allgemeinen Titel *de juris et facti ignorantia* dig. 22, 6 Cod. I, 18. Im übrigen wurde hauptsächlich der *titulus digestorum de contrahenda emptione* 18, 1 als *sedes materiae* betrachtet.

⁴⁾ Vgl. über diese Frage auch Exner, *Tradition* S. 269 Anm. 49. Schon Irnerius und Johannes Bassianus stellten die Ansicht auf: *Non videtur consentire, qui in facto errat* (Hänel, *dissensiones dominorum*, Lipsiae 1834 pag. 266). Ähnlich z. B. Gundling (*Nicolai Hieronymi Gundling, jus naturae ac gentium*, Halae 1736 S. 145 ad III) und noch Mühlenbruch, *Pandektenrecht* § 95. Die Berufung auf einen durch culpa lata hervorgerufenen Irrtum hielten noch Thibaut, *System des Pandektenrechtes* § 448, und Glück, *Erläuterung der Pandekten* Bd. 16 S. 26 Anm. für un-

Immerhin war es Savignys Verdienst, nachgewiesen zu haben, dass es da, wo der Irrtum die Nichtberücksichtigung des Geschäftes vermöge der Auslegung seines Inhalts begründet, auf Entschuldbarkeit nicht ankommen kann¹⁾. Dabei wurden jedoch zwei Dinge durcheinander geworfen: ein Rechtssatz und ein legislatorisches Motiv. Ein Rechtssatz würde es sein, wenn es verwehrt wäre, den Nachweis der Nichtigkeit eines Geschäftes auf einen unentschuldbaren Irrtum zu stützen. Ein bloss legislatorisches Motiv ist aber die Erwägung, dass in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle der Erklärende den ihm unerwünschten Inhalt der Erklärung verschuldet. Es ist dies eine legislatorische Präsumption, bei der von einem Gegenbeweise nicht die Rede sein kann²⁾. In diesem Sinne behauptet man öfters, dass „Wissen“ und „Wissenmüssen“ immer einander gleichstehen³⁾. Allein man denke nur daran, dass unter Umständen eine Unwissenheit, selbst wenn sie noch so unentschuldbar ist, das Vorhandensein eines dolus ausschliessen kann. Jener allgemeine Satz hat daher nur eine beschränkte Richtigkeit⁴⁾.

Trotzdem ist Savigny auch wohl hier zu weit gegangen,

zulässig. Gegen jede Berücksichtigung der Entschuldbarkeit bei der Frage nach der Erheblichkeit des wesentlichen Irrtums erklärt sich namentlich Savigny, System Bd. 3 S. 446; vgl. auch S. 249 Anm. d. Für diese Berücksichtigung wieder Dernburg, Lehrbuch des preuss. Privatrechts Bd. I § 109; Hölder, KrVJSchr. Bd. 14 S. 580; insbesondere Graf Piniński, Tatbestand II S. 402 ff. Zu allgemein spricht jedenfalls l. 9 pr. Dig. de pr. juris et facti ignor. XXII, 6.

¹⁾ So schon Grotius, de jure belli ac pacis lib. II c. 11 § 6; doch noch deutlicher Gundling (Gundlingiana, darinnen allerhand zur Jurisprudenz, Philosophie, Historie, Kritik, Literatur und übrigen Gelehrsamkeit gehörigen Sachen abgehandelt werden. 33. Stück, Halle 1724, besonders S. 235).

²⁾ Vgl. oben § 11 Burkhard, zivilistische Präsumtionen S. 173 ff.

³⁾ So Hankoph, de effectu erroris in contractu emti venditi, Kilomii 1749 S. 6: paria sunt scire ac scire posse vel debere. Etwas ähnliches, doch weniger allgemein vgl. bei Regelsberger in Endemanns Handbuch des Handelsrechts Bd. II S. 392 Anm. 29 und in den dort zitierten Urteilen.

⁴⁾ Die eigenartige Lehre des Grafen Piniński (Tatbestand des Sachbesitzererwerbs II S. 402 ff.) lediglich auf die Probabilität des Irrtums sieht, ist daher (abgesehen von Usucapionen, l. 5 Dig. pro suo. 41, 10) nicht anzuerkennen, ungeachtet vieler treffender Bemerkungen im Einzelnen.

wenn er jeden Zusammenhang zwischen der Erheblichkeit und Entschuldbarkeit des Irrtumes leugnet¹⁾, obgleich hierfür nur bei Testamenten, nicht bei Verträgen, ein Beweis vorliegt²⁾. Dass der wesentliche Irrtum entschuldbar sein müsse, um Berücksichtigung zu finden, ist aus der lex 18 § 1 dig. de contrah. empt. 18, 1 (Pomponius) gefolgert worden³⁾:

Si servus domini jussu in demonstrandis finibus agri venditi (also nach Abschluss des Kaufvertrages) vel errore vel dolo plus demonstraverit, id tamen demonstratum accipi oportet, quod dominus senserit: et idem Alfenus scripsit de vacua possessione per servum tradita.

Aus der Stelle geht nicht hervor, dass der Irrtum entschuldbar war. Die Nichtigkeit der Übergabe der überwiesenen Landfläche folgt hier daraus, dass Sklave und Käufer das Geschäft auf Grund des vorher abgeschlossenen Kaufes vornahmen und es nur gelten lassen wollten, falls es sich auf dieselbe Grundfläche richtete, wie dieser. Insoweit dies nicht der Fall war, sollte es nicht gelten.

Aus der Nichtigkeit eines Vertrages folgt aber keineswegs, dass er nicht andere, als die angeordneten Wirkungen, namentlich die Haftung für das Erfüllungsinteresse erzeugen kann. Diese Haftung tritt dann ein, wenn der eine Kontrahent, z. B. der Verkäufer, für den Fall der Nichtigkeit des Geschäftes wegen einer fehlenden Eigenschaft eine solche Haftung ausdrücklich übernommen hat, und, da die stillschweigenden Erklärungen grundsätzlich den ausdrücklichen gleichstehen, auch dann, wenn es stillschweigend geschehen ist. Eine solche stillschweigende Übernahme der Haftung für das Erfüllungsinteresse bei Nichtigkeit des Vertrages werden wir aber überall da anzunehmen haben, wo der eine Kontrahent erwarten durfte, dass der andere sich über das Nichtvorhandensein des Nichtigkeitsgrundes vergewissert habe und ihm dafür einstehen wolle⁴⁾. Sichert also z. B. der Verkäufer die Echtheit der verkauften Metall-

¹⁾ Dernburgs Protest a. a. O. § 109 erscheint somit als berechtigt.

²⁾ c. 7 Cod. de her. inst. VI 24.

³⁾ Hölder, KrVJSchr. Bd. 14 S. 580.

⁴⁾ Dem entspricht § 307 BGB., woselbst jedoch die Haftung auf das negative Vertragsinteresse beschränkt ist. Ich sehe darin keine Verbesserung.

waren zu, so muss er bei deren Unechtheit (wenn nicht etwa die Ware trotzdem als gekauft gelten sollte) das Erfüllungsinteresse prästieren. Hierauf bezieht sich die *lex 15 dig. de contrahenda emptione 18, 1* (Paulus):

Etsi consensum fuerit in corpus, id tamen in rerum natura ante venditionem esse desierit, nulla emptio est.
 § 1 *Ignorantia emptori prodest, quae non in supinum hominem cadit.*

Die verschuldete Unkenntnis des Käufers bezieht sich hier nicht auf das Versprechen einer nicht existierenden Sache; denn ganz allgemein aufgefasst hat der Satz: „ignorantia emptori prodest“ keinen Sinn, auch wird man wohl kaum die dem Käufer gewährte Möglichkeit, den Kauf als nichtig zu behandeln, als etwas, quod emptori prodest, auffassen dürfen. Das Gegenteil scheinen diejenigen anzunehmen, welche die Stelle in der Irrtumslehre zitieren¹⁾. Allein man bedenke, dass der Käufer bei der Geltendmachung der Nichtigkeit keinen Vorteil, sondern nur die Erhaltung des status quo ante begehrt. Es kann also nur von dem Falle die Rede sein, dass der Verkäufer trotz der Unmöglichkeit der Erfüllung für das Erfüllungsinteresse haftet. Diese Haftung ist durch eine entschuldbare ignorantia emptoris bedingt (ignorantia emptori prodest); ohne diese Unkenntnis von dem Sachverhalte kann der Käufer nichts verlangen, weil er nichts erwarten konnte. Dem entspricht *lex 57 § 1 dig. de contrah. emptione 18, 1* (Paulus):

Sin autem venditor quidem sciebat domum esse exustam, emptor autem ignorabat, nullam venditionem stare (d. h. der Käufer hat kein Recht auf die area), si tota domus ante venditionem exusta sit; si vero quantuncunque pars aedificii remaneat, et stare venditionem (d. h. der Käufer kann den Rest der Sache verlangen) et venditorem emptori quod interest restituere.

Es liegen zwei Betrugsfälle vor. In dem einen Falle, in welchem das verkaufte Haus wenigstens zum Teil existiert, hat der Käufer zwei Ansprüche, einen auf den Rest der Sache, den zweiten auf Entschädigung. In dem schlimmeren Falle,

¹⁾ Vgl. Glück, Erläuterung der Pandekten Bd. 16 S. 26 Anm. und Dernburg, Lehrbuch des preuss. Privatrechts § 109 Anm. 3.

in welchem das Haus gar nicht existiert, hat er den ersten Anspruch nicht, weil area und Haus zwei verschiedene Dinge sind. Sollte ihm damit auch der zweite abgesprochen sein? Ausdrücklich ist es nicht geschehen. Allein auch das Gegenteil ist nicht geradezu gesagt. Wie sollte man aber wohl annehmen, dass der Käufer dem schlimmeren Betrage gegenüber hinsichtlich seines Rechtes auf Schadensersatz so sehr viel ungünstiger gestellt ist, als bei der geringeren Täuschung? Die Stelle will offenbar sagen: Existiert das Haus gar nicht, so hat der Käufer keinen Anspruch auf Erfüllung (sondern nur einen solchen auf Schadensersatz), existiert es zum Teile, so hat er beide Ansprüche.

Haftete also der Veräußerer der nichtexistierenden Sache bei Betrug aus seinem Versprechen, so ist es wohl nicht zu kühn, dieses letztere dahin auszudehnen, dass er auch dann haftet, wenn er die Garantie für die Existenz eines Hauses ausdrücklich oder stillschweigend übernahm. Dies wird man z. B. dann nicht annehmen können, wenn es entfernt gelegen und erst kurz vorher vernichtet ist, wohl aber in der Regel dann, wenn es sich in der Nähe befindet und anzunehmen war, dass der Verkäufer genau wüsste, ob es existiert. In allen solchen Fällen gilt die Regel: *Ignorantia emptori prodest quae non in supinum hominem cadit*, d. h. der Käufer kann aus der Garantie für die Existenz der Sache, welche der Verkäufer ihm versprach, dann nicht klagen, wenn er die Nichtexistenz der Sache kannte oder kennen musste, also jenes Garantieverprechen nicht für ein ernstliches ansehen durfte. Es ist das eben nichts, als eine Anwendung der durch dieses ganze Buch festgehaltenen Grundlehre, dass jeder Kontrahent das an ihn gerichtete Versprechen in demjenigen Sinne gelten lassen kann und muss, in welchem er es auffassen durfte.

Das Ergebnis ist, dass es nach römischem Rechte der Annahme einer besonderen Haftung für das negative Vertragsinteresse wegen culpa in contrahendo bei nichtigen Verträgen nicht bedarf. Entweder ist nämlich eine beiderseitige culpa vorhanden und also nach allgemeinen Grundsätzen¹⁾ eine

¹⁾ I. 203 dig. de divers. reg. 50, 17.

Schadensersatzpflicht ausgeschlossen, oder es ist für den Mitkontrahenten des Culposen schon in anderer Weise gesorgt, nämlich bei der vox ambigua dadurch, dass gegen die Partei ausgelegt wird, die an der Undeutlichkeit seiner Erklärung die Schuld trägt, bei der vox non ambigua dadurch, dass der Adressat der Erklärung sich mit wenigen Ausnahmen an den ihm erkennbaren Sinn der Auslegung halten darf, bei der Unrichtigkeit eines vorausgesetzten Umstandes dadurch, dass der, welcher für dessen Richtigkeit einzustehen ausdrücklich oder stillschweigend verspricht, für das Erfüllungsinteresse haftet. Der Vertrag ist dann zwar nach seinem Wortlaute nichtig, aber nicht völlig wirkungslos, d. h. er bindet nicht auf das, worauf sein Wortlaut hinzielt, wohl aber auf ein Surrogat¹⁾.

Das BGB. sagt freilich über eine Schadensersatzpflicht bei der Nichtigkeit wegen Irrtums nichts. Es erwähnt keine Haftung für negatives Vertragsinteresse bei wahrer Nichtigkeit, nur bei Anfechtbarkeit des Geschäfts. Wer also durch seine Schuld in einem Weinfass Petroleum als Wein verkauft, würde nicht für den entstandenen Schaden haften. § 823 BGB. ist hier wohl kaum anwendbar, da nur das Vermögen als Ganzes verletzt ist, kein einzelnes Recht des Käufers. Eine Analogie des § 122 wäre bei der grossen Verschiedenheit der Fälle sehr gewagt. Von einem stillschweigenden Garantieverprechen auf das Erfüllungsinteresse ist im BGB. hier ebensowenig die Rede, wie bei dem Versprechen der unmöglichen Leistung²⁾.

Bei dem stillschweigenden Garantieverprechen ist nicht der Irrtum der Forderungserzeuger, die Schuld entspringt hier aus den Parteiverhandlungen, die zwar von dem Irrtum verursacht sind, aber aus eigener Kraft eine Schuld (für den Fall des Irrtums) herstellen.

Solange man das stillschweigende Garantieverprechen

¹⁾ Den Protest gegen Mommsen, Über die Haftung der Kontrahenten usw., Braunschweig 1879 S. 11, 12, 187 Anm. 1, in der Ztschr. f. Handelsrecht Bd. 26 S. 303 zieht der Verfasser zurück.

²⁾ Man könnte an eine analoge Behandlung der an bestimmter Stelle nicht vorhandenen Sache mit der gar nicht vorhandenen denken und für das negative Interesse haften lassen.

nicht anerkannte, vermochte die sehr verdienstliche Rechtschöpfung einer so deliktsartigen Haftung für die verschuldete Nichtigkeit des Vertrages allein die Härten einer unrömischen Irrtumslehre auszugleichen¹⁾. Darum ist sie auch für ein Produkt modernen Geistes zu halten. Es lassen sich sogar die Spuren ihrer Entstehung nachweisen. Die Naturrechtslehrer verallgemeinerten bekanntlich die Haftpflicht aus der lex Aquilia zu dem allgemeinen Satze, dass jeder einen durch seine Schuld Benachteiligten entschädigen muss²⁾. Daraus wurde dann wieder die Haftung für culpa in contrahendo insbesondere gefolgert³⁾. So erklärt sich wohl die Aufnahme dieser letzteren Haftung in das allgemeine preussische Landrecht⁴⁾.

Bei der Haftung wegen culpa in contrahendo, ebenso wie bei dem stillschweigenden Garantieverprechen wirkt der Irrtum rechtserzeugend, also nicht abwehrend, sondern schöpferisch. Savigny gab ihr den unglücklich gewählten Namen „Echter Irrtum“, weil hier der Irrtum ein echter rechtserzeugender Umstand ist, einen absterbenden Namen, dessen Todeskampf durch das Ansehen seines Schöpfers verlängert wird. Auch der Name „unwesentlicher“ Irrtum ist für eine rechtserhebliche Tatsache schlecht gewählt. Nur als Nichtigkeitsbegründer ist dieser Irrtum unwesentlich, sonst aber recht wesentlich, weil beachtenswert.

¹⁾ Der Verf. hat sich im vorstehenden im wesentlichen den Ergebnissen des von Hartmann, Die Obligation, Erlangen 1875 S. 195 ff., Ausgeführten angeschlossen. Vgl. auch die Entsch. des Reichsoberhandelsgerichtes Bd. 16 S. 150 und schon Richelmann a. a. O. S. 129 ff. In ähnlichem Sinne äussert sich Regelsberger in Endemanns Handbuch des Handelsrechtes Bd. II § 242 bes. S. 414 Anm. 5. Auch in Amerika feiert Iherings Theorie von der Haftung für das negative Vertragsinteresse Triumphe; vgl. Mc Keag, mistake in contract, Columbia University, New York 1905 chapter VII p. 72 ff.

²⁾ Christianus de Wolff, institutiones juris naturae et gentium, Halae 1763 § 270.

³⁾ So ausdrücklich Wolff a. a. O. § 405 S. 203. Gundling in der Gundlingiana, Halle 1724 Stück 33 S. 236. Vgl. auch ebenda S. 228: „Wer die Schuld hat, ist keines favours in diesem Falle würdig“. „Dass die römischen Juristen hier anders dezidiret, ist teils ungewiss, teils wenn auch dem also, uns nicht hinderlich“.

⁴⁾ §§ 284, 285 ALR. TL. I Tit. 5, vgl. auch § 79 I 4 und § 82 I 4, auch § 105 I 5 § 56 I 4. Gegen die Haftung für culpa in contrahendo Savigny, System III S. 294 Anm. d.

Zu dieser Gruppe des rechtserzeugenden Irrtums gehört der Irrtum als Erzeuger

1. eines Anfechtungsrechts (vgl. unten § 33),
2. einer Entschädigungspflicht
 - aa) wegen Erregung des Irrtums, insbesondere beim Betrug¹⁾,
 - bb) wegen Geltendmachung der Anfechtungsrechte aus erlittenem Irrtum (§§ 122 BGB.),
3. der Ansprüche wegen heimlicher Mängel,
4. von Bereicherungsansprüchen (namentlich bei der *condictio debiti*).

Eine Erörterung dieser rechtserzeugenden Irrtümer liegt ausserhalb der Grenzen dieser Schrift.

Dritter Abschnitt

Der Entwicklungsgang der Irrtumslehre.

1. Die Methoden zur Feststellung des nichtigkeitsbegründenden Irrtums.

§ 31.

Die von dem Verfasser angefochtene Theorie hatte mit seiner Irrtumslehre, wie mit jeder anderen, einen gemeinsamen Ausgangspunkt: Es gibt zwei Arten von Irrtümern, solche, aus denen man die Nichtigkeit eines Vertrages folgern kann (sog.

¹⁾ Man könnte vielleicht zweifeln, ob die Theorie, welche der Verfasser vertritt, noch den besonderen Rechtsmitteln aus dem Betrüge Raum gewährt. Man könnte nämlich meinen, dass die Voraussetzung, nicht betrogen zu werden, bei allen Erklärungen erkennbar vorliege, und dass daher für den Fall, dass diese Voraussetzung etwa unrichtig sei, keine Rechtswirkung beabsichtigt werde. Das erstere ist richtig, das letztere aber falsch. Jede Geschäftspartei kann verlangen, dass man bei ihr keinen *dolus* voraussetze. Der Inhalt der besonderen Anfechtungsrechte wegen *dolus* ist nicht aus der Parteiabrede, sondern direkt aus der Gesetzesvorschrift zu entnehmen. Vgl. hierzu Mommsen, Über die Haftung der Kontrahenten bei der Abschliessung von Schuldverträgen, Braunschweig 1879 S. 143 ff.; Savigny, System III S. 343.

errores essentialis), und solche, hinsichtlich deren es nicht der Fall ist (*errores accidentales*). Diese Zweiteilung beherrscht die Irrtumslehre schon seit Jahrhunderten¹⁾.

Ebenso ist es eine alte Lehre, dass nur der wesentliche Irrtum die *voluntas* oder den *consensus* aufhebe²⁾.

Die eigentlich brennende Frage war von alters her die Nachforschung nach dem Kennzeichen, aus welchem man im einzelnen Falle ersehen könne, ob ein Irrtum die *voluntas* ausschliesse.

Man hat hierbei einerseits nach einem Merkmale der Unwesentlichkeit und zweitens nach einem Kennzeichen der Wesentlichkeit geforscht.

¹⁾ Schon Odofredus spricht von sieben Fällen eines *error substantialis* (*Domini Odofredi interpretatio in undecim primos pandectarum libros Lugduni 1550 pag. 96 2. Spalte*). Titius (*observationum ratiocinantium in compendium juris Lauterbachianum centuriae quindecim Lipsiae 1717, observatio 511 S. 335*) unterscheidet *error efficax* und *error concomitans*, de Berger (*oeconomia juris Lipsiae 1734 § 17 pag. 669*), den *error substantialis* und *accidentalialis*.

²⁾ Schon die glossa zu *causa 29 qu. 1* sagt: *nihil est tam contrarium consensui quam error*. Vgl. ferner die bei Thomas von Aquino mitgeteilte, aber von ihm widerlegte Ansicht (*articulus II, quaest 51, supplementum tertiae partis summae totius theologiae „utrum omnis error impedit matrimonium“*): *praeterea consensus aliquid voluntarium nominat, sed error impedit voluntarium*. Schultzen (*synopsis institutionem imperialium Lipsiae et Magdeburgi 1655 S. 153*) bezeugt die Geltung des Satzes: *error excludit consensum in der Praxis der Rota Romana* und bei vielen älteren Schriftstellern. Über die Praxis des Reichskammergerichts vgl. *Mevii decisiones* (ed. X, Frkf. a. M. 1791, s. t. I p. III dec. 306 Anm. 13 *error non habet voluntatem*; ähnlich *ibid.* p. VII dec. 511 Anm. 6). Vgl. ferner *Arnoldi Vinnii, partitionum juris civilis libri IV, Roterodami 1664, liber II c. IV p. 212. Non omnis error consensum non habet*. Ähnlich *Joh. Schilteri institutiones juris Lipsiae 1685 S. 881*. *Lauterbach (collegii theorico-practici pars prima Tubingae 1714 p. 1182)* spricht von einem *error, qui scientiae refragatur et per consequentiam voluntatem excludit*. *Schaumburg (compendium juris digestorum, Jenae 1757 S. 136 § 4)* spricht von Fällen, in denen der *error veritati consensus obest*. Ähnlich *Malblanc, principia juris romani, Tubingae 1801 § 277*. — Eine Originalität ist also hinsichtlich der Unterscheidung desjenigen Irrtumes, welcher den Willen ausschliesst, von den sonstigen Irrtumsfällen v. Savigny nicht zuzuerkennen; vgl. aber auch *Windscheid-Kipp, Pand. § 76 Anm. 1*.

Der erste Weg führt zu dem Satze, dass blosse Beweggründe unwesentlich sind¹⁾.

Nur allzu leicht wurden daher wesentliche Irrtümer, d. h. solche, deren Abwesenheit in deutlich erkennbarer Weise zur Geschäftsbedingung gemacht war, darum als „unwesentliche“ der richterlichen Berücksichtigung entzogen, weil sie falsche Beweggründe waren, als ob nicht jeder wesentliche Irrtum in der gleichen Lage wäre²⁾. Man hat schliesslich sogar den durch einen offenbaren Betrug Geschädigten aus derartigen Gründen das Gehör verweigert³⁾.

Andererseits führte eine Verwechslung der voluntas contrahendi des Einzelnen mit der voluntas contrahentium zu der Ansicht des Hugo Grotius und der im ersten Teile angefochtenen Lehre „von dem inneren Geschäftswillen“, die, konsequent durchgesetzt, zur Erheblichkeit des Irrtums über einen jeden Beweggrund, welcher in mente agentis vim habuerit conditionis⁴⁾ hindrängen müsste.

Eine weitere Verwechslung, welche in der voluntas contrahentium die Vornahme der Erklärungshandlungen sieht und meint, dass der Irrtum die freie Selbstbestimmung ausschliesse und hiernach die Tat des Erklärenden als eine ihm nicht zu-

¹⁾ Schweppe, Das römische Privatrecht, 3. Aufl., Altona 1822 S. 336, welcher sich auf l. 65 § 2 dig. de cond. indeb. 12, 6 beruft. Richelmann, Der Einfluss des Irrtumes auf Verträge, Hannover 1837 §§ 11, 12 S. 36 ff. Rosshirt, Gemeines deutsches Zivilrecht, Heidelberg 1840 S. 373. Die Ausführungen der neueren sind bekannt. Vgl. auch das preuss. ALR. Tit. I Tit. 4 §§ 145 ff. sowie auch noch Donellus comment. de jure civili t. II lib. 14 cap. 10, Francof. a. M. 1605 p. 249, der in der Auslegung der lex 52 dig. de cond. ind. 12, 6 die ihm eigentümliche geistige Freiheit des Systematikers gegenüber der Einzelentscheidung zeigt. Er spricht zunächst den Satz aus: cessante causa finali cessat effectus, statuiert also die Möglichkeit stillschweigender Resolutivbedingungen. Dabei erkennt er an, dass auch die causa impulsiva zum Inhalte einer Geschäftsbedingung gemacht werden könne, und dass dies in jener Stelle offenbar und deshalb nicht anzunehmen ist, weil die causa im vorliegenden Falle eine „causa contempta“ gewesen sei. Vgl. hierzu des Verf. Ausführungen Bd. 1 S. 265 ff.

²⁾ Vgl. auch Herrmann, Giessener Ztschr. N. F. Bd. 3 S. 209.

³⁾ Vgl. die Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichtes Bd. 20 S. 270, 284.

⁴⁾ So ausdrücklich Grotius, de jure belli ac pacis. liber III, c. 23 § 4.

zurechnende erscheinen lasse, ist weit älteren Ursprunges. Auch sie müsste zu der Erheblichkeit eines jeden Irrtums in jedem bestimmenden Beweggrunde hinführen. In diesem Umfange ist sie in der Tat ausgesprochen worden, und zwar schon zur Zeit des Thomas von Aquino und sogar für das Eherecht¹⁾. Es heisst dort, dass jeder bestimmende Irrtum einen nichtigen Eheschluss nach sich ziehe, quia voluntarium secundum Philosophum (Aristoteles ethica III, 1) Gregorium et Nissenum et Damascenum est, cujus principium est in aliquo sciente singularia, in quibus est actus. Dem durch falsche Voraussetzungen hervorgetriebenen actus wird also hier die Eigenschaft einer freien beachtenswerten Tat abgesprochen. Thomas von Aquino hat diese Ansicht (a. a. O.) zu widerlegen versucht; mit dem Aufschwunge philosophischer Studien in Deutschland ist sie gerade bei uns wieder zu neuem Leben erweckt worden. So behauptet z. B. Mühlenbruch²⁾, dass der Irrtum als ein Mangel freier Selbstbestimmung aufzufassen sei, ja sogar noch bei Sintenis³⁾ findet sich die eigentümliche Wendung, bei dem wesentlichen Irrtume sei „die Erklärung nur scheinbar; denn der Handelnde will unbewusst etwas nicht, ohne welches die Handlung als solche nicht existiert“.

Was ist endlich die oben S. 145 ff. widerlegte Lehre von Brinz, Hölder und Zitelmann, welche in besonderen Irrtumsfällen von Handlungen eines Bewusstlosen oder von einem „Irrtume als Mangel des Bewusstseins“ reden will, anderes, als eine teilweise Erneuerung dieser alten Ansicht, welche in

¹⁾ Summa totius Theologiae suppl. III partis, articulus 2, quaestio 51 „utrum omnis error impediatur matrimonium“. Die hier erwähnte, von Thomas verworfene Ansicht ist vom Standpunkte der in ihr adoptierten Übersetzung des Wortes consensus, als der freiwilligen Erklärungshandlung (praeterea consensus aliquid voluntarium nominat) viel zu konsequent, als dass es sich etwa hier bloss um eine von Thomas fingierte Gegenmeinung handeln könnte. Wir haben vielmehr in ihr die Vorläuferin der noch heute höchst einflussreichen Theorie, welche Willensunfreiheit und Wesentlichkeit des Irrtumes miteinander in Zusammenhang bringt, also eine altehrwürdige Quelle eines Zweiges der modernen „psychologischen“ Jurisprudenz zu sehen.

²⁾ Lehrbuch des Pandektenrechtes § 93.

³⁾ Das praktische gemeine Zivilrecht, 3. Auflage, Leipzig 1868, Bd. 1 § 22 Cb. S. 193.

der durch den wesentlichen Irrtum ausgeschlossenen voluntas contrahentium die Tatsache der Erklärungshandlung (velle in einem andern Sinne) sah¹⁾.

Gegen diese nur allzu verzeihlichen exegetischen Missgriffe muss man hervorheben, dass es auf die naturalis voluntas als „inneren Geschäftswillen“ nicht ankommt, sondern auf die rechtserhebliche voluntas civilis, die in der Regel im Tatbestande steckt. Hiernach kommt es bei Vertragserklärungen auf den gesamten psychologischen Tatbestand vor der Erklärungshandlung ganz und gar nicht an.

Nur dies wollte m. E. Savigny²⁾ mit seiner Lehre von der Gleichgültigkeit der Beweggründe zur Willenserklärung S. 112 sagen.

Während hiernach Savigny³⁾ und seine gesamten Vorgänger einen Unterschied zwischen den „Antecedentien“⁴⁾ der Erklärung innerhalb der Seele des Erklärenden nicht machen, sondern sie ausnahmslos Beweggründe der Erklärungshandlung nennen, unterscheiden die neueren innerhalb dieses Vorstadiums zwei Teile: den „Geschäftswillen“ oder die „Geschäftsabsicht“ und die „Beweggründe oder Voraussetzungen dieses Geschäftswillens“ (nicht der Erklärungshandlung)⁵⁾.

¹⁾ Es muss übrigens zugestanden werden, dass es in der Tat ein Unterschied ist, ob man durch falsche Vorstellungen oder Unwissenheit getrieben wird, oder ob man nur deshalb etwas Verkehrtes tut, weil vorhandene richtige Vorstellungen im entscheidenden Momente nicht an die Oberfläche des Bewusstseins hervortraten. Der Unterschied ist jedoch m. E. nur ein psychologischer.

²⁾ Bd. III S. 99 ff.

³⁾ Am meisten scheint freilich Herrmann i. d. Giessener Ztschr. Bd. 3 N. F. S. 198 ff. Savigny missverstanden zu haben. Er fällt a. a. O. durchaus in die von Savigny widerlegten Anschauungen zurück.

⁴⁾ Diesen Ausdruck entlehnt der Verfasser den interessanten Ausführungen von Lammasch „Handlung und Erfolg“, Grünhuts Zeitschrift Bd. 9 S. 248.

⁵⁾ Vgl. Windscheid, Zur Lehre des code Napoléon von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte, Düsseldorf 1847 S. 252; Brinz, Pandekten S. 1411. Auch der Verfasser stand noch ganz innerhalb dieser Lehre in seinen Ausführungen in der Zeitschr. f. Handelsr. Bd. 26 S. 297 ff. § 119 BGB. unterscheidet den Inhalt des Geschäfts von seinen Antezedentien, nicht aber diese Antezedentien selbst; vgl. unten § 33.

Als z. B. durch Verschleierung des sog. Gründergewinnes von den Gründern einer Aktiengesellschaft Personen zur Zeichnung von Aktien verleitet worden waren, verweigerte ihnen das Reichsoberhandelsgericht auf Grund jener eigentümlichen psychologischen Zweiteilung zwischen dem Geschäftswillen und den Beweggründen des Geschäftswillens die Berufung auf einen Irrtum, dessen Abwesenheit als stillschweigende Geschäftsbedingung anzusehen war¹⁾. Es sei, so hiess es, der Irrtum in diesem Falle nur ein Grund der Willensbestimmung, berühre aber den Willen nicht; dieser richte sich nur auf die essentialia negotii.

Was nun das Mittel zur Erkennung der nichtigkeitsbegründenden Art des Irrtumes betrifft, so finden wir zwei Hauptmethoden angewandt: die kasuistische und die prinzipielle Feststellung der Wesentlichkeit.

Die kasuistische Methode ist die bequemste und die mächtigste. Sie stellt die in den Quellen mitgeteilten Entscheidungen, in denen ein nichtiges Geschäft und ein Irrtum vorliegen, nach der Art des Gegenstandes, über den gerade geirrt wird, zusammen, und erklärt sodann, dass in diesen Fällen der Irrtum wesentlich sei, sonst nicht. Diese Methode hat grosse Vorzüge. Vor allem mussten sowohl die Glossatoren als auch die Konsiliatoren nach ihrer Art der Quellenbehandlung zuerst auf sie verfallen²⁾. Sodann erspart sie dem Studierenden und dem Praktiker das Nachdenken, ersterer braucht nur auswendig zu lernen, letzterer nur nachzuschlagen³⁾.

¹⁾ Entsch. des Reichsoberhandelsgerichtes Bd. 22 Nr. 90 S. 338 ff. Es wurde hier zwar nur für das preussische Recht judiziert, aber aus allgemeinen Gründen, welche ebenso gut auch auf das römische Recht hätten angewendet werden können.

²⁾ Vgl. Stintzing, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft. Erste Abt. München und Leipzig 1880 S. 104, 112. Diese Methode ist klar erkennbar aus der glossa In omnibus zur l. 57 (56), de obl. et act. 44, 7.

³⁾ Vgl. Stintzing a. a. O. S. 125. „Dieses Übergewicht der praktischen Richtung, in welche die Vertreter der Rechtswissenschaft durch das Bedürfnis des Lebens und die fortgesetzte Beschäftigung mit praktischen Arbeiten geführt und gebannt wurden, hat es bewirkt, dass in Deutschland weder die systematische noch die antiquarische Methode zu voller Ausbildung und Herrschaft gelangte“.

Darum ist sie auch, mag sie noch so sehr mit prinzipiellen Floskeln verbrämt sein, ein eigentlicher Grundstock der Irrtumslehre Jahrhunderte hindurch gewesen¹⁾. Sicherlich würde der Verfasser nicht gewagt haben, an ihr zu rütteln, wenn sie nicht schliesslich doch für die Exegese und Praxis undurchführbar wäre und deshalb von jeher das Gefühl der Unzufriedenheit hinterlassen hätte. Jetzt hat das BGB. sie endlich fallen gelassen. Ihre Quellenwidrigkeit folgt zunächst daraus, dass blosse Beispiele, welche sich als Ergebnis einer Schlussfolgerung aus allgemeinen Sätzen darstellen, nicht als spezielle Rechtsvorschriften angesehen werden dürften.

Das eigentliche Schmerzenskind der kasuistischen Methode war stets der *error in qualitate*. Das vergebliche Bemühen, diejenigen Eigenschaften zu charakterisieren, welche nach ihrer Beschaffenheit wesentliche sind, und sein Misserfolg sind bekannt. Übrigens hat nicht bloss dieser Übelstand, sondern auch das Unjuristische jenes Haftens an dem Einzelfalle²⁾ schon früher die gebührende Beachtung gefunden. Titius (*observationum ratiocinantium in compendium juris Lauterbachianum Lipsiae 1717*) bemerkte mit Recht zu der kasuistischen Lehre von dem *error in qualitate* (S. 336):

Nimirum cum ex pertinentia rei ad negotium omnem erroris efficaciam aestimare debuissent, illi ex

¹⁾ Vgl. J. Mejeri, *collegium Argentoratense 1657*, tom. I p. 999, sq. H. Hahnii, *observata theoretico-practica ad Matthaei Wensebecii in L libros digestorum commentarios 1659* p. I p. 995. A. Vinnii, *partitionum juris civilis libri 4*, Roterdami 1664, lib. 2 c. 4 p. 212, G. A. Struvii, *synagma juris civilis 1692* p. 1502, Cornelii van Eek, *principia juris civilis cec. ordinem digestorum Traj. ad Rhen. 1724* I cap. 16 p. 431 ff., Wernher, *manuale pandectarum 1736* S. 161, G. F. Ludovici *doctrina pandectarum 1734* p. 322, Glücks *Pandektenkommentar Bd. 16 1814* S. 17 ff., Schweppe, *Das römische Privatrecht*, 3. Aufl., Altona 1822 § 418 S. 336, Holzschuher, *Theorie und Kasuistik*, 3. Aufl. (ed. Kuntze), Leipzig 1863 § 37 Nr. 28 S. 376 ff., Sintenis, *Das praktische gemeine Zivilrecht*, 3. Aufl., Tauchnitz Leipzig 1868 § 22 S. 192 ff. u. a. m.

²⁾ Ein Praktiker bemerkte neulich dem Verfasser gegenüber, dass der Satz: „Die Wesentlichkeit des Irrtumes hängt von seinem Gegenstande ab“ um nichts juristischer sei, als die bei Angeklagten beliebte Redensart, dass sie „wegen eines Paares Stiefeln“ vorbestraft worden seien.

naturali rei habitu hoc definire voluerunt, hinc an in corpore, materia vel qualitate erratum sit, considerarunt, cum tamen non quo loco quid intuitu rei habeatur, sed quo id habuerint paciscentes considerari debeat.

Auch Gundling (*Gundlingiana Halle 1724* Stück 33 S. 207) tadelt es bei der Erörterung der Irrtumslehre, dass „wir nur lesen und diejenigen Entscheidungen nachschwätzen, welche bei besonderen Umständen etwas davon gelallet“.

Neben der kasuistischen Methode stehen die verallgemeinernden. Unter ihnen ist es die scholastische, welche die Wesentlichkeit des Irrtumes danach bestimmt, ob sein Gegenstand ein objektivwesentlicher Vertragsbestandteil ist, d. h. zu denjenigen Teilen des Vertrages gehört, deren Verabredung das objektive Recht voraussetzt, damit der Vertrag rechtsverbindlich werden könne. Der Verfasser nennt diese Lehre eine scholastische, nicht etwa, um sie dadurch zu tadeln, sondern im Gegenteile deshalb, weil sie sich rühmen darf, den gewaltigsten Meister der Scholastik zu ihren Begründern zu zählen. Thomas von Aquino¹⁾ argumentiert zwar nur für das Eherecht, jedoch aus Gesichtspunkten von allgemeiner Bedeutung. Er kämpfte, wie wir sahen, gegen eine radikale Ansicht, welche jeden Irrtum in den entscheidenden Beweggründen für wesentlich hielt. Er gelangt zu einer Einschränkung durch die sehr gefährliche und noch heutzutage übliche Analogie des Strafrechtes. Wie das Strafrecht sich nicht um alle Motive der Tat kümmere, sondern nur um diejenigen, aus welchen der rechtserhebliche *dolus* gefolgert werden soll, so könne auch das Zivilrecht nur solche Motive der Erklärung als erheblich gelten lassen, aus denen hervorgeht, dass sich der Wille auf die Punkte gerichtet hat, deren Verabredung das Gesetz zur Vorbedingung der Vertragsgültigkeit macht²⁾. Also sei auch

¹⁾ a. a. O. qu. 51 art. 2 sub conclusio.

²⁾ *Error autem non excusat a peccato, nisi sit illius circumstantiae, cujus appositio vel remotio faciat differentiam liciti et illiciti in actu, . . . unde oportet, quod error qui matrimonium impedit, sit alienus eorum, quae sunt de essentia matrimonii.* Freilich nimmt Thomas weiterhin das Wort „essentiale“ in einem besonderen Sinne, da er auch den *error conditionis* für wesentlich hält, weil die *mutua potestas* der Gatten, welche durch Sklaverei

nur der Irrtum in solchen Motiven wesentlich. Dieser sicherlich scharfsinnige Vergleich hinkt in dem entscheidenden Punkte. Das Strafgesetz fragt nach dem Willen, nicht um dem Wollenden entgegenzukommen, sondern um ihn, wenn er strafbar ist, zu züchtigen, es sieht daher auf das Innere dieses Menschen nicht weiter, als es zu diesem Zweck nötig ist. Das Zivilrecht fragt aber nach dem Willen des Kontrahenten, um seinem Inhalte Wirksamkeit zu verleihen, und zwar nicht bloss nach dem Teile desselben, dessen Existenz das Gesetz als geringste Vorbedingung seines Schutzes verlangt, sondern auch nach allen den Zusätzen, welche die Partei noch sonst als wichtig beigefügt hat.

Trotz dieses Fehlschlusses erfreute sich die dargestellte Theorie grossen Ansehens, da sie den Schein einer tieferen Begründung an sich trägt¹⁾, und zwar nicht nur innerhalb der Theorie²⁾, sondern namentlich auch in der Praxis des Reichsoberhandelsgerichtes³⁾.

des einen eingeschränkt werde, ein *essentiale* der Ehe sei. Er versteht also unter wesentlich nicht bloss: das „nach objektivem Rechte Erforderliche“, sondern auch das „nach objektivem Rechte Erwünschte“.

¹⁾ Schaumburg (*compendium juris digestorum*, Jenae 1757 S. 136 § 5) spricht von dem *error*, welcher *substantiam negotii* concernit, Malblanc (*principia juris romani Tubingae* 1801, § 279) davon, dass der *error* versatur aut circa *essentia* aut *accidentia* usw. Übrigens sind diese Schriftsteller weit entfernt davon, die Konsequenz ihrer Lehre ernstlich zu ziehen.

²⁾ Vgl. z. B. Voigt, *Archiv für ziv. Praxis*, Bd. 54 S. 80: „Die Relevanz an sich ist aber ganz allgemein abhängig von zwei Requisiten, dass nämlich 1) der *error* wesentlich sei, d. h. einen hauptsächlich tatsächlichen Moment des Rechtsaktes betreffe und 2) der Rechtsakt, bei dem der *error* auftritt, empfindlich gegen denselben und somit empfänglich für dessen Effekt sei“. Vgl. ferner Hölder, *KrVJSchr.* Bd. 14 S. 579 „und kann nur hier ein solcher Irrtum als wesentlicher angesehen werden, der es nach allgemeinem, vom individuellen Motiv abstrahierenden Massstabe ist, d. h. ein solcher, der nicht irgend welche ausserhalb des Geschäftes liegende Momente, sondern wesentliche Momente des Geschäftes selbst betrifft, dieses seinem inneren Gehalte nach als ein anderes erscheinen lässt“. Aus diesem Standpunkte erklärt sich auch die Lehre Hölders hinsichtlich des *error* in qualitate, in welcher er Marzellus vor Ulpian bevorzugt (a. a. O. S. 575) und in welcher Zitelmann, der sonst diesen Standpunkt nicht teilt, ihm, wie wir oben sahen, gefolgt ist.

³⁾ Vgl. das schon oben zitierte Urteil. *Entsch.* Bd. 22 Nr. 90 S. 388 ff., vgl. S. 394: „Unter dem Wesentlichen des Geschäftes, soweit in betreff dessen

Diese Lehre ist nicht ohne wahren Kern. Bei einem jeden *Dissense* in einem *essentiale negotii* muss ein nichtiger Vertrag vorliegen. Trotzdem steckt sie das Gebiet des wesentlichen Irrtumes viel zu eng ab. Es gibt viele Umstände, deren Abrede nicht zu den *essentia* *negotii* gehört, hinsichtlich deren aber ein Irrtum zweifellos wesentlich ist. Zweifellos gehört z. B. die Setzung einer Bedingung zu den *accidentia* *negotii*, und doch liegt ein nichtiger Vertrag vor, wenn ein bedingter Vertragsantrag unbedingt angenommen wird. Die scholastische Theorie muss also dahin führen, die Hervorhebung von Nichtigkeitsgründen in unzulässigster Weise einzuschränken und dem wahren Parteiwillen den unerträglichsten Zwang anzutun. — Auch diese scholastische Methode ist dem BGB. völlig fremd.

Wie sich auf allen Geistesgebieten gegen den mittelalterlichen Zwang eine Revolution erhob, welche die Fesseln zerbrach und in überschäumendem Drange bisweilen über das richtige Ziel hinausschoss, so auch in der Irrtumslehre. Der Begründer einer neuen Methode ist hier Hugo Grotius¹⁾, ein Vorkämpfer des Individualismus. Er lehrt im Gegensatz zu dem grossen Scholastiker, dass der Parteiwille, nicht das objektive Recht die Wesentlichkeit des Irrtums bestimme. Wir dürfen diese Methode die individualistische oder psychologische nennen. Sie ist es, die zuerst in echt naturrechtlichem Radikalismus Testamente und Verträge über einen Leisten schlägt²⁾ und alles von dem Wunsche, welcher die Parteierklärung hervortreibt, abhängen lässt. Man vermied also die *Skylla* der Auslegung, welche in der *voluntas contrahentium* die Erklärungshandlung (statt des Sinnes der Erklärungen) sah, und geriet in eine *Charybdis*, indem man jenes

Willen und Erklärung auch auf seiten derselben erklärenden Person nicht abweichen sollen, können nur diejenigen Geschäftsbestandteile verstanden werden, inbetreff deren das Gesetz eine Willensäusserung erfordert, um ihnen die Rechtswirkung, ein bestimmtes Geschäft darzustellen, zuteil werden zu lassen“.

¹⁾ *De jure belli ac pacis* lib. II cap. 11 lib. III cap. 23.

²⁾ So spricht Grotius a. a. O. nicht mehr von Verträgen oder Testamenten, sondern schlechtweg von der Nichtigkeit des durch *error* bestimmten „actus“.

Wort nunmehr als Bezeichnung der blossen voluntas naturalis contrahendi, des inneren Geschäftswillens, betrachtete. Da dieses ein philosophischer Begriff war, so wandte man sich mit Recht an bewährte philosophische Autoritäten mit der Frage: „Wann schliesst der Irrtum die innere voluntas, d. h. den auf den Erfolg einer Handlung gerichteten Willen aus?“ Auf diese Frage gibt es nur eine richtige Antwort: „Jeder Irrtum, ohne welchen der Irrende den Erfolg nicht wünschen würde, lässt diesen als nicht gewollt erscheinen“¹⁾. Unsere moderne philosophische Jurisprudenz erkennt freilich diesen Satz nicht an; denn seine Konsequenzen stimmen nicht zu den Rechtsvorschriften über die Behandlung dessen, was in den Quellen voluntas contrahentium heisst. Statt nun hieraus zu folgern, dass der Begriff, welchen die Quellen mit diesem Namen bezeichnen, wahrscheinlich ein ganz anderer sei, als die innere voluntas naturalis contrahendi, ziehen sie es vor, den philosophischen Satz aufzustellen, dass nicht alle bestimmenden Irrtümer den Geschäftswillen ausschliessen. Der Beitrag, welchen die Jurisprudenz hier der exakten Philosophie darbietet, wird von dieser schwerlich entgegengenommen werden, da die Königin der Wissenschaften sich nicht nach dem corpus juris zu richten braucht²⁾. Freilich gebührt noch geringerer Dank dem, was die Philosophie uns Juristen in der Frage, ob und wie weit das Recht auf den inneren Willen Rücksicht nehmen soll, darzubieten pflegt. So fühlte sich schon Seneca veranlasst, den Satz auszusprechen, dass man jedes aus Irr-

¹⁾ Vgl. Aristoteles, ethica Nicomachea ed. Ramsauer Lipsiae 1878, lib. 3 cap. 1 S. 138: τὸ δὲ δι' ἀγνοίαν οὐχ ἐκούσιον ἅπαν ἔστιν. S. 142: ὁ τοῦτων τι ἀγνοήσας ἄκων δοκεῖ πεπραχέναι καὶ μάλιστα ἐν τοῖς κυριώτατοις. κυριώτατα δ' εἶναι δοκεῖ ἐν οἷς πράξις καὶ ὁ ἕνεκα. Seneca de beneficiis liber IV cap. 35 omnia esse debent, quae fuerunt cum promitterem, ut promittentis fidem teneas. Vgl. Hugo Grotius de jure belli ac pacis lib. III cap. 23 § 3. Et de errore alibi (lib. II c. 11) diximus, ita jus dare a contractu recedendi, si id, quod per errorem creditum fuit, in mente agentis vim habuerit conditionis.

²⁾ So steht z. B. Lasson, System der Rechtsphilosophie 1882 S. 477, trotz der modernen Jurisprudenz noch immer auf dem Standpunkte des Aristoteles.

tüm gegebene Versprechen brechen könne¹⁾. Dies nimmt nun die philosophische Richtung der neueren Jurisprudenz nicht an, weil sie mit den Quellen eine gewisse Fühlung sucht. Ganz anders Hugo Grotius. Was waren ihm Papinian und Tribonian? Unumwunden spricht er aus, dass die Gültigkeit des Vertrags nur von dem Wunsche, welcher die Parteierklärung hervortreibt, abhängen kann. Es ist dies eine echt unjuristische Idee. Es wird nur an den einen der irrenden Kontrahenten gedacht, der andere wird nicht beachtet²⁾, und von einer Berücksichtigung der Gesamtheit und ihrer Interessen an dem Bestehen gegenseitigen Vertrauens im Verkehrsleben ist keine Rede.

Dass diese Ansicht noch heute nachwirkt, braucht wohl kaum bewiesen zu werden. In ihrer vollen Konsequenz findet sie wohl nur noch eine vereinzelt Anerkennung.

Trotz der Unrichtigkeit und Verkehrsfeindlichkeit dieser Strömung darf man hier ebensowenig, wie sonst, von dem Naturrechte mit der Missachtung sprechen, welche leider heutzutage beinahe an der Tagesordnung ist³⁾. Wir dürfen namentlich nicht übersehen, wie jene vorübergehende Loslösung von den

¹⁾ Seneca, de beneficiis lib. IV, 35, vgl. Anm. 1 c. 36: demens est, qui fidem praestat errori. Non est turpe cum re mutare consilium. Nach cap. 39 ibid. zu schliessen, scheint Zeno in dieser Lehre verständigere Ansichten gehabt zu haben, wenn er auch vielleicht in der dort ventilirten Frage, inwieweit die stipulatio de mutuo dando widerrufflich sei, eine allzu rigorose Entscheidung traf, welche sich höchstens aus der Stipulationsstrenge rechtfertigt. Seneca scheint übrigens bei jener noch heutzutage schwebenden Frage das mutuum mit dem pactum de mutuo dando zu verwechseln (vgl. hierzu jetzt § 610 BGB.).

²⁾ Höchstens insofern, als man die Berufung auf unentschuldbare Irrtümer für unzulässig hielt. So Hugo Grotius de jure belli ac pacis lib. II cap. 11 § 6 und noch jetzt auf ähnlichem Standpunkte Lasson, System der Rechtsphilosophie 1882, S. 477.

³⁾ Der Vorwurf einer naturrechtlichen Deduction scheint manchen geradezu zu verletzen. Wenn der Verf. nicht hierin anderer Meinung wäre, so würde er selbst ihn nicht so oft gebrauchen. — Die geringe Berücksichtigung, welche z. B. Wächter (Pandekten I § 15 S. 71) in seiner trefflichen Übersicht über die Dogmengeschichte der Naturrechtsperiode schenkt, muss ein ganz falsches Bild von der Bedeutung dieser durchaus nicht ruhmlosen Epoche unserer Wissenschaft gewähren.

Quellen, welche das Naturrecht kennzeichnet, zwar sachlich nicht gerechtfertigt, aber doch heilsam war. Man vergegenwärtigte sich die Unübersichtlichkeit des Rechtsstoffes, die Unmöglichkeit, mit den damals zu Gebote stehenden Mitteln Abhilfe zu schaffen. Selbst die systematische Riesenarbeit des Donellus¹⁾ war mit einem Ballaste überlieferter Missverständnisse beladen, und durch die Notwendigkeit, mit Einzelheiten zu rechnen, viel zu kompliziert, um den praktischen Bedürfnissen zu genügen.

Und doch fühlte man heraus, dass ein brauchbares Recht vom legislatorischen Standpunkte aus erklärbar und zugleich einfach sein müsse. So löste man sich von der qualvollen Einzelarbeit los und schrieb nieder, was der Gesamteindruck gebot. Man glaubte sich damit von den Quellen freizumachen, man stand jedoch in ihrem Banne und leistete durch dies intuitive Gewinnen der eigentlichen Ziele der Exegese dieser oft einen viel grösseren Dienst, als die fleissigen „Mikrologen“.

Den glänzendsten Beweis hierfür liefert die Irrtumslehre; denn zur Zeit des Naturrechtes war die Lösung der Hauptfrage schon gefunden, und wenn auch Savigny den Grundgedanken dieser Lösung in seine etwas umständliche Darstellung der Irrtumslehre aufgenommen hat, so verdankt er es den Vorarbeiten einzelner Naturrechtslehrer, und zwar der Richtung, welche nicht bloss in einer rein zersetzenden und radikalen Tendenz wirkte, sondern auf Grund eigener Lebenserfahrungen die eigentlichen praktisch-politischen Grundideen des römischen Rechtes, unbekümmert um die Ungeschicklichkeit der Exegeten, herausfühlte, weil ihre Vertreter den römischen Juristen kongenial waren.

Man musste zu dieser richtigen Ansicht selbst vom Standpunkte einer unrichtigen Auffassung des Parteiwillens kommen, wenn man damit den alten Satz verband, dass jeder Kontrahent

¹⁾ Donellus hat auch hier den Naturrechtlern vorgearbeitet (vgl. Stintzing, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft 1880 S. 137). Dies beweist seine oben erwähnte, freie Stellung zur Lehre von dem Irrtume in den Beweggründen, welche sich von den heutzutage verbreiteten Theorien auf das vorteilhafteste unterscheidet.

es sich verbitten darf, Beweggründe gelten zu lassen, die nicht als Geschäftsbedingungen erkennbar geworden sind. Dass dem so ist, hat bereits die Glosse anerkannt¹⁾, namentlich unterscheidet sie schon genau zwischen Testamenten und Vertragserklärungen. Auch Bartolus²⁾ spricht es aus, und noch im vorigen Jahrhundert ist dieser Grundsatz wiederholt dem radikalen Standpunkte des Hugo Grotius gegenüber hervorgekehrt worden³⁾. Sehr mit Unrecht hat man daher diese Lehre, welche gegen die Ausschreitungen einer naturrechtlichen Doktrin aus alten Autoritäten entnommen wurde, für eine willkürliche und unnatürliche Theorie der Naturrechtler ausgegeben⁴⁾.

Hält man daran fest, so lassen sich in der Tat die Fälle des wesentlichen Irrtumes in die oben angedeutete einfache Formel zusammenfassen. Dass dieses in der Tat möglich ist, entging den Juristen keineswegs. Schon bei Cujacius⁵⁾ findet sich eine dort leider aus völlig unzutreffenden Gründen verworfene Andeutung der richtigen Ansicht in einem einzelnen Falle, nämlich die Bemerkung, dass Accursius⁶⁾ die lex 41 § 1 cit. dig. 18, 1 de contr. empt. auf den Fall bezogen habe, si id fuerit actum nominatim inter contrahentes, ut solida mensa esset ex auro.

Als allgemeines Prinzip erscheint die richtige Lehre bei Samuel von Pufendorf⁷⁾. Dieser trägt die Lehre des Grotius, dass jeder entschuldbare Irrtum über eine *conditio sine qua non* des Geschäftsabschlusses das Geschäft entkräfte, vor und bemerkt a. a. O. S. 154:

¹⁾ Glossa debetur ad l. 110 § 1 dig. de verb. obl. 45, 1.

²⁾ Vgl. die *additio* des Bartolus ad legem 12, dig. de transactionibus 2, 15: *ille quem constat habuisse notitiam alicujus instrumenti praesumitur habuisse notitiam contentorum in eo.*

³⁾ Vgl. Gundling in den *Gundlingiana*, St. 33 S. 227, welcher sich auf Thomasius beruft. Hankoph, de effectu erroris in contractu emti venditi, Kilonii 1749 S. 6.

⁴⁾ So Exner, die Lehre vom Rechtserwerbe durch Tradition S. 267 Anm. 45 und die dort Zitierten S. 260 Anm. 13 a.

⁵⁾ *Observat. lib. II c. 4.*

⁶⁾ Glossa Nulla est emptio No. 4 zu der l. 41 § 1 cit. 18, 1.

⁷⁾ Samuelis Pufendorf, *elementorum jurisprudentiae universalis libri II*, Jenae 1669 § 19 S. 153 ff.

At vero vix errorem intervenisse dici potest, quando illud non adparet, quod pro conditione non fuit suppositum, expresse aut ex natura negotii.

Seinem Einflusse ist es wohl zuzuschreiben, wenn die richtige Ansicht bei Praktikern mehrfachen Anklang fand. Namentlich lieb ihr Titius einen beredten Ausdruck¹⁾. Seine treffende Kritik der kasuistischen Methode lernten wir bereits kennen (S. 144, 145). Er bemerkt a. a. O. S. 338:

Causa impellens extra casum specialis destinationis, quae hic facta non erat, ad negotium non pertinet.

Man höre ferner Berger²⁾:

In dubio, quid actum sit, colligi ex intentione partium eaque declarata ex consuetudine personae loci.

Man beachte ferner Kern, de errore contrahentium 1806 Gottingae S. 34, welcher die falsa causa dann für einen Nichtigkeitsgrund hält:

si causa conditio pacto est adjecta.

Hierher gehört auch Bigot³⁾:

l'erreur dans les motifs d'une convention n'est une cause de nullité, que dans les cas où la vérité de ces motifs peut être regardée comme une condition, dont il soit clair, que les parties ont voulu faire dépendre leur engagement.

Der Verfasser vermag nicht einzusehen, dass hier die Wesentlichkeit einer irrigen Voraussetzung davon abhängig gemacht werde, ob sie den „Willen nicht bloss bestimmte, sondern eine von einem wirklichen Willen abweichende Erklärung be-

¹⁾ Freilich in einem sehr schlechten Latein. Vgl. Observationum ratiocinantium in compendium juris Lauterbachianum auctore Gottlieb Gerh. Titio, Lipsiae 1717 S. 236 ff. Derselbe hat auch observationes de Pufendorffo (1703) geschrieben (vgl. das Rechtslexikon von v. Holtzendorff unter Titius), stand also unter Pufendorfs Einfluss. Lauterbach (collegii theoricopract. p. I Tubingae 1714 S. 1183) schloss sich dem oben sogenannten „scholastischen Prinzip“ an (vgl. oben S. 552), argumentierte aber im einzelnen durchaus aus richtigen Gesichtspunkten (vgl. a. a. O. cap. 110 p. 1185).

²⁾ Jo. Henrici de Berger, oeconomia juris, Lipsiae anno 1734 § 17 S. 669.

³⁾ Disc. publ. V p. 9 zitiert bei Windscheidt, zur Lehre des code Napoléon von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte, Düsseldorf 1847, S. 253.

wirkte“¹⁾. Sie soll nach der mitgetheilten Ansicht Bigots davon abhängen, ob die Richtigkeit ihres Gegenstandes als Inhalt einer Vertragsbedingung in oder bei der Willensäußerung hervortritt. Dies ist aber in der Tat die richtige Ansicht.

Dass auch in der neueren Zeit der richtige Grundsatz wenigstens in einzelnen Anwendungen vorkommt, ward schon oben erwähnt. Geradezu ausgesprochen findet er sich noch bei Göschen²⁾, woselbst der wesentliche Irrtum als derjenige definiert wird, welcher sich auf den Inhalt der Willenserklärung im Gegensatze zu dem nicht in diesen Inhalt aufgenommenen Motive bezieht³⁾.

Schliesslich würde es ungerecht sein, wenn neben den oben angefochtenen Erkenntnissen des Reichsoberhandelsgerichtes nicht auch einige andere erwähnt werden würden, welche mit der richtigen Ansicht eine unverkennbare Fühlung haben. So wurde z. B. die Behauptung seitens einer Lebensversicherungsgesellschaft, dass ein Versicherungsnehmer durch Nichtanzeige von Krankheiten seine Vertragsrechte verwirkt habe, unter anderem auch deshalb zurückgewiesen, weil es sich nur „um leichte Unpässlichkeiten“ gehandelt habe⁴⁾. Daraus dürfte hervorgehen, dass die Abwesenheit eines Irrtums über schlimmere Übel als stillschweigende Geschäftsbedingung angesehen worden wäre.

In ähnlicher Weise kann man allenfalls aus den Schlussworten eines Urteils, welches es für einen unwesentlichen Irrtum erklärt, wenn ein Zeichner von Aktien an die Echtheit des Prospektes des Aktienunternehmens fälschlich glaubt, — allerdings nicht mit völliger Bestimmtheit — entnehmen, dass bei einer Unrichtigkeit des Prospektes im entgegengesetzten Sinne entschieden sein würde⁵⁾. Wenn endlich die Abrede

¹⁾ Wie Windscheid a. a. O. anzunehmen scheint.

²⁾ Vorlesungen über das gemeine Zivilrecht, 2. Auflage Bd. I, Göttingen 1843 § 87.

³⁾ Daran hat sich dann der Wortlaut des § 119 BGB. angelehnt.

⁴⁾ Entsch. Bd. 11 Nr. 46 S. 134, 135, woselbst von ausdrücklichen Vertragsbestimmungen abgesehen ist.

⁵⁾ Entsch. Bd. 20 S. 248 Nr. 68.

einer Konsortialbeteiligung bei einem erkennbaren Irrtume über den Prozentsatz, nach welchem in Ausführung des Konsortialunternehmens Aktien begeben werden sollten, und somit nur über die Höhe gehofften Gewinnes für nichtig erklärt wird¹⁾, so ist dies nur vom Standpunkte der richtigen Lehre, nicht aber von demjenigen der üblichen Irrtumskategorien zu rechtfertigen.

Diese allein quellenmässige Methode kann man die Methode der Vertragsauslegung nennen; denn sie bestimmt die Wesentlichkeit des Irrtums durch Auslegung des Vertrages.

Wodurch sie ihre Herrschaft verlor, liegt auf der Hand. Die Nichtachtung der Gesetzestexte war ihre tragische Schuld, durch welche sie zu Falle kam²⁾. Man suchte wieder, wie es sich gehörte, Fühlung mit den Quellen, und dabei verschlang die kasuistische Methode die richtige. Zuerst erscheint sie als Dienerin der richtigen Ansicht, d. h. die Kasuistik tritt im Rahmen des allgemeinen Prinzips auf³⁾, schon bei Savigny überwiegt die kasuistische Behandlung, innerhalb deren jedoch die richtige Methode der Vertragsauslegung, namentlich der Feststellung des Parteiwillens aus dem Parteiinteresse in meisterhafter Weise gehandhabt wird⁴⁾, bei den neueren droht das richtige Prinzip innerhalb des kasuistischen Rahmens ganz

¹⁾ Entsch. Bd. 15 S. 249 Nr. 71. Alle drei letztangeführten Urteile betreffen das Gebiet des preussischen Landrechts. Über die Praxis des gem. Rechts vgl. des Verf. Gutachten in den Verhandl. des 20ten D. Juristentages III S. 63 ff. (Der Irrtum als Nichtigkeitsgrund S. 41 ff.).

²⁾ Man beachte z. B. die leichtfertige Bemerkung des Titius (a. a. O. S. 336): *Haec naturalia sunt, eaque hodie obtinere, immo et apud Romanos in foro obtinuisse arbitror.* Mit einer solchen Begründung können freilich die Anhänger der historischen Schule nicht zufrieden sein.

³⁾ So namentlich bei Sam. Cocceji, *introductio ad Grotium illustratum* Halae 1748 p. 368. Vgl. auch Glück, *Pandekten* Bd. 16 S. 18.

⁴⁾ Vgl. seine trefflichen Entscheidungen *System* III S. 298 ff. Ein Rückfall in den Geist der pedantischen Stubengelehrsamkeit, oder richtiger eine wohl schwerlich allzu ernst gemeinte Konzession an diesen Geist, ist Savignys Behauptung (S. 277), dass mit der Berücksichtigung des Verkehrsüblichen der strenge juristische Boden verlassen werde, als ob nicht die Auslegungskunst, ein Hauptzweig der Jurisprudenz, fortwährend mit diesem Verkehrsüblichen rechnete und zu allen Zeiten gerechnet hätte.

zu verschwinden¹⁾, und sogar das scholastische neu aufzuleben. Statt dessen wird als Grundlehre des Ganzen vielfach die naturrechtliche Theorie des Hugo Grotius, dass der innere Parteiwille entscheide, wieder aufgenommen, jedoch nicht zu ihrer Konsequenz, der Erheblichkeit des Irrtums in den Beweggründen, durchgeführt, sondern eingeschränkt durch die scholastische Lehre, dass der Irrtum sich auf einen wesentlichen Geschäftsbestandteil beziehen müsse, und durch die Rücksicht auf die anscheinend unsterbliche glossatorische Kasuistik. So lesen wir aus den gangbaren Lehrbüchern im allgemeinen heraus, dass alles auf den inneren Willen ankomme (Hugo Grotius), aber nur, soweit er sich auf die *essentialia negotii* richte (Thomas von Aquino), und dass daher die in den Quellen erwähnten Beispiele wesentlichen Irrtumes, nach dem Gegenstande des Irrtumes gruppiert, die Fälle der Wesentlichkeit des Irrtumes erschöpfen (Glosse), der Irrtum über andere Gegenstände aber in der Seele des Kontrahenten bloss als Irrtum in den Beweggründen figuriere.

Eine gewisse Ideenmannigfaltigkeit ist einer derartigen Irrtumslehre nicht abzusprechen²⁾, trotzdem sind die Widersprüche dieses Komplexes unvereinbarer Grundsätze handgreiflich. Darum ist es ein zweifelloses Verdienst Zitelmanns, in seinem mehrfach genannten Werke die Reste der kasuistischen und der scholastischen Methode aus der herrschenden Irrtumslehre ausgeschieden zu haben³⁾. Namentlich hat er es klargestellt, dass der wirkliche, lebendige Kontrahent, wenn er sich den Inhalt des beabsichtigten Geschäftes im Innern zurechtlegt, oder, wie Zitelmann es nennt, seine Absicht individualisiert, dabei nicht bloss auf die Punkte Gewicht legt, welche im ob-

¹⁾ So bei Bruns, welcher in den *Pandektenfragmenten* S. 486 bemerkt, dass es hier auf das Moment des Wertes und Schadens eigentlich nicht ankomme.

²⁾ Auch das preussische Landrecht (Tl. I Tit. 4 §§ 75 ff.) enthält offenbar das scholastische Prinzip mit kasuistischen Zusätzen, doch ohne jede psychologische Zutat.

³⁾ Vgl. Zitelmann, *Irrtum und Rechtsgeschäft* S. 491 und 496: „Jeder Bestandteil des Rechtsgeschäftes ist rücksichtlich des Irrtumes und des Dissenses von gleicher juristischer Bedeutung“. Auch Bekker, *KrVJSchr.* Bd. 22 S. 54, warnt die Gesetzgeber vor scholastischen Kategorien.

jektiven Rechte als wesentliche Vorbedingungen der Geschäftsgültigkeit erwähnt sind¹⁾. Darum stehen auch die allgemeinen Schlussresultate, zu welchen Zitelmann gelangt, denjenigen Ergebnissen, welche der Verfasser gewonnen hat, in ihrer Formulierung schliesslich gar nicht so fern, als man es nach der Verschiedenheit der Ausgangspunkte und der Einzelergebnisse erwarten sollte, sofern man von dem „Irrtume im Bewusstsein“ absieht²⁾. Beide stimmen darüber überein, dass der Irrtum bei dem Dissense wesentlich ist, sowie darin, dass der Vertrag bei Ausfall einer *conditio in praesens relata* nichtig ist. Zitelmann hält auch die nichterkennbare Differenz der Absichten für erheblich, meint jedoch, dass man sich in der Regel nicht darauf berufen dürfe, wodurch jene Erheblichkeit praktisch doch beinahe negiert wird; dass es bei der Frage nach der Wesentlichkeit des Punktes, über den geirrt wird, nicht auf die Rechtsnorm, sondern auf die Partei ankommt, ist gleichfalls von ihm erwiesen worden. Die tiefgreifende Differenz zwischen seiner Irrtumslehre und derjenigen des Verfassers besteht also nur in der Exegese, namentlich hinsichtlich der Worte *consensus* und *voluntas*, und in der ausserordentlichen Einschränkung des Begriffes „stillschweigende Bedingung“ bei Zitelmann, welcher dieses Rechtsinstitut zwar nicht ausdrücklich verwirft, jedoch nicht verwertet.

2. Zur Beseitigung der Hemmnisse der richtigen Ansicht.

§ 32.

Der positive Teil der Irrtumslehre des Verfassers erschöpft sich in dem unbestreitbaren Satze, dass es auch stillschweigend erklärte *conditiones in praesens relatae* gibt, der negative

¹⁾ Vgl. auch Dernburg, Lehrbuch des preuss. Privatrechtes Bd. I § 77 Anm. 1. Einen interessanten Versuch eines Mittelweges zwischen der Rücksicht auf objektive und auf subjektive Wesentlichkeit vgl. bei Brinz, Pand. erste Aufl. S. 1409.

²⁾ Freilich erwähnt schon Aristoteles den Bewusstlosen neben dem, welcher zwar seines Bewusstseins mächtig ist, in demselben jedoch nicht die richtigen Vorstellungen von der Sachlage hat, will aber beide unterschieden wissen. (*Ethica Nicomachea* edidit Ramsauer Lipsiae 1878 lib. III cap. 1 S. 139: *ἕτερον δ' ἔοικε καὶ τὸ δι' ἄγνοιαν πράττειν τοῦ ἀγνοῦντα ποιεῖν.*)

gipfelt in der Behauptung, dass dieser Satz zu einer vollständigen Erklärung der Irrtumslehre ausreicht, und folgt aus der zum Ausgangspunkte gewählten Berichtigung der üblichen Übersetzung des Wortes *consensus*.

Schon der von Haenel¹⁾ mitgeteilte Streit zwischen einigen Glossatoren darüber, ob die *lex 2 pr. dig. de iudiciis* 5, 1 auch auf den Fall eines Einzelirrtumes zu beziehen sei, macht es zweifelhaft, ob nicht Bassianus und Azo unter *consentire* eine innere Übereinstimmung verstanden haben. Auch bei Cujacius findet sich eine Stelle, welche zu seiner Auffassung des *consensus*²⁾ wenig passt.

ad *legem* 15 *dig. de jurisdictione* 2, 1 (*opera Neapoli* 1722 t. 7 pag. 96 c.): *Errori inest ignorantia quae scientiae contraria est, si scientiae, et sensui igitur: nam sensus nobis datus est scientiae capessendae gratia: et rursus, si sensui, et consensui igitur.*

Gundling (*Gundlingiana Halle* 1724 Stück 33) § 23 S. 239, spricht von einem Irrtume, der „den *consensus* affizieret oder die Maliz aufhebt“. Es heisst dort: „Wer nach einem Raben wirft und trifft seine Stiefmutter, und spricht alsdann: *ne sic quidem male, der* wird erkennen, *quod suus error non attingat consensum eumque non tollat*“³⁾. Ebenda wird § 28 S. 240 das Wort „*consensus*“ zur Bezeichnung des *animus legandi* verwendet. Noch deutlicher drückt sich Gundling ebenda S. 211 § 10 aus: „so werden wir ersehen, dass absonderlich in den Handhabungen ein *consensus* oder Überlegung erfordert werde“⁴⁾.

Bei den meisten älteren Juristen lässt sich, da sie lateinisch schreiben und den Begriff des *consensus* als bekannt voraussetzen, in der Tat nicht feststellen, ob sie ihn richtig aufgefasst haben⁵⁾. Es scheint bei den meisten, sogar, wie wir

¹⁾ *Dissensiones dominorum* ed Haenel, Lipsiae 1834, S. 363.

²⁾ Bd. 1 S. 30 Anm. 3.

³⁾ Dies ist offenbar eine ungehörige Vermischung von Recht und Moral. Vgl. aber auch l. 1 § 14 *dig. de vi* 43, 16.

⁴⁾ Es ist dies eine interessante Illustration zu der divinatorischen Bemerkung Hölders (*KrVJSchr.* Bd. 14 S. 583), dass in der üblichen Irrtumslehre eine fundamentale Verwechslung von „Wissen und Wollen“ vorliegen müsste.

⁵⁾ Die oben als richtig anerkannte Identifizierung von *consensus* und

sahen, bei Cujacius, ein gewisses Schwanken obgewaltet zu haben.

Eine für die gesamte kanonistische Irrtumslehre grundlegende Definition des consensus war die des Gratianus, von welcher es ungewiss ist, ob sie seiner eigenen Latinität oder derjenigen des Petrus Lombardus entstammt¹⁾. Die Stelle lautet: Causa 29 qu. 1 § 1. Consensus est duorum vel plurium sensus in idem. Qui autem errat, non sentit: non ergo consentit, id est, simul cum aliis sentit. Die erste Auflage sah hierin eine unrichtige Deutung. Dies ist dem Verfasser inzwischen zweifelhaft geworden.

Vielleicht verstand Gratian unter sentire nur das rechtserhebliche sentire, zumal in dem vorerwähnten Beispiele der Lea durchaus bei ihrer Heirat erkennbar war, dass Jakob sie nicht zur Frau nehmen wollte²⁾. So lange noch kein parochus bei der Trauung mitwirkte, genügte die Erkennbarkeit des inneren Willens für die andere Partei, um daraus die Nichtigkeit des Aktes zu folgern. Allein auch späterhin hielt man die Wesentlichkeit des error in persona unbedingt fest.

Genau in derselben Weise wurde dann die Berücksichtigung bloss innerlicher Absichten, welche bei der Ehe aus ihrer Familienrechtsnatur folgte, zwar nicht geradezu und ausdrücklich, aber doch im Prinzip auch bei Vermögensrechtsverträgen zugelassen.

Freilich wirft sich hier die Frage auf, warum nicht hiergegen aus der allgemeinen Vertragsnatur Protest erhoben worden ist. Man übersehe aber nicht, dass es sich hier um

conventio findet sich übrigens auch in Arnoldi Vinnii partitionum juris civilis libri IV. Roterdami 1664. Lib. II c. IV p. 212.

¹⁾ Über diesen Einfluss im allgemeinen vgl. auch noch Stintzing, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft. München und Leipzig 1880 S. 113. Rosshirt, Dogmengeschichte des Zivilrechts. Heidelberg 1843 S. 423 ff. Was die Irrtumslehre im besonderen betrifft, so ist hervorzuheben, dass die glossa absentem zur l. 9 dig. de contrah. emptione 18. 1. bereits mit dem Beispiel der Ehe argumentiert. Ebenso z. B. Lauterbach, collegii theoricopractici pars prima, Tubingae 1714 p. 1184 cap. 107.

²⁾ Thomas von Aquino, vgl. summa totius theologiae supplem. tertiae partis articulus II quaestio 51, conclusio, woselbst der consensus als ein voluntatis actus, also als eine Handlung, richtig bezeichnet ist.

einen Text handelt, an dessen Autorität man nicht leicht rüttelte. Die Ehe war und ist die Grundlage des christlichen und sittlichen Zusammenlebens. Das Christentum bedurfte dringend einer Vorschrift von derjenigen Tendenz, wie sie Gratians Theorie entwickelte. Im Mittelalter würde ein Vorgehen gegen eine Grundsäule des kirchlichen Lebens undenkbar gewesen sein. Allein auch innerhalb des Protestantismus haben von jeher im Gegensatz zu dem ursprünglichen Vorgehen Luthers wider das corpus juris canonici die besonneneren Elemente wohl erkannt, dass ihre Opposition gegen die Sakramentsnatur der Ehe leicht zu einer rationalistischen Verweltlichung des Ehe-rechtes führen könnte und in ihrem Kampfe gegen das kanonische Recht ein gewisses Mass innegehalten¹⁾. So ist denn auch die protestantische Irrtumslehre zwar freier, als die Lehre Gratians, aber doch von einer ähnlichen Einschränkung der unbedingten Rücksicht auf den Parteiwillen getragen. Der richtige Weg würde freilich dahin geführt haben, die Deduktion Gratians aus gesetzgeberischen Gründen als Eigentümlichkeit des Eherechts zu erfassen²⁾. Man darf indessen von dem sechzehnten und siebzehnten Jahrhunderte höchstens einen gewissen legislatorischen Instinkt, keineswegs aber die Fähigkeit zu Argumentationen aus den Zwecken und Zielen des Rechtes verlangen. Freilich hat die irrtümliche Verschmelzung des Ehe-rechts mit der Vertragslehre eine Folge gehabt, welche man vermeiden wollte. Während man, wie wir sahen, im Mittelalter infolge dieser Vermischung die Anfechtung nichtiger Vermögensrechtsverträge in ungebührlicher Weise einschränkte, weil man sie unter die Grundsätze des Eherechts zwängte, hat später umgekehrt die naturrechtliche, rationalistische Doktrin durch eine unpassende Anwendung der richtigen allgemeinen Vertragslehren auf das Eherecht dieses letztere in eine geradezu gemeingefährliche Laxheit hineingedrängt³⁾. Dass man gegen solche Irrlehren die Theorie von der grundsätzlichen Gleichgültigkeit der Beweggründe und von der Unzulässigkeit still-

¹⁾ Vgl. Stintzing, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft S. 273 ff.

²⁾ So das BGB., s. oben S. 54.

³⁾ Vgl. oben Bd. 2 S. 60 Anm. 1.

schweigender conditiones in praesens relatae schroff hervorhob, war für das Eherecht eine Wohltat. Es ist dies eben nur eine Seite jener allgemein als berechtigt anerkannten Reaktion gegen das laxe Eherecht des achtzehnten Jahrhunderts. Statt dass aber dabei die unnatürliche Verbindung der Ehetheorie mit der Vertragslehre auch bei dem wesentlichen Irrtume durchgeführt worden wäre, hat man leider hier die allgemeine Vertragstheorie dasjenige entgelten lassen, was bei der Lehre von der Ehe gestündigt worden war. Schon bei Savigny, welcher bekanntlich selbst ein Reformator der Behandlung des Eherechts war, werden die stillschweigenden Bedingungen nur in einer Anmerkung erwähnt¹⁾, bei den Neueren verschwinden sie gänzlich, indem man sie mit den conditiones juris in quellenwidriger Weise identifiziert²⁾. Überhaupt erfreuen sich die stillschweigenden Erklärungen einer entschiedenen Missgunst. Man zieht es vor, lieber von den Quellen abzuweichen und eine Reihe wohlbezeugter stillschweigender Erklärungen den Quellen zuwider mit dem Namen präsumierter und fingierter Erklärungen zu belegen, statt dass man sie, wie oben geschehen ist, in dem vollen Umfange definierte, in welchem sie uns aus den Quellen entgegentreten. Verkümmert man freilich das Institut der stillschweigenden Erklärung, so bedarf es noch allerhand positiver Kategorien wesentlichen Irrtumes, um in Fällen, in welchen die Richtigkeit eines Umstandes zur stillschweigenden Bedingung gemacht ist, wenigstens einigermaßen Abhilfe zu schaffen. Die Lehre von der stillschweigenden Erklärung war also für den Verfasser eine unumgängliche Vorstufe zu seiner Irrtumstheorie³⁾ und ist noch heute eine solche zur Beseitigung falscher Anschauungen.

In der Verkümmernng der Lehre von der stillschweigenden Erklärung und Bedingung liegt das eigentliche Hemmnis der richtigen Theorie. Man wagte sich instinktiv hier nicht an

¹⁾ System III S. 283 Anm. 1.

²⁾ Das preussische Landrecht kennt zwar Bedingungen, welche sich auf vergangene Umstände beziehen (Tl. I Tit. 4 §§ 140 ff.), aber die conditiones in praesens relatae übergeht es an jener Stelle mit Schweigen. Anders lex 120 dig. de verb. oblig. 45, 1.

³⁾ Er folgt in diesem Punkte dem Beispiele Zitelmanns.

die Rekonstruktion des klassischen römischen Rechtes heran, weil man es fürchtet. Man lese nur die Klagen der Kanonisten über die Gefahren der Zulassung der stillschweigenden Bedingung¹⁾, und man wird in der Tat unschwer sehen, woher die Abneigung stammt. Ihre Wurzel ist die Furcht vor richterlicher Willkür. Erlaubt man dem Richter erst einmal, über den Wortlaut der Verträge in erheblicher Weise hinauszugehen und Klauseln hinzuzufügen, welche verkehrsbüchlich sind, von denen man aber nicht weiss, ob die Parteien an sie wirklich gedacht haben, oder erlaubt man dem Richter, dem Vertragsinhalte Einschränkungen hinzuzufügen, welche aus dem Zwecke des Geschäftes folgen, jedoch nicht in sinnlich erkennbarer Form fixiert sind, so kann er, falls er gewissenlos oder leichtsinnig ist, das Recht beugen, und zwar jetzt, da man ihn von den mittelalterlichen prozessualischen Fesseln befreit hat²⁾, mehr als früher. Das römische Recht gewährte in der Tat dem Richter, der sogar damals noch freier gestellt war, als heutzutage, derartige gefährliche Befugnisse und enthielt dagegen nur in der Öffentlichkeit des Verfahrens und, was praktisch viel wichtiger war, in der Appellation eine Sicherheitsmassregel. Die Furcht vor der Willkür des Richters, oder vor solchen Entscheidungen, bei denen seine persönlichen Sonderanschauungen einen ungebührlichen Einfluss erlangen können, ist sicherlich nicht völlig unbegründet. Seine subjektiven Eigentümlichkeiten werden namentlich hinsichtlich aller Rechtsbegriffe hervortreten, deren Merkmale nicht nach sinnlich wahrnehmbaren und genau fixierten Eigenschaften gekennzeichnet werden können, z. B. Besitz, Fahrlässigkeit, Schuld, diligens paterfamilias und dergl. Die Herstellung eines Rechtes, welches solche dehnbare Elemente nicht kennt, ist aber nur für eine niedrige Kulturstufe denkbar. Zur Ausgleichung dieses Übelstandes muss eine genügende Kontrolle durch Appellation und Kollegialität dienen. Heutzutage werden wohl diese Mittel der

¹⁾ Vgl. z. B. Daller, Der Irrtum als trennendes Ehehindernis, Landshut 1861 S. 48.

²⁾ Allerdings nicht völlig, wie der Verf. in seiner Schrift: In wie weit gibt es nach den Vorschriften der deutschen Zivilprozessordnung Fiktionen? — Berlin 1880 — darzulegen versucht hat.

Kontrolle im grossen und ganzen genügen. In früheren Jahrhunderten konnte man jedoch mit ihnen schwerlich zufrieden sein. Man male sich nur den Zustand der römischen Rechtswissenschaft aus, wie er zur Zeit der Rezeption des fremden Rechtes sich darstellte, man vergegenwärtige sich die unsagbaren Schwierigkeiten, welche es machen musste, den willkürlich geordneten, ungeheuren Stoff zu dem Zwecke der Rechtsanwendung zu beherrschen, und man wird zugeben, dass ein so schwieriger und gefährlicher Weg nur an dem Gängelbände eines artikulierten Verfahrens zurückgelegt werden konnte. Hätte man damals den Richter nach den Grundsätzen des byzantinischen Prozesses judizieren lassen, so würde er schlechthin nicht imstande gewesen sein, dem schleunigen Laufe der Verhandlungen mit seinem juristischen Urteile zu folgen, und das römische Recht würde wenig Aussicht darauf gehabt haben, wirklich angewandt zu werden. Jenes prozessualische Buchstabieren aber vertrug kaum eine Judikatur ex aequo et bono; Verkehrsinteressen, Usancen, dasjenige, was die Parteien eigentlich haben sagen wollen, das sind alles Dinge, welche sich nicht in die spanischen Schnürstiefel von Artikeln einzwängen lassen.

Erst als die Rechtswissenschaft uns eine bequeme Übersicht über den gewaltigen Stoff in jahrhundertelanger, mühevoller Arbeit verschafft hatte, konnten jene Fesseln fallen. Damit wird aber auch die Stellung des Richters eine freiere. Freilich lässt sich die alte Gewohnheit des sorgfältigen und ängstlichen Umhertastens am Wortlaute der Verträge und Gesetze nicht so schnell vertilgen. Daher die stete Sorge, dass die „positive Jurisprudenz“ in Willkür ausarten könne. Dies ist durchaus nicht unjuristisch, sondern vielmehr im altrömischen Sinne gedacht. Die altrömische Irrtumslehre, welche zur Zeit der Verbalauslegung herrschte¹⁾, war jedenfalls noch einfacher

¹⁾ Vgl. über die Auslegungsart Ihering, Geist des röm. Rechtes Bd. II 2 §§ 44 ff., 3. Aufl., S. 441 ff. Die Verbalauslegung kann übrigens nicht als die allerälteste Form der römischen Auslegung gelten (wie die erste Auflage annahm). Der Formalismus ist nirgends etwas Ursprüngliches, sondern ein Kulturprodukt, ein Rückschlag gegen den Richterabsolutismus, der für den niedrigsten Entwicklungsgrad gilt. So sagt auch für Rom Pom-

als diejenige der klassischen Zeit. Man scheint dem Wortlaute gegenüber nur solche Irrtümer für wesentlich gehalten zu haben, deren Abwesenheit in ausdrücklicher Form zur Geschäftsbedingung gemacht worden war¹⁾. Ebenso wie nun der Römer der älteren Zeit von stillschweigenden Bedingungen nichts wissen will, so ein Teil unserer modernen Juristen, welchen die altrömische Rechtswelt weit sympathischer ist, als die freien Grundsätze des römischen Kaiserreichs, denen eine erhebliche Mischung von richterlicher Willkür innezuwohnen scheint. Diese Ängstlichkeit muss jedoch überwunden werden. Die Zeiten der Verbalauslegung sind verschwunden, und wenn man erst einmal zugestanden hat, dass auf den Sinn der Erklärungen gesehen werden soll, so hat man damit auch die Erheblichkeit ihres erkennbaren Zweckes zugestanden, weil sich beides nicht trennen lässt²⁾. Damit tritt aber das Ermessen des Richters in seine Rechte, welcher übrigens nach dem weiter entwickelten römischen Rechte da, wo der Buchstabe des Ge-

ponius (Dig I 2, 2, 1) Omnia manu gubernabantur. Es war daher ein naturrechtlicher Missgriff, die sog. Erklärungstheorie als etwas selbstverständliches hinzustellen. Sie ist dies nur für Glieder eines Volkes, das zu ihr erzogen ist, und daher nicht für alle Völker und Menschen. Sie ist auch etwas anders in der Zeit der Verbalauslegung (im römischen wie im altgermanischen Rechte), als in der Zeit der freien Interpretation, und bedarf auch in dieser Zeit einer Ergänzung durch besondere Anfechtungsrechte wegen Irrtums.

¹⁾ In der älteren Zeit scheint man diese Grundsätze selbst bei Testamenten angewandt zu haben. Es wird dies durch einen von Cicero (de oratore I 38 § 175) mitgeteilten Zentumviralprozess wahrscheinlich. Der Vater eines Soldaten hatte in der irrigen Voraussetzung, dass dieser gestorben sei, testiert. Nach klassischem römischem Rechte würde das Testament zweifellos wegen Irrtumes ungültig gewesen sein (arg. I. 93 (92) dig. de hered. instit. 28, 5, c. 9 Cod. de test. milit. 6, 21). Die Zentumviren scheinen dies aber nicht angenommen zu haben, denn sie untersuchten nur, ob die Vorschriften des formellen Noterbrechts verletzt worden seien. Freilich scheint man in solchen Fällen auch im klassischen römischen Rechte der Anfechtung des Testamentes aus Gründen des materiellen oder formellen Noterbrechts im Zweifel den Vorzug vor einer Geltendmachung der Nichtigkeit wegen Irrtumes gegeben zu haben (arg. II. 27 § 4, 28 dig. de inoff. 5, 2). Und in der Tat empfiehlt sich in der Handhabung dieses Nichtigkeitsgrundes zu allen Zeiten eine grosse Vorsicht, damit nicht die Verkehrssicherheit Gefahr leide.

²⁾ Ihering, Der Zweck im Recht S. 77.

setzes Zweifel übrig lässt, weder nach individueller Willkür noch nach psychologischen Distinktionen, sondern nach den eigenen Lebenserfahrungen und den Bedürfnissen der Rechtsanwendung, also nach objektiven Grössen zu urteilen verpflichtet ist¹⁾. So trat mit der freien Auslegung an die Stelle einer starren Erklärungstheorie eine verfeinerte, ergänzt durch die in *intergrum restitutio propter errorem*²⁾.

Es ist eine für die Entwicklung des deutschen Rechtes hochbedeutsame Tatsache, dass die Anbahnung grossartiger Verkehrsverhältnisse in unserem neugeeinten Vaterlande uns auch zu einer freieren Prozessform verholfen und uns das Verständnis der römischen Juristen ausserordentlich erleichtert hat. Man begreift immer nur den Geist, welchem man einigermaßen gleicht, und dass die einsamen Mönche des Mittelalters, die pedantischen Stubengelehrten der vorigen Jahrhunderte und die ängstlichen Aktenmenschen des artikulierten Verfahrens die Schriften eines Ulpianus und Papinianus nicht immer in demjenigen Sinne auffassen, in welchem sie geschrieben waren, darf nicht verwundern³⁾.

Zu der alten Buchstabeninterpretation kehrte man freilich nicht zurück, aber man geriet in einen neuen Doktrinarismus, indem man lediglich auf den inneren Willen der irrenden Partei Gewicht legte, die Interessen seines Vertragsgenossen aber grundsätzlich verschmähte. Um in dieser Richtung nicht zu weit zu gehen, war die Lehre von der „Unerheblichkeit der Beweggründe“ ein Sicherheitsventil. Sie dient zweifellos den Interessen des andern Teils, der sich nicht geirrt hat, und ist unter diesem Gesichtspunkte verzeihlich, vielleicht sogar der Anerkennung würdig⁴⁾, als Abschwächung eines unvermeidlichen Übels.

Von der Beschränkung des Irrtums als Nichtigkeitsgrund

¹⁾ Vgl. Kohler, Dogm. Jahrb. Bd. 18 S. 152 Anm. 1: „Indizienbeweis ist kein Richterabsolutismus“.

²⁾ Um die Aufklärung dieses Punktes hat sich namentlich v. Hollander verdient gemacht (zur Lehre vom *error* nach römischem Recht, Halle a. S. 1898). Der ersten Auflage war dies noch fern geblieben.

³⁾ Vgl. Stintzing, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft S. 105.

⁴⁾ Anders die erste Auflage.

auf die Fälle, in denen die Auslegung sie fordert, kam man ab, vielleicht schon deshalb, weil diese Auslegung nicht frei genug gehandhabt wurde. Höchst charakteristisch ist aber jedenfalls, dass das Reichsoberhandelsgericht, obwohl, wie wir sahen, noch vielfach in den hergebrachten Formeln der Irrtumslehre befangen, doch in dem Zweige der Jurisprudenz, welchem diese Lehre von Rechts wegen zugehört, durch sein Vorgehen in einem wahrhaft klassisch-römischen Geiste die Scheidewand niedergerissen hat, welche von der einfachen richtigen Irrtumslehre trennte, nämlich die engherzige Auslegungstheorie, die nur gelten liess, was der Kontrahent in erkennbarer Weise bewusst gewollt hatte. Indem es den Satz aufstellte, dass der Kontrahent auch dasjenige erklärt, was ein *diligens paterfamilias* in seiner Lage offenbar seinem Mitkontrahenten zugestanden haben würde, wenn er es für nötig gehalten hätte, sich darüber besonders zu äussern, hat es erst möglich gemacht, die richtige Methode der Vertragsauslegung für die Irrtumslehre, für welche sie allein völlig ausreicht, zu verwenden. Hätte man nun geglaubt, dass unser Reichsoberhandelsgericht hier zu weit gegangen ist, und dass auch der Verfasser zu weit gehe, dass man damit der richterlichen Willkür Tür und Tor öffne, so hätte man im BGB. für die Irrtumfälle eine Ausnahme des allgemeinen Rechts der Auslegung von Geschäften aufstellen müssen. Dies ist aber nicht geschehen. Somit bleibt es bei dem Alten. Zu dem Satze, dass der Wortlaut der Verträge gilt und irrige Voraussetzungen nur in Betracht kommen, wenn sie in Bedingungsform ausgesprochen sind, wird man nicht zurückkehren wollen. Stellt man aber ein kunstvolles System auf, dessen Sätze sich widersprechen, wie z. B. die beiden Sätze, dass der Richter auf den Sinn der Erklärungen sehen und doch die stillschweigend erklärten Bedingungen ignorieren soll, so wird der Richter zur Ausgleichung des Widerspruchs hin- und herschwanken und schliesslich weit willkürlicher verfahren, als nach dem richtigen Prinzip.

Allerdings bedurfte die Feststellung der Irrtümer, die Nichtigkeit zu begründen, eine Ergänzung durch weiter greifende Anfechtungsfälle. Gerade die höhere Kulturstufe wird nachsichtiger gegen den Irrenden, weil das Missverständnis um so verzeihlicher wird,

je mehr verwickelte Verhältnisse es entschuldigen. Darum stellte das römische Recht neben den Nichtigkeitsbegründenden Irrtum die Anfechtung durch in integrum restitutio und darum stellt das BGB. neben § 133 den § 119.

3. Die Nachwirkung der älteren Irrtumslehre im BGB.¹⁾

§ 33.

Eigenartig klingt der § 119 BGB., und wer die Gesetzbücher von ihrer Vorgeschichte losgelöst zu deuten pflegt, kommt auf den Gedanken, dass nunmehr der gesamten älteren Irrtumslehre der Todesstoss gegeben sei und die deutsche Rechtspflege ein Neuland betreten müsse.

In Wahrheit sind aber in dem kunstvollen Satzbau des § 119 Abs. 1 und dem, was ihm folgt, alte Gedanken zu einer neuen Einheit zusammengefasst. Das Ganze ist in seine Elemente zu zerlegen, um das Ergebnis einer Entwicklung aus ihren Vorstufen zu deuten.

Mit der Geschicklichkeit eines diplomatischen Schiedsrichters, der beiden streitenden Teilen als Freund erscheinen will, hat der Gesetzgeber es verstanden, dem überspannten Willensdogma einerseits und seinen Gegnern andererseits so viele Zugeständnisse zu machen, dass jede Partei sich einbilden konnte, den Prozess gewonnen zu haben, während die Gesetzgebung den Vorzug völliger Neutralität für sich in Anspruch nahm. Der einen Partei gewährte man weitgehende Anfechtungsrechte wegen Irrtums, der andern weitgehende Schranken in der Ausübung dieser Rechte. So konnte sich jede rühmen, einen Löwenanteil davongetragen zu haben.

Besonders schlicht und einfach können wir freilich die Ergebnisse nicht nennen, die sich auf solchem Wege erringen liessen. Ihre Schilderung hat der Verfasser an anderer Stelle

¹⁾ Vgl. oben Bd. 1 S. 128 Anm. 2. Wlassak, Das Rechtsgeschäft und das Verhältnis des Willens zur Erklärung nach dem deutschen BGB. (Vortrag in der Wiener juristischen Gesellschaft), Wien 1902, Manz. Ein Vortrag des Verfassers (R. Leonhard) in derselben Gesellschaft (Der Irrtum bei Verträgen nach dem deutschen BGB.), gehalten am 2. Januar 1907, ist nicht im Druck erschienen, weil er sich im wesentlichen mit dem Inhalte der zweiten Auflage deckt.

versucht¹⁾. Hier ist nur der Einfluss des älteren Rechts auf das neue hervorzuheben.

Jede Irrtumslehre zieht eine Mittellinie zwischen zwei unvereinbaren Bedürfnissen: dem Schutzbedürfnisse gegen den eigenen Irrtum und dem Schutzbedürfnisse gegen fremden Irrtum. Das erstgenannte treibt dazu, die irrigen Geschäfte möglichst hinfällig zu machen, das andere dazu, sie möglichst gelten zu lassen.

An beide Bedürfnisse dachte der unbekanntere Verfasser der neuen Vorschriften (§§ 119 ff. BGB.). Darum sondern wir ihren Inhalt in zwei Teile: Die Sorge für den Irrenden und die Sorge für den Vertragsgenossen des Irrenden.

I. Die Sorge für die irrende Partei in den §§ 119 ff. BGB.:

1. Die Nichtigkeit der Verträge wegen Irrtums blieb unangetastet, insoweit sie auf der Auslegung (§ 133) und auf dem Erfordernisse der übereinstimmenden Äusserungen beruht (§§ 154, 155).

2. Die Anfechtbarkeit der Verträge wegen Irrtums wurde noch darüber hinaus gewährt²⁾. Verworfen wurde also die schroffe Erklärungstheorie, die alle Irrtümer für gleichgültig erklärte, deren Wesentlichkeit nicht bei dem Vertrage hervortritt³⁾.

3. Der Massstab für die anfechtungsbegründende Kraft des Irrtums wurde im BGB. nicht durch Merkmale bestimmt, die das Gesetz regelt. Weder ist in einer gesetzlichen Skala der Gegenstand des Irrtums (Person, Sache, Geschäftsart, Substanz) als entscheidend anerkannt, noch seine Zugehörigkeit zu den essentialia negotii für massgebend erklärt worden. Entscheidend über die Erheblichkeit des Anfechtungsgrundes ist grundsätzlich der Parteiwille. Es soll darauf ankommen, ob die Partei ohne den Irrtum die Erklärung nicht abgegeben haben würde. Dies ist das römische: „si aliter donaturus sive legaturus non fuisset“. Ort, Zeit und Geschäfts-

¹⁾ Allg. Teil, Berlin 1900 S. 481 ff.

²⁾ Wie der Verf. beifügt hatte, s. oben Bd. 1 S. 7 Anm. 2.

³⁾ Sie wurde dem Verf. mehrfach ohne Grund zugeschrieben; vgl. oben S. 119 ff.

modalitäten können unter Umständen der Person und der Sache als Gegenstand eines erheblichen Irrtums gleichstehen.

Was in dieser Hinsicht oben über die Nichtigkeit bei erkennbarer Wesentlichkeit des Irrtums gesagt wurde, das alles wiederholt sich hier bei der nichterkennbaren Wesentlichkeit des Irrtums für die Anfechtungsfrage. Hierher gehört noch

4. Die Zuzählung der verkehrserheblichen Eigenschaften zu den Anfechtungsgründen.

Es war streitig, ob diese Eigenschaften zu den Nichtigkeitsgründen gehören¹⁾. Wir sahen, dass dies zwar nicht immer der Fall ist, aber doch zuweilen. Es war vorherzusehen, dass man auch bei der Abgrenzung der Anfechtungsgründe die Irrtümer über Eigenschaften von vornherein als rechtsunerheblich werde ausschliessen wollen. Dem ist ein Riegel vorgeschoben.

Zu der Erhöhung des Schutzes irrender Parteien gehört auch

5. Die Beseitigung der in *integrum restitutio propter errorem*. Ob sie ein glücklicher Griff war, lässt sich bezweifeln. Sehr angemessen würde es sein, vom richterlichen Ermessen abhängig zu machen, ob ein Irrtum zur Anfechtung berechtigen soll, mit welcher Entschädigungslast die Anfechtungsbefugnis *ex aequo et bono* zu beschweren ist, ob sie wegen Unvernunft des Anfechtungswunsches versagt werden muss u. dgl. Wenn das BGB. diesen Weg nicht einschlug, so folgte es immerhin einer starken Abneigung gegen das Institut der in *integrum restitutio*, die mit einer Scheu vor richterlicher Willkür zusammenhängt, einer Scheu, die geradezu als Grundgedanke des kanonisch-gemeinrechtlichen Prozesses erscheint. Die Zeiten haben sich freilich geändert. Man vertraut dem Richter vieles an, was man ihm früher versagte (vgl. ZPO. § 286, BGB. §§ 254, 829). Vielleicht kommt auch wieder einmal die jetzt verworfene in *integrum restitutio* zu Ehren, womit dann die einfachste Lösung der Irrtumsfrage gewonnen sein würde. Doch scheint unsere Zeit noch nicht reif hierfür²⁾. Deshalb

¹⁾ Vgl. oben Bd. 2 S. 70 ff.

²⁾ Natürlich würde dann das Gesetz Richtlinien für die Gewährung der Wohltat geben müssen, damit es nicht dem Richterabsolutismus Tür und Tor öffnet.

schlug das BGB. eine neue Bahn ein, die man als Selbstverwaltung des Restitutionsrechts bezeichnen könnte¹⁾. Die irrende Partei ficht durch einfache Erklärung ihr Geschäft an und entscheidet selbst vorher, ob sie dazu befugt ist.

Dieses System verlangte natürlich eine Aufstellung genauer Schranken und Belastungen des Anfechtungsrechts.

Es entspricht der bisherigen Tendenz, die dem Willen des einzelnen möglichst entgegen kam, dass man auch bei nicht erkennbarer Wesentlichkeit des Irrtums der irrenden Partei nicht bloss ein Recht auf richterliche Restitution gegeben hat, sondern statt dessen die Befugnis, unmittelbar ohne richterliche vorherige Erlaubnis den Mangel des Geschäfts hervorzukehren. Diese Tendenz erhält nunmehr erst die richtige Erläuterung. Sie stammt aus der Scheu vor richterlichen Restitutionen als gefährlichen Willkürakten. Wollte man diese vermeiden, so musste man auf andere Weise den Irrenden helfen. Deshalb las man unbewusst aus den Quellenausdrücken *consensus* und *voluntas* das heraus, was man brauchte: „Kraftlosigkeit der Geschäfte bei fehlendem inneren Willen“. Das praktische Bedürfnis der inneren Partei, das in der römischen Weise der in *integrum restitutio* nicht mehr Befriedigung finden sollte, brach sich eine neue Gasse, die aber, wie im vorstehenden erwiesen wurde, auf die Dauer ungangbar erschien und statt deren jetzt das BGB. es mit einem neuen Anfechtungsrechte versuchte.

Ist somit der Schutz der irrenden Partei im BGB. nur in Anlehnung an die früheren Rechtsansichten verständlich, so gilt dies noch mehr von dem

II. Schutz gegen fremde Irrtümer, d. h. von den Schranken der Anfechtung von Rechtsgeschäften wegen Irrtums. Dieser Schranken bedarf es sehr; denn jede Anfechtung ist die Ausübung eines Reurechts²⁾ und gefährdet den anderen Teil in hohem Masse.

¹⁾ Vgl. hierzu namentlich Saleilles, *introduction à l'étude du droit civil Allemand*, Paris 1904 S. 42 ff. (Übersetzung im 14. Heft der Studien zur Erläuterung des bürgerl. Rechts, Breslau 1905 S. 42 ff.)

²⁾ Vgl. Gradenwitz, *Anfechtung und Reurecht beim Irrtum*, Berlin 1902; auch hierzu Regelsberger, *KrVJSchr.* Bd. 44 S. 433 ff., und Wendt, *Arch. f. ziv. Praxis* Bd. 100 S. 239, 240.

In der Ausgestaltung der Anfechtungsschranken finden wir aber durchweg die Nachwirkungen älterer Lehren wieder. Zunächst zeigt sich:

1. eine Nachwirkung der Lehre des Irrtums als Bewusstlosigkeit S. 145 ff. Der § 119 erwähnt hintereinander zwei Fälle, die dem unbefangenen Leser identisch zu sein scheinen. Er spricht von jemandem, der „bei der Abgabe einer Willenserklärung über deren Inhalt im Irrtum war oder eine Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben wollte“¹⁾. Nun kann kein Zweifel darüber sein, dass jeder, der bei Abgabe einer Willenserklärung über deren Inhalt im Irrtum war, eine Erklärung dieses Inhalts nicht abgeben wollte, und umgekehrt, dass jeder, der eine Erklärung dieses Inhalts nicht abgeben wollte, über ihren Inhalt im Irrtum war. Der rätselhafte Wortlaut erklärt sich jedoch aus der Vorgeschichte. Man wollte den Irrtum aus sog. Bewusstlosigkeit (Verlautbarungsirrtum) nicht anders behandeln als den gewöhnlichen Inhaltsirrtum, ihn namentlich auch nicht ohne weiteres zum Nichtigkeitsgrunde machen (Concession an die Erklärungstheorie). § 119 unterschied also zwei Irrtumsarten bloss deshalb, um anzudeuten, dass er sie in Wahrheit nicht unterscheiden wolle. Dieser rein negative Gedanke wäre wohl besser in den Protokollen und der Denkschrift, als im Texte erwähnt worden; denn diesen macht er schleppend.

Wir finden ferner:

2. eine Nachwirkung der Lehre von der Unerheblichkeit der Beweggründe, von der wir oben (§ 12) sahen, dass sie nicht gänzlich falsch ist, aber doch jedenfalls nur zur Nichtigkeit wegen Irrtumes passt.

Bei der Anfechtung befriedigt sie wenig. Die Anfechtung beruht auf Mitleid gegenüber dem Irrenden, der eine Enttäuschung durch die Aufklärung des Irrtums erleidet. Ob es nun ein blosser falscher Beweggrund ist, der ihn in eine Falle

¹⁾ Der Wortlaut dieser zweiten Möglichkeit deutet freilich auf jeden Irrtum in den Beweggründen, aus denen der Inhalt entstanden ist. Dies kann aber nicht gemeint sein arg. § 1332, wo eine solche Auffassung derselben Worte undenkbar wäre.

lockte, oder ein Irrtum über einen Inhaltsgegenstand, das wird für seinen Enttäuschungsschmerz gleichgültig sein¹⁾.

Hätte man das System der richterlichen in integrum restitutio angenommen, so würde man von dieser subtilen Unterscheidung zwischen den blossen Beweggründen und den in den Geschäftsinhalt aufgenommenen Dingen leicht hinweggekommen sein. Da aber das BGB. eine Schutzwehr gegen das Übermass der Anfechtungen im Gesetze selbst aufstellen wollte, so verfuhr es nach Analogie des früher herrschenden Willensdogmas. Dieses benutzte die nicht ganz richtige Lehre von der Unerheblichkeit der falschen Beweggründe (im Gegensatz zum entstellten Willen), um den Nichtigkeitswünschen der Irrenden eine Schranke zu setzen. Dementsprechend schloss man die falschen blossen Beweggründe des Inhalts, im Gegensatz zum entstellten Inhalt der Erklärung, ein für allemal von den Anfechtungsgründen aus. Ohne das würde man in der Tat in das Bodenlose geraten sein. Man denke nur, welche lange Reihen von Beweggründen der Erklärung oft vorhergehen. Würde die Irrigkeit eines von ihnen Anfechtungsrechte geben, so wäre die Verkehrssicherheit durch allzuhäufige Anfechtungen gefährdet.

Das hier angewandte Hilfsmittel ist wohldurchdacht, aber volkstümlich und gemeinverständlich wird dieser Kunstgriff niemals werden. Will man freilich nicht zur richterlichen restitutio in integrum zurückkehren²⁾, so wird man ihn schliesslich beibehalten müssen.

3. Eine Nachwirkung der Lehre von den verkehrswesentlichen Eigenschaften, von der bereits die Rede war, lässt sich ebenfalls hierher ziehen. Man könnte meinen, dass in § 119 Abs. 2 Irrtümer über Eigenschaften, die nicht ver-

¹⁾ Man denke an die beiden Fälle, dass jemand zweimal eine falsche Medizin bestellt, das eine Mal, weil er sie mit einer andern verwechselt, das andere Mal, weil er irrigerweise glaubt, dass der Arzt sie ihm verschrieben hat. Die verschiedene Behandlung beider Fälle wird einem Laien kaum einleuchten.

²⁾ Man würde dann etwa bestimmen müssen, dass der Richter die Interessen der Parteien gegeneinander abwägen und danach Aufhebung des Geschäfts entweder gewähren oder versagen müsse.

kehrswesentlich sind, von den Anfechtungsgründen ausgeschlossen werden sollen¹⁾. Zweifelhaft ist aber, ob § 119 Abs. 2 (als Irrtum über den Inhalt der Erklärung gilt auch der Irrtum über solche Eigenschaften der Person oder der Sache, die im Verkehr als wesentlich angesehen werden) überhaupt die Anfechtungsrechte der Irrenden einschränken oder nicht vielmehr, wie schon oben angenommen wurde, gegenüber unpassenden Gesetzesauslegungen erweitern wollte. Das Gesetz redet sehr allgemein. Es unterscheidet nicht Eigenschaften, die eine Sache oder Person, welche zu beschaffen sind, haben soll und solche, die eine bereits zur Stelle befindliche Person oder Sache angeblich hat. Auch bei letzteren greifen doch mindestens die ädilizischen Rechtsmittel oder ähnliche Ansprüche Platz, folglich unterwerfen sich die Parteien stillschweigend ihrer rechtlichen Bedeutsamkeit. Daher gehören auch sie zum Inhalte der Erklärung im weitern Sinne des Wortes, d. h. vielleicht nicht zum Mitteilungs willen der Partei, aber doch zu dem rechtserheblichen Inhalte des Geschäfts, wie ihn der Ausleger feststellen muss (§ 9). Dies wollte m. E. § 119 Abs. 2 ausser Zweifel stellen.

Eine wahre Beschränkung des Anfechtungsrechts stellt neuerdings das Reichsgericht²⁾ in Anlehnung an gelehrte Ausführungen auf in dem Satze: Für das Gebiet der Wandlungsklage gilt § 119 nicht³⁾. Als Ansatz zu einer neuen Gewohnheitsrechtsbildung, die den Text des § 119 Abs. 2 einschränkt, ist dies allenfalls anzuerkennen, nicht aber als eine unvermeidliche Folgerung aus den Gesetzesworten⁴⁾.

¹⁾ Z. B. Ankauf von Fleisch, das der Käufer für trichinös hält und zu Mikroskopierübungen benützen will.

²⁾ Entsch. Bd. 61 Nr. 41 S. 171 ff.

³⁾ Das Urteil kehrt sich S. 174 ausdrücklich gegen das Verf. „allgemeinen Teil“, dem sich der Berufungsrichter angeschlossen hatte.

⁴⁾ Die Folgerung des Reichsgerichts, dass § 119 da nicht gelten könne, wo das Wandlungsrecht mit seinen Sondervorschriften dadurch gekreuzt werden würde, ist m. E. nicht schlüssig. Man könnte ebenso sagen, die rei vindicatio des Eigentümers gegen den Dieb könne neben der Klage aus § 823 nicht gelten, damit die kurze Verjährung des § 852 keinen Abbruch erleide.

Eine weitere sehr dunkel gefasste Schranke des Anfechtungsrechts ist:

4. Eine Nachwirkung der Lehre von der Entschuldbarkeit des wesentlichen Irrtums. Dass diese Entschuldbarkeit gleichgültig sein muss, trifft zu bei nichtigen Geschäften, die durch die Schuld einer Partei unmöglich einen ausführbaren Inhalt bekommen können, wenn ihnen ein solcher fehlt, z. B. bei unaufklärbarer Zweideutigkeit des Inhalts. Was soll hier wohl gelten? An der Kraftlosigkeit solcher Geschäfte kann die Schuld des Irrenden nichts ändern.

Ganz anders bei der Anfechtbarkeit. Sie beruht auf Mitleid, und das verdient die schuldige Partei nicht.

Das hat nun leider das BGB. nur in einer Abschwächung angenommen. Es benachteiligt zwar nicht jede des Irrtums schuldige anfechtungslustige Partei, wohl aber die unvernünftige.

Das Anfechtungsrecht wird nach § 119 einem Irrenden gegenüber seiner Erklärung gegeben, „wenn anzunehmen ist, dass er sie bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falls nicht abgegeben haben würde“. Sie wird ihm also verweigert, wenn er sie zwar bei Kenntnis der Sachlage unterlassen haben würde, aber nicht aus verständiger Würdigung des Falles, sondern aus verkehrten Anschauungen, wenn es also unverständlich von seiner Seite gewesen wäre, bei rechtzeitiger Aufklärung der Wahrheit von den Geschäftsverhandlungen zurückzutreten. Wäre damals sein Rücktritt unverständlich gewesen, so ist auch jetzt seine Anfechtung unverständlich.

Viel besser wäre es gewesen, einfach zu bestimmen: Aus unvernünftigen Gründen darf die Anfechtung nicht geschehen, doch ist man auf diesen einfachen Ausweg nicht gekommen. Es gilt also nur der nicht ganz identische Satz: Die Anfechtung ist verboten, wenn sie einem früher unerfüllt gebliebenen unvernünftigen Wunsche entspricht, den erklärten Geschäftsinhalt zu vermeiden.

Man könnte den Wortlaut der Stelle auch so deuten: Wer aus unvernünftigen Gründen ein Geschäft abschliesst (z. B. eine zu teure Sache kauft), darf es zur Strafe seiner Unvernunft nicht wegen eines etwa vorgefallenen Irrtums anfechten.

Das wäre eine Strafe, die nur bei zufälligen Nebenumständen den Schuldigen träfe, also etwas sehr Unzweckmässiges. Dies dürfen wir aus dem Gesetze nicht herauslesen.

Eine fernere Schranke der Anfechtungen wegen Irrtums ist:

5. die Nachwirkung der Haftung für culpa in contrahendo. Dass diese Haftung nach § 122 BGB. nur auf das negative Interesse hinzielt, nicht auf das Erfüllungsinteresse (übrigens in Worten, die man nicht versteht, wenn man nicht ihren besonderen Sinn vorher kennt), beruht m. E. auf einer unpassenden Analogie. Bei nichtigen Verträgen scheute man sich (m. E. mit Unrecht), aus einem nichtigen Geschäft eine Haftung auf das Erfüllungsinteresse herzuleiten. Bei der blossen Anfechtung hat m. E. die gleiche Scheu keinen Sinn. Der Anfechtungsgegner soll entschädigt werden. Warum soll dies nicht voll und ganz geschehen? Es liesse sich ja allenfalls dafür geltend machen, dass das Anfechtungsrecht des Irrenden nicht durch zu starke Belastung mit Entschädigungspflichten entwertet werden soll. Es befriedigt aber wenig, dass diese Minderung der Anfechtungslast gerade in dem sehr zufälligen Überschusse des Erfüllungsinteresses über das Nichtverhandlungsinteresse liegen soll, jedoch *lex ita scripta est. Dura lex tamen lex.*

Der Geschäftsgenosse des Irrenden sollte aber verständigerweise überhaupt nicht entschädigt werden, wenn er selbst den Irrtum (durch unvorsichtige Anpreisungen u. dgl.) verschuldet hat, und zwar auch dann nicht, wenn er ohne Fahrlässigkeit den Irrtum des andern Teils nicht kannte (also nicht als Betrüger handelte). Anders § 122 Abs. 2. Bei Verlöbnissen ist weit richtiger der schuldhaft Urheber des Rücktritts für haftbar erklärt worden (§§ 1298, 1299). Man hätte dies bei den Anfechtungen wegen Irrtums ebenso bestimmen und bei beiderseitiger Schuld eine *compensatio culpa*e eintreten lassen sollen.

Dass auch der unschuldig Irrende dem schuldigen Teile für sein Anfechtungsrecht einen Schadensersatz zahlen muss, lässt sich überhaupt kaum rechtfertigen. Es ist dies auch nur als Überrest der alten Lehre von der culpa in contrahendo zu erklären, bei der man die Nichtigkeit wegen Irrtums bei unerkennbarem Willensmangel als unerträglich empfand und auf

diese Wunde das Pflaster einer Entschädigungspflicht klebte, ohne jede Rücksicht auf das Verschulden der Parteien. Bei der Anfechtung wegen Irrtums hätte man die Schuldfrage schärfer betonen können und sollen. Man hätte dem Geschäftsgenossen des Irrenden einen Anspruch nur dann geben sollen, wenn ihn keine Schuld am Abschlusse des anfechtbaren Geschäfts trifft.

Zu erwähnen ist noch unter den Einflüssen des älteren Rechtes:

6. ein Ersatz für die fehlende Frist der in *integrum restitutio*. Es ist dies das Gebot der unverzüglichen (ohne schuldhaftes Zögern geschehenen) Ausübung des Anfechtungsrechts (§ 121). Die grosse Strenge dieses Gebotes deutet darauf hin, dass der Gesetzgeber sich wohl in seinem Gewissen beängstigt fühlte, weil er dem Irrenden so weit reichende Befugnisse gegeben hatte. Darum sollte die Kürze der Frist die Gefährlichkeit der Anfechtungsbefugnis mildern.

Wir schliessen diese Betrachtungen damit ab, dass das BGB. eine beachtenswerte, wenn auch noch immer verbesserungsfähige Irrtumslehre geschaffen hat, die jedoch ohne Kenntnis der älteren Literatur unverständlich bleiben muss.

4. Schluss.

§ 34.

Der Verfasser will auch den Inhalt des zweiten Teiles rückblickend kurz zusammenfassen¹⁾:

1. Nichtigkeit eines Vertrages einer bestimmten Art ist seine Untauglichkeit zu den Wirkungen, die der Vertrag anordnet.
2. Mit dem Gegensatze von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit wurde verschiedenes bezeichnet. Das unterscheidende Merkmal besteht im Zweifel darin, dass der zur Anfechtung Berechtigte den Anfechtungswunsch durch einen besonderen Willensakt klarlegen muss.

¹⁾ Hier möchte er es nicht unerwähnt lassen, dass er die erste Anregung zu einer Erforschung des gegenseitigen Verhältnisses der Begriffe Beweggrund und Bedingung in seiner Studienzeit zu Giessen in einer exegetischen Vorlesung des Herrn Professor Zimmermann (z. Z. in Strassburg) erhalten hat.

3. Von einer Differenz zwischen dem Willensinhalte und der Erklärung sollte man nur reden, wenn man an rechts-erhebliche, also in der Regel an erkennbare Willensmängel denkt.
4. Der Satz *falsa demonstratio non nocet* verlangt den Zusatz *vera opinione perspicua*.
5. Das Wort *dissensus* hat verschiedene Bedeutungen; es bezeichnet aber niemals die mit einer Gegenofferte verbundene Ablehnung einer Offerte (l. 18 dig. de reb. cred. 12, 1). In der Regel bedeutet es zwei Erklärungen, welche infolge eines Missverständnisses ihrem Sinne nach nicht untereinander übereinstimmen.
6. Der Satz „*errantis voluntas nulla est*“ ist wahrscheinlich eine Auslegungsregel und bezieht sich auf Willensmängel, die dem Ausleger erkennbar sind¹⁾.
7. Weder Zwang noch Irrtum schliessen im strengen psychologischen Sinne die Willensfreiheit aus²⁾, im Sinne des gemeinen Lebens tun sie es allerdings. Beides ist jedoch für die Gültigkeit von Rechtsgeschäften gleichgültig.
8. Besondere Vorschriften über *error in persona, re, negotio* usw. gibt es nicht. Die über diese Beispiele vorhandenen Quellenentscheidungen, sowie die Ansprüche der Quellen über den Irrtum der Stellvertreter und anderer Hilfspersonen lassen sich nach den allgemeinen Grundsätzen der Vertragslehre erklären. Antinomien enthält diese ganze Lehre nicht.
9. Der Nichtigkeit begründende Irrtum heisst nur ungenauerweise eine Nichtigkeitsursache; denn die durch ihn hervorgerufene Geschäftserklärung würde ohne sein Vorhandensein nicht gültig, sondern unterblieben sein. Wohl aber ist er ein Nichtigkeitsgrund, d. h. man kann aus ihm die Nichtigkeit folgern.
10. Die Unentschuldbarkeit eines Irrtums kann an der Nichtig-

¹⁾ Anders die erste Auflage.

²⁾ Wohl aber im ethischen Gebiete die Verantwortlichkeit. Aristoteles, *ethica Nicomachea* Bd. III c. 1. Dies jedoch auch nicht immer. Näheres gehört nicht hierher.

- keit des Vertrages, den er hervorgerufen hat, nichts ändern.
11. Eine *culpa in contrahendo*, welche nicht durch eine Schuld von der Gegenseite ausgeglichen wird, führt bei einer *vox ambigua* zu einer Auslegung gegen den Kulposen, bei der Abgabe einer unerwünschten nicht misszuverstehenden und ausführbaren Erklärung zur Vertragshaftung. Bei einer sonstigen Veranlassung eines nichtigen Vertragsschlusses führt sie im römischen Rechte zur Haftung für das Erfüllungsinteresse, im BGB. nur zur Haftung für das sog. negative Interesse (Untätigkeitsinteresse¹⁾).
 12. Die Wesentlichkeit des Irrtumes ist nach verschiedenen Methoden bestimmt worden. Es entscheidet über ihr Vorhandensein:
 - a) Nach der kasuistischen Methode der Gegenstand des Irrtumes in Anlehnung an die Quellenbeispiele (im BGB. verworfen);
 - b) nach der scholastischen Methode (welche nach ihrem Ursprunge so genannt ist), die Zugehörigkeit des Irrtumsgegenstandes zu den im objektiven Rechte für die Wirksamkeit des Geschäftes erforderlichen Festsetzungen (*essentialia*, im BGB. ebenfalls verworfen);
 - c) nach der älteren psychologischen Methode der Umstand, dass der Irrende die vorausgesetzte Tatsache als unerlässliche Vorbedingung seiner Erklärung auch nur innerlich ansah (Ausgangspunkt der Anfechtung wegen Irrtums nach § 119 BGB.);
 - d) nach der neueren psychologischen Methode die Zugehörigkeit des irrtümlich angenommenen Umstandes zu dem Inhalte des „inneren Geschäftswillens“ oder zu den „Individualisationsmomenten der Absicht“ (im BGB. verworfen);
 - e) nach der allein quellenmässigen Methode der Vertragsauslegung der Umstand, ob die Abwesenheit des Irrtumes in rechtserheblicher Weise

¹⁾ d. h. auf den Wert, den die Untätigkeit der Partei, d. h. ihr Nicht-eintritt in die Verhandlungen, für sie gehabt haben würde.

zur Gültigkeitsbedingung des Erklärten gemacht worden ist. (Für die Begründung der Nichtigkeit wegen Irrtums noch jetzt geltend, ergänzt durch §§ 119 ff.).

13. Die Nichtbeachtung dieser einfachen Formel erklärt sich aus einer quellenwidrigen Einschränkung des Umfanges der stillschweigenden Bedingungen, welche zur Zeit des artikulierten Verfahrens nicht die ihnen im römischen Rechte zuerteilte Bedeutung erlangen konnten und noch heutzutage vielen gefährlich scheinen, weil zu ihrer praktischen Berücksichtigung eine ziemlich weit ausgedehnte Freiheit des richterlichen Ermessens gehört. Auch suchte man die Nichtigkeit der Geschäfte wegen Irrtums auf ein weiteres Gebiet zu erstrecken, weil man gegen die römische in integrum restitutio eine Abneigung empfand und sie daher auch nicht zum Schutze der Irrenden verwenden wollte. Seitdem das BGB. statt dieses richterlichen Mittels unter dem Namen der Anfechtung eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand durch Parteierklärung geschaffen hat, bedurfte es der früheren übermässigen Ausdehnung des Nichtigkeitsgebietes nicht mehr.
14. Die dem römischen Rechte entsprechende Handhabung der Interpretationsgrundsätze seitens des Reichsoberhandelsgerichts und die Reform des Prozessrechtes haben vornehmlich einer Aufstellung der richtigen Irrtumslehre den Weg gebahnt.
15. Die Anfechtung der Geschäfte wegen Irrtums im § 119 BGB. bedarf einer Erläuterung aus der älteren Lehre von Nichtigkeit der Geschäfte wegen Irrtums.

Der Verfasser nannte seine Schrift einen Beitrag zur Vereinfachung der Vertragslehre. Nicht jedes Streben nach Vereinfachung ist berechtigt. Im allgemeinen strebt der Mensch nach einer Vervielfältigung seiner Ziele und nach einer Vereinfachung der Mittel zu ihrer Erreichung. Unsere Dogmen existieren nun aber nicht um ihrer selbst willen, sie sind vielmehr die Mittel zur Beherrschung eines umfangreichen Materials von Rechtsvorschriften und ermöglichen deren Anwendung. Schon aus diesem Grunde müssen wir unausgesetzt auf ihre

Vereinfachung hinarbeiten. Eine ganz besondere Rolle spielt aber ein solches Streben in der romanistischen Wissenschaft. Die klassischen römischen Juristen besaßen instinktiv einige wenige einfache Grundsätze von praktischer Vortrefflichkeit, welche sie selbst angewendet, aber nicht formuliert haben, etwa so, wie das Volk Sprachregeln verwendet, die nur der Grammatiker kennt. Das Ziel, aus den Einzelentscheidungen diese allgemeinen Gedanken herauszuziehen, schwebt allen Romanisten seit Jahrhunderten „gleich einer fernen Sonne“ vor. Die Missgriffe bei der ungenügenden Behandlung dieser Aufgabe sind es vornehmlich, welche teils der Unwissenheit der Glossatoren, teils der Spitzfindigkeit der Scholastiker, teils der Unbesonnenheit der Naturrechtsschule entstammen und dem bei uns herrschenden Rechte trotz einer langen Vervollkommnungsarbeit zum Teil noch immer ein abstraktes und formalistisches Gepräge geben¹⁾. Die überlieferten Lehrmeinungen von Überresten einer missverständlichen Quellenexegese zu befreien, muss unser Streben sein. Nicht die Loslösung von dem Überlieferten, sondern nur dessen kritische Durchforschung vermag zu helfen. In dieser Hinsicht ist noch manches zu tun und noch manches zu erreichen.

¹⁾ Vgl. Stintzing, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, München und Leipzig 1880 S. 105 ff. denselben; Ulrich Zasius, Basel 1857 S. 97: „nicht weil die Juristen zu römisch, sondern weil sie nicht römisch genug gebildet waren, brachten sie die Rechtspflege in den kläglichen Zustand“.

Quellenregister¹⁾

Die einfachen Seitenzahlen beziehen sich auf den ersten Band.

Vorjustinianische Quellen.

Gaius. Lib. I § 7	46 ² , II 15 ¹	tit. 12 quibus modis ius pot.	
§ 165	214 ⁰	§ 5	221 ¹ , 221 ²
Lib. II § 29	10 ²	§ 6	221 ²
§ 30	10 ²	§ 8	10 ¹⁰
§ 31	10 ²	tit. 24 de satisd. tut.	
§ 32	10 ²	§ 1	II 16
§ 238	158 ³	Lib. II tit. 1 de rerum divisione	
Lib. III § 56	221 ²	§ 40	10 ¹ , 118 ³ , 249 ² .
§ 76	209 ⁴		II 113
§ 82	35 ²	tit. 3 de servitutibus	
§ 89	10 ⁵ , 28 ⁴	§ 4	10 ²
§ 102	II 101 ³	tit. 4 de usufructu	
§ 119	10 ⁵ , 28 ⁴	§ 1	10 ²
§ 135	10 ⁵ , 28 ⁴	§ 3	10 ³
§ 153	28 ⁴	tit. 6 de usucapionibus	
§ 154 a	10 ⁵ , 28 ⁴	§ 11	II 38 ²
§ 176	II 4 ² , II 4 ⁴ .	tit. 19 de heredum qualitate	
	II 37 ³	§ 7	210 ²
§ 179	II 4 ²	tit. 20 de legatis	
Lib. IV § 131	II 4 ³ , II 38 ¹	§ 3	246 ⁰ , 261 ¹
Ulpiani fragmenta		§ 29	II 12 ¹
Lib. XXIV § 19	II 12 ¹	§ 30	II 12 ¹
Lib. XXVIII § 12	221 ¹	§ 31	261
Paulus sententiae receptae		Lib. III tit. 10 de acquisitione per adrogationem	
3, 6 § 13	158 ³	pr. 35 ²	
		tit. 19 de inutil. stipul.	
		§ 8	255 ⁰
		§ 10	255 ⁰
		§ 13	132 ³
		§ 23	192, II 31

Justiniani Institutiones.

Lib. I tit. 10 de nuptiis
pr. 61⁴

tit. 23 de emptione et venditione
§ 4 57⁴
tit. 24 de locatione et conductione
§ 3 10²
tit. 29 quibus modis obl. toll.
§ 4 10⁸, 49

Justiniani Digesta.

Lib. I tit. 1 de iust. et iure		l. 2	198 ¹ , 202 ² , 203 ⁶ , 209 ²
l. 1 § 1	92 ¹	l. 2 pr.	198
§ 2	115 ¹	l. 2 § 1	210 ² , 230 ¹
tit. 2 de origine iuris		l. 3	214 ⁵
l. 1	2 ¹	l. 4	215 ² u. a.
l. 2 § 1	II 162 ¹	l. 7 § 4	249 ²
tit. 3 de legibus		§ 8	II 32 ³
l. 4	218 ³	§ 12	245 ² , II 32 ⁴
l. 5	218 ³	§ 19	23, 23 ³ , II 16 ²
l. 13	115 ¹ , 124 ¹ , II 116 ⁵	l. 10 § 2	57
l. 16	115 ¹	l. 38	228 ³
l. 19	46, 88 ¹	l. 39	151 ² , 185 ¹
l. 24	189 ³	l. 45	58
l. 32 § 1	34, 35 ² , 41, 70 ⁴	l. 51 § 1	II 35
l. 35	35	l. 57	203 ⁶ , 210 ²
l. 40	35	l. 57 pr.	198 ³ , 199 ¹
tit. 4 de constit. princ.		tit. 15 de transact.	
l. 2	115 ¹	l. 5	90, II 27
tit. 7 de adoption.		l. 8 pr.	28 ⁴
l. 5	52	l. 9 § 3	II 21 ⁵
l. 6	61 ⁴	l. 9 in fine	90
l. 10	61 ⁴	l. 12	90, II 21, II 151 ²
tit. 21 de off. eius		Lib. III tit. 3 de procurat.	
l. 5 § 1	II 4 ³ , II 37 ³	l. 8 § 1	61 ⁴
Lib. II tit. 1 de iurisdic.		l. 35 pr.	217 ² , 225
l. 15	43, 43 ² , II 33 ³ , II 157	l. 40 § 4	217 ² , 225
tit. 2 quod quisque iuris in alterum statuerit		tit. 5 de neg. gest.	
l. 1 § 2	II 3 ²	l. 5 pr.	II 105 ¹
tit. 14 de pactis		l. 5 § 1	II 48
l. 1	55, 81	§ 10	157 ² , II 48 ⁴
l. 1 pr.	15, 56	l. 6 § 8	157 ³
l. 1 § 1	56	l. 7 pr.	163 ³
§ 2	56, II 3 ³	l. 8 (9)	50 ²
§ 3	20 ³ , 27, 30, II 4 ³ , II 38 ¹ , II 38 ³	l. 25 (26)	61 ⁴
		l. 49	238 ³
		Lib. IV tit. 2 quod metus.	
		l. 21 § 5	II 40, II 41 ³ , II 43 ¹
		tit. 3 de dolo malo	
		l. 1 § 2	137 ²
		l. 6	II 4 ³ , II 38 ¹
		l. 7 § 8	II 4 ³
		l. 18 § 3	268 ²
		l. 38	II 29
		tit. 8 de rec. qu. arb.	
		l. 27 § 3	36

¹⁾ Angefertigt von Referendar Erich Richarz in Breslau

- Lib. V tit. 1 de iudiciis
 l. 1 42
 l. 2 pr. 42, II 157
 tit. 2 de inoff. testam.
 l. 4 47
 l. 27 § 4 II 163¹
 l. 28 261¹, II 163¹
 l. 31 § 3 61⁴
 l. 32 pr. II 109
 tit. 3 de her. pet.
 l. 50 § 1 238³
- Lib. VI tit. 1 de rei vind.
 l. 5 pr. 48²
- Lib. VII tit. 1 de usufr.
 l. 3 pr. 10²
 l. 25 § 1 157³, 239³, II 103
 § 7 10²
 tit. 2 de usufr. adresec.
 l. 1 § 3 57
 tit. 4 quibus modis ususfr. v. usus amittitur
 l. 2 § 2 49
- Lib. VIII tit. 1 de servit.
 l. 4 pr. 270¹
 l. 14 § 1 10³
 tit. 2 de serv. praed. urb.
 l. 5 53², 61⁴
 l. 30 pr. 214⁰
 tit. 4 communia praed.
 l. 18 213²
 tit. 6 quemadm.
 l. 8 210²
- Lib. X tit. 2 fam. ercise.
 l. 25 § 17 25
 tit. 3 communi dividundo
 l. 14 § 1 157³, II 48⁴
 l. 29 pr. 157³, 238³, II 48⁴
 tit. 4 ad exhibendum
 l. 19 174
- Lib. XI tit. 7 de religiosis
 l. 8 210²
 l. 14 § 7 210²
- Lib. XII tit. 1 de rebus creditis
 l. 6 203⁴
 l. 15 II 51²
- l. 18 143¹, II 105¹, II 176
 l. 18 pr. II 17
 l. 20 II 25³
 l. 32 II 46³, II 51
 l. 37 258³
 l. 38 258³
 l. 39 258³
 l. 40 198²
 l. 41 138², II 109
 tit. 4 de condictione causa data
 l. 1 § 1 249¹
 l. 3 § 7 266⁵, 268², II 24³
 l. 3 § 8 II 109
 tit. 6 de cond. indebiti
 l. 26 § 4 II 96³
 l. 37 268²
 l. 52 265, II 140¹
 l. 65 § 2 267¹, 267², II 140¹
 tit. 7 de cond. sine causa
 l. 3 II 30
- Lib. XIII tit. 5 de pecunia const.
 l. 1 § 5 10⁶
 l. 14 § 3 163³
 l. 15 164²
 l. 25 pr. 10⁶
 l. 31 II 28
 tit. 6 commod. vel contra
 l. 10 § 1 II 93¹
 l. 13 § 2 241
 tit. 7 de pign. act.
 l. 1 § 1 II 35²
 § 2 II 96
 l. 11 § 5 226¹
 l. 30 II 23⁴
- Lib. XIV tit. 2 de lege Rhodia
 l. 10 pr. 179³
 tit. 4 de trib. act.
 l. 1 § 3 154⁴, 206, 207⁴
 tit. 6 de S. C. Maced.
 l. 12 207³
 l. 16 207³
- Lib. XV tit. 1 de peculio
 l. 4 § 1 50
- Lib. XVI tit. 3 depositi vel contra
 l. 1 § 11 163³

- § 41 157²
 l. 24 179¹
- Lib. XVII tit. 1 mandati vel contra
 l. 1 § 4 II 6¹
 l. 4 § 1 143¹
 l. 6 § 2 210²
 l. 8 § 6 143¹
 l. 49 141⁴, 143¹, II 112², II 113¹
 l. 58 pr. 157³
 l. 60 § 3 216²
 tit. 2 pro socio
 l. 1 § 1 232¹
 l. 2 232¹
 l. 19 10⁵
 l. 31 II 21⁴
 l. 37 28
 l. 44 II 21¹
 l. 65 § 11 II 23⁴
 l. 67 pr. 61⁴
 l. 84 163
- Lib. XVIII tit. 1 de contrahenda emptione
 II 131³
 l. 1 § 2 28⁴
 l. 6 § 1 179
 l. 9 II 33¹, II 86, II 158¹
 l. 9 pr. 168², II 31³, II 67
 l. 9 § 2 II 79², II 81, II 88, II 91, II 93, II 95², II 97, II 98
 l. 10 II 86
 l. 11 II 86
 § 1 II 79², II 89
 l. 12 II 116, II 119, II 123¹, II 126
 l. 13 II 123
 l. 14 43⁴, II 35, II 91, II 92,
 l. 15 II 134
 § 2 II 21³, II 112
 l. 18 § 1 II 133
 l. 33 179³, 185¹, 188²
 l. 34 II 47², II 77³
 l. 34 pr. 191
 l. 40 § 1 179¹
- l. 41 pr. 179¹
 l. 41 § 1 II 35, II 91, II 92, II 151, II 151⁶
 l. 45 II 88, II 91
 l. 55 136³
 l. 57 § 1 II 134
 l. 58 264¹, 265⁴, II 95
 l. 63 pr. 163³
 l. 77 157⁴, 185¹, 179³
 tit. 2 de in diem addictione
 l. 14 § 3 II 62
 tit. 3 de lege comm.
 l. 3 II 23⁴
 l. 7 210²
 tit. 4 de hered. vel act.
 10⁷
 l. 1 II 37³
 tit. 5 de praescriptis verbis
 l. 8 179¹
 tit. 6 de periculo et commodo
 l. 8 pr. 263³, II 11²
- Lib. XIX tit. 1 de actione empti et venditi
 l. 6 § 4 179³
 l. 11 § 1 152², 179¹, 184⁵, 219¹, 236¹, 270³
 l. 13 § 29 II 4⁴
 l. 17 § 7 41²
 l. 21 § 2 185¹, II 86¹, II 98
 l. 32 268³
 l. 48 161², II 32⁷
 tit. 2 locati conducti
 l. 1 26
 l. 13 § 11 198³, 210²
 l. 19 § 6 II 102
 l. 22 § 3 265²
 l. 29 185¹
 l. 30 § 4 II 32⁷
 l. 52 168¹, II 95², II 100³
 l. 60 pr. 257⁶
 l. 60 § 6 II 21³
 tit. 4 de rerum permutatione
 l. 1 § 2 49
 tit. 5 de praeser. verbis
 l. 8 pr. 179³

- l. 20 § 1 57⁴
 l. 22 159². II 21¹
 Lib. XX tit. 1 de pignoribus
 l. 4 10⁴
 l. 4 pr. 28⁴
 l. 15 § 1 214⁵
 l. 21 pr. 163³
 l. 26 § 1 24. 186³. 210². II 109²
 tit. 2 in quib. causis pign. tacite
 contrahitur
 l. 4 pr. 226¹. 227¹
 l. 6 215²
 tit. 4 qui potiores
 l. 11 § 1 263³
 l. 12 § 4 230¹
 tit. 5 de distr. pignoribus
 l. 1 147
 tit. 6 quibus modis pignus
 l. 3 269³. 269⁵
 l. 4 § 1 230¹
 l. 7 pr. 54. 54². 230¹
 l. 9 pr. 25¹
 l. 10 143¹
 l. 11 § 1 61⁴
 Lib. XXI tit. 1 de aedil. ed.
 l. 31 § 20 182
 l. 51 pr. II 116¹. II 124
 l. 51 § 1 II 127 II 128¹
 tit. 2 de evictionibus
 l. 12 II 15.
 Lib. XXII tit. 3 de probat.
 l. 25 § 4 253⁴
 tit. 6 de juris et facti ignorantia
 II 131³
 l. 1 § 2 147¹
 l. 7 II 115¹
 l. 9 pr. II S. 131⁴
 l. 9 § 4 II 115
 Lib. XXIII tit. 1 de sponsal.
 l. 2 10⁰
 l. 7 § 1 61⁴. 207³
 l. 18 163³
 tit. 2 de ritu nuptiarum
 l. 22 II 23⁴
 l. 45 § 5 61⁴

- tit. 3 de iure dotium
 l. 1 § 57 231²
 l. 21 215³. 257³. 258¹
 l. 25 57³
 l. 68 257³. 258¹
 Lib. XXIV tit. 1 de donat. inter vir.
 et ux.
 l. 3 § 12 205³
 l. 32 § 4 214⁷
 § 14 45
 tit. 3 soluto matrimon.
 l. 2 § 1 53
 § 2 206. 207². 214⁴. 225²
 l. 8 70⁴
 Lib. XXV tit. 3 de agnosc. lib.
 l. 1 § 4 210²
 Lib. XXVI tit. 1 de tutelis
 l. 6 § 2 214⁰
 tit. 7 de admin.
 l. 43 § 1 186³
 Lib. XXVII tit. 7 de fideiuss. tutor.
 l. 4 § 3 210²
 tit. 9 de rebus eorum qu. s. tut.
 l. 5 § 14 II 37³
 tit. 10 de curatoribus furioso
 l. 10 § 1 II 113². II 114³
 Lib. XXVIII tit. 1 qui testam.
 l. 21 § 1 182
 tit. 2 de lib. et posth.
 l. 14 § 2 II 64¹
 l. 25 pr. II 64¹
 tit. 3 de iniusto test.
 l. 16 258³
 tit. 5 de hered. inst.
 l. 9 II 67¹. II 68²
 § 3 II 101³
 § 4 II 101³
 § 8 203⁴
 l. 13 pr. 209⁴
 l. 48 § 3 II 12¹
 l. 59 (58) pr. 203⁴
 l. 60 (59) pr. 231². 240. 240¹
 l. 87 (86) § 1 II 21⁷. II 23⁴
 l. 78 (77) 159²
 l. 93 (92) 261¹. II 163¹

- tit. 6 de vulgari et pup. subst.
 l. 41 § 3 II 38¹
 tit. 7 de cond. instit.
 l. 10 § 1 258³
 l. 12 257⁴
 l. 16 240²
 Lib. XXIX tit. 2 de adquir. her.
 l. 4 210²
 l. 6 § 7 II 43²
 l. 20 pr. § 1 210²
 l. 34 pr. 240¹
 tit. 3 testam. quemadm. ape-
 riantur
 l. 2 § 1 II 3. II 3⁵
 Lib. XXX de legatis I
 l. 4 pr. II 12. II 14¹
 l. 15 pr. II 101³
 l. 16 § 1 II 12¹
 l. 50 § 3 182
 l. 65 § 1 257³
 l. 75 § 1 II 37³. 261¹
 l. 108 § 10 II 130³
 Lib. XXXII de legatis III
 l. 21 pr. 203⁰
 l. 25 § 1 191²
 l. 30 § 2 220²
 § 4 183¹
 l. 31 210²
 l. 35 § 1 II 12¹. II 12¹
 l. 69 pr. 191². 220²
 Lib. XXXIII tit. 2 de ususfr. leg.
 l. 15 § 1 210²
 l. 19 246⁰
 tit. 4 de dote prael.
 l. 1 § 7 II 130³
 tit. 5 de optione legata
 l. 8 § 2 47. 213²
 tit. 7 de instrum. legato
 l. 18 § 3 182
 tit. 10 de sup. leg.
 l. 7 § 2 47¹. 220². II 13³
 Lib. XXXIV tit. 5 de rebus dubiis
 l. 3 12. 48. 171¹. 189
 l. 24 (25) 186¹
 l. 28 II 12¹
 tit. 7 de reg. Caton.
 l. 1 § 1 II 4⁴
 Lib. XXXV tit. 1 de cond. et demonst.
 l. 1 § 3 257²
 l. 17 pr. II 12¹
 l. 17 § 1 II 12¹
 § 2 261¹
 § 3 261¹
 l. 19 pr. 220²
 l. 19 § 1 257⁰
 l. 33 pr. II 12¹. II 12²
 l. 34 II 12¹
 l. 40 § 4 II 12¹
 l. 72 § 6 261¹. 262³
 § 8 II 12¹
 l. 99 257²
 l. 101 pr. 50
 l. 107 257⁰. 258¹
 Lib. XXXVI tit. 1 ad S. C. Trebell.
 l. 38 (37) pr. 210²
 l. 67 (65) § 3 203⁰
 tit. 2 quando dies legat.
 l. 22 § 1 257⁴. 257⁰
 l. 25 § 1 257²
 Lib. XXXVIII tit. 1 de operis liber-
 torum
 l. 48 pr. 61⁴
 tit. 3 de libertis universitatum
 l. 1 § 1 36²
 tit. 4 de assign. libert.
 l. 1 § 3 203⁰
 tit. 9 de succes. edicto
 l. 1 § 6 50²
 Lib. XXXIX tit. 2 de damno infecto.
 l. 15 § 1 II 46
 tit. 3 de aqua et aquae pluv.
 l. 19 210². II 36
 tit. 5 de donationibus
 l. 1 pr. 267³. 268². II 25
 l. 2 § 3 II 24³
 § 7 262³. 267³. 268². II 24²
 l. 6 158⁴. 239¹
 l. 7 pr. II 103⁵
 l. 25 143¹. II 20¹
 l. 34 § 1 265⁴

Lib. XXXX tit. 2 de manum. vindicta
 l. 4 pr. II 110. II 111
 l. 4 § 1 II 114
 l. 5 II 111¹
 l. 8 II 111
 l. 10 II 111²
 l. 18 II 111²
 l. 22 II 111²
 l. 23 II 111¹
 tit. 7 de statuliberis
 l. 24 II 3⁵
 tit. 9 qui et a quibus
 l. 1 II 111¹
 l. 15 § 1 II 111
 tit. 12 de liberali causa
 l. 16 § 3 II 116². II 126
 l. 17 II 116³. II 126. II 128
 l. 18 pr. II 116². II 125²
 Lib. XXXXI tit. 1 de adquir. rer.
 dom.
 l. 7 § 9 48²
 l. 9 § 3 10¹
 § 7 158⁴
 l. 19 231². 240^{1u.3}
 l. 34 § 1 II 122¹
 l. 35 II 107. II 113
 l. 36 249². 268². 276. II 17.
 II 105¹
 l. 49 II 25
 l. 53 165¹
 l. 54 pr. 239⁵
 l. 54 § 1 241¹
 tit. 2 de adquir. vel. am. poss.
 l. 1 § 3 255⁶
 § 5 154⁴
 § 22 36
 l. 3 § 2 160³
 § 12 159¹
 l. 18 § 1 268²
 l. 26 158⁴. 160³
 l. 32 § 2 255⁶
 l. 34 239¹
 l. 34 pr. 42². 268². II 34². II 46.
 II 68
 l. 38 § 1 258³

tit. 3 de usurp. et usuc.
 l. 27 II 38
 l. 38 268²
 l. 44 pr. 147
 tit. 4 pro emptore
 l. 2 § 6 II 69
 § 15 II 130²
 § 16 II 38². II 130³
 tit. 7 pro derelicto
 l. 5 § 1 157³
 tit. 10 pro suo
 l. 5 II 132⁴
 Lib. XXXXII tit. 1 de re iudicata
 l. 4 § 6 II 3²
 l. 59 pr. 209⁴
 tit. 2 de confessis.
 l. 6 pr. 161¹
 tit. 6 de separationibus
 l. 1 § 17 267³
 Lib. XXXXIII tit. 16 de vi
 l. 1 § 14 II 157³
 tit. 18 de superficiebus
 l. 1 § 1 10²
 tit. 24 de interd. quod vi aut
 clam.
 l. 4 186⁴. 206¹. 238¹
 l. 5 § 5 II 48
 tit. 26 de precario
 l. 6 § 1 163³
 Lib. XXXXIV tit. 3 de diversis temp.
 praeser.
 l. 14 § 5 61⁴
 tit. 4 de doli mali exc.
 l. 1 141²
 l. 2 § 2 141³. 269³
 § 5 141²
 l. 4 pr. 186³
 l. 4 § 32 142²
 l. 7 pr. II 24³
 l. 12 § 2 138²
 tit. 6 de litigiosis.
 l. 2 II 128²
 tit. 7 de oblig. et act.
 l. 2 § 1 27
 l. 3 § 1 II 21¹

§ 2 179¹. 245²
 l. 8 57⁴
 l. 31 II 11². II 32²
 l. 36 209
 l. 38 209⁴
 l. 44 § 2 268²
 l. 47 192². 193³
 l. 48 29
 l. 52 § 4 II 32⁷
 § 9 26. 203⁶. 209⁴
 § 10 203⁶
 l. 54 136². II 23²
 l. 55 10¹. 27
 l. 57 (56) 44. II 14³. II 16. II 30².
 II 31. II 143²
 Lib. XXXXV tit. 1 de verb. obl.
 l. 22 203³
 l. 41 pr. 47¹. 179¹
 l. 46 § 2 57⁴
 l. 53 232²
 l. 78 pr. 263³
 l. 80 187. 189
 l. 83 § 1 192. II 30. II 31³
 l. 98 II 26². II 31
 l. 99 pr. 209⁴
 l. 100 258³
 l. 110 § 1 188. 192². II 30. II 30².
 II 151¹
 l. 115 pr. 160³
 l. 115 § 2 231². II 32². II 32⁵
 l. 118 pr. 241¹
 l. 120 158¹. 197¹. 258³. II 160²
 l. 137 § 1 II 31. II 31³
 tit. 2 de duobus reis constit.
 l. 18 180²
 tit. 3 de stip. serv.
 l. 34 58¹
 Lib. XXXXVI tit. 1 de fideiussoribus
 l. 37 II 28
 tit. 2 de novat. et delegat
 l. 17 203⁶
 l. 30 61⁴
 tit. 3 de solutionibus
 l. 44 205³
 l. 50 II 96

l. 80 II 16
 tit. 4 de acceptilatione
 l. 8 pr. II 28
 l. 14 58¹
 tit. 8 ratam rem haberi
 l. 1 210²
 l. 5 210²
 Lib. XXXXVII tit. 2 de furtis
 l. 52 § 21 II 49
 § 22 268²
 l. 67(66) § 4 II 49
 tit. 10 de iniuriis
 l. 18 § 3 II 48
 Lib. XXXXVIII tit. 5 ad leg. Jul.
 l. 35 II 12¹
 Lib. XXXXIX tit. 1 de appellat.
 l. 23 pr. 43²
 tit. 15 de captivis
 l. 12 § 3 55
 Lib. L tit. 1 ad municip.
 l. 2 pr. 207³
 tit. 4 de mun et hon.
 l. 14 § 6 53³. 61⁴
 tit. 12 de pollicit.
 l. 1 § 1 II 26
 l. 3 31
 tit. 16 de verborum signific.
 l. 6 § 1 46. 47¹. 88¹
 l. 23 222¹
 l. 28 § 1 II 21²
 l. 86 II 71³
 l. 125 191
 l. 209 154⁴. 179³
 l. 219 51
 l. 240 179¹. 179³
 tit. 17 de reg. iuris
 l. 19 II 63^{1u.2}
 l. 34 179³. 183. 184
 l. 40 II 38⁴
 l. 55 II 37¹
 l. 60 210²
 l. 67 46. 88¹
 l. 88 II 37²
 l. 96 188²
 l. 109 II 37²

- l. 110 pr. 168¹. II 100
 l. 112 II 108³
 l. 114 186¹
 l. 116 pr. II 43²
 l. 116 § 2 II 33
 l. 142 207³
 l. 145 54
 l. 160 61⁴
 l. 165 53³. 61⁴
 l. 168 179³
 § 1 231²
 l. 203 II 135
 tit. 25 de censibus
 l. 1 pr. II 84

Codex Justinianus.

- Lib. I tit. 14 de legibus
 c. 5 § 1 II 3³
 c. 7 214⁶
 tit. 18 de juris et facti ignorantia II 131³
 c. 4 268²
 c. 8 II 36
 c. 9 II 36⁴
 Lib. II tit. 4 de transactionibus
 c. 13 pr. 23²
 tit. 12 de procuratoribus
 c. 21 217² u. ³
 tit. 55 (56) de receptis
 c. 5 § 1 210²
 Lib. III tit. 34 de servitutibus et de aqua
 c. 3 10³
 Lib. IV tit. 11 ut actiones
 c. 1 § 2 II 32²
 tit. 19 de probationibus
 c. 18 156
 c. 18 § 1 104³
 tit. 21 de fide instrumentorum
 c. 17 246¹
 tit. 22 plus valere quod agitur
 c. 1 II 23²
 c. 2 § 4 136³
 c. 5 86³. 155. II 104³

- tit. 30 de non num. pec.
 c. 2 253⁴
 c. 13 253³
 tit. 37 pro socio
 c. 6 49
 tit. 50 si quis alteri
 c. 5 136³
 tit. 51 de rebus alienis non alien.
 c. 2 156
 tit. 64 de rerum permutatione
 c. 3 58
 tit. 65 de locato et conducto
 c. 23 II 36
 tit. 66 de jure emphyteutico
 c. 1 10²

- Lib. V tit. 4 de nuptiis
 c. 5 207³

- tit. 16 de don. inter vir. et ux.
 c. 20 136³

- Lib. VI tit. 21 de test. milit.

- c. 9 II 163¹
 tit. 23 de testamentis
 c. 4 II 12¹
 c. 5 261¹. II 64²

- tit. 24 de hered. instit.
 c. 4 261¹. 262³
 c. 5 II 12¹
 c. 7 261¹. II 64. II 133²

- tit. 37 de legatis
 c. 7 § 1 II 12¹
 c. 10 261¹. 262³

- tit. 51 de caducis tollendis
 c. 1 § 11 c. 214⁵

- Lib. VII tit. 1 de vindicta libertate
 c. 3 II 111²

- tit. 32 de possessione
 c. 3 255⁶
 tit. 52 de re judicata
 c. 5 210²

- Lib. VIII tit. 15 (16) si aliena res.
 c. 2 143

- tit. 25 (26) de remissione pignoris
 c. 1 61⁴
 c. 2 10⁴. 143

- c. 7 210²
 c. 11 pr. 61⁴
 c. 11 § 2 143¹
 tit. 37 (38) de contr. et comm.
 stip.
 c. 10. 29
 c. 13 § 2 II 32⁷
 c. 15 pr. II 32⁶
 tit. 42 (43) de solutionibus
 c. 14 210²
 c. 15 138²
 tit. 48 (49) de emancipationibus
 c. 2 157¹. II 22
 c. 5 61⁴
 tit. 53 (54) de donationibus
 c. 10 90. 155. II 23.
 II 25³. II 104³
 Lib. X tit. 19 de metallis
 c. 11 61⁴
 tit. 62 (60) de filiis familias
 c. 1 207³

Nachjustinianische Quellen.

- Basilica. Lib. XI tit. 1 § 1 II 30²
 " Lib. LII tit. 1 II 30²
 Harmenopolus. Lib. α tit. β II 30²
 " Lib. δ tit. α II 30²

Kanonisches Recht.

- Decretum Gratiani
 causa 29 qu. 1 II 47². II 52². II 54¹.
 II 75⁴. II 158
 Liber Sextus.
 c. 43 de regulis juris 206. 207

Modernes Recht.

I. Reichsrecht.

1. Bürgerliches Gesetzbuch.
 § 82 82¹
 § 104 II 41³
 § 105 145
 § 116 145

- § 117 125¹
 § 118 145
 § 119 7. 69². 73. 121². 145. 170.
 172. 177⁴. 263¹. 275. 275². 282.
 283. II 6. II 9. II 10. II 11. II 26.
 II 31⁴. II 48². II 63³. II 65. II 71³.
 II 74². II 76. II 78¹. II 80² u. ³.
 II 142⁵. II 153⁴. II 166. II 167.
 II 170. II 171. II 172. II 173.
 II 177. II 178
 § 120 II 11. II 117¹
 § 121 II 175
 § 122 II 99. II 136. II 138. II 174
 § 129 78
 § 130 78. 125¹. 130. 132³
 § 133 51². 73. 88. 90. 91¹. 145.
 174. 175. 177⁴. 180¹. 185³. 195.
 277. II 10. II 14. II 26. II 34¹.
 II 38. II 48⁴. II 65. II 76. II 88.
 II 114¹. II 125¹. II 167
 § 135 II 8
 § 138 269⁴
 § 145 33¹. 129³. 131. 278
 § 146 132². 278
 § 147 131⁴. 132¹
 § 150 131⁵. 167². 258³
 § 151 129². 134. 182. 193¹. 196.
 278. 279. II 75⁶
 § 153 132³
 § 154 167². 246¹. II 16¹. II 16³.
 II 167
 § 155 168³. 192¹. 192³. 279. 281.
 II 16¹. II 167
 § 157 172. 177. 182¹. 191¹. 195.
 238. 279
 § 158 260. 268¹. 268². 269²
 § 164 239³
 § 165 164
 § 166 II 115⁴. II 116⁴. II 122¹ u. ².
 II 123¹. II 125¹. II 127¹. II 128²
 § 167 II 120
 § 171 77. 218⁴. 224⁴
 § 172 77. 218⁴. 224⁴
 § 182 24¹
 § 226 237

§ 241	208
§ 242	177, 236, 238
§ 254	128, II 168
§ 305	252, 254 ³
§ 307	II 133 ⁴
§ 313	52
§ 318	II 8
§ 346	208, 269 ⁵
§ 370	218 ⁴
§ 405	139, 144 ³
§ 516	23 ¹ , 209
§ 610	159 ² , II 149 ¹
§ 657	132 ³
§ 658	132 ²
§ 686	II 48 ⁴
§ 752	II 102 ³
§ 780	253 ⁴ , 254 ¹
§ 794	135 ²
§ 823	II 136, II 172 ⁴
§ 829	II 168
§ 852	II 172 ⁴
§ 911	224 ⁴
§ 929	23 ¹ , 209
§ 932	137
§ 946	200 ¹
§ 947	200 ¹
§ 1183	25 ²
§ 1298, § 1299	II 174
§ 1320	II 8
§ 1323	II 8
§ 1325	II 8
§ 1330	II 8
§ 1332	II 104 ³ , II 170 ¹
§ 1333	II 61, II 71 ³
§ 1334	II 60 ¹ , II 61, II 71 ³
§ 1343	263 ¹
§ 1922	II 31 ⁴
§ 1947	II 31 ⁴
§ 1949	II 31 ⁴
§ 2078	261 ¹ , 263 ¹ , 275
§ 2080	II 8
§ 2231	76 ²

2. Altes Handelsgesetzbuch.

Art. 50	218 ⁴
„ 285	183 ²

Art. 278	91 ¹ , 174 ²
„ 279	183 ²
„ 296	218 ⁴
„ 322	258 ³
„ 323	212
„ 326	183 ²
„ 334	183 ²
„ 339	183 ²
„ 341	183 ⁴
„ 342	183 ²
„ 346	183 ²
„ 351	183 ²
„ 352	183 ²

3. Neues Handelsgesetzbuch.

§ 346	184 ⁴
§ 362	212
§ 377	II 82, II 85 ¹

4. Wechselordnung.

Art. 82	139
---------	-----

5. Zivil-Prozess-Ordnung.

§ 256	144 ¹
§ 286	II 168

6. Strafgesetzbuch.

§ 263	II 50
§ 289	226 ²

7. Gesetz vom 21. Juli 1879 betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners ausserhalb des Konkursverfahrens II 8

II. Landesrecht.

1. Preussisches Landrecht.

Teil I Tit. 4	§ 56	II 137 ⁴
	§ 58	210 ³
	§ 63	217 ⁴
	§ 64	217 ⁴
	§ 68	II 118 ¹
	§ 75	II 155 ²
	§ 77	198 ¹
	§ 79	II 137 ⁴
	§ 82	II 137 ⁴

§ 140	II 160 ²
§ 145	II 140 ¹
§ 257	183 ²
Teil I Tit. 5	183 ²
§ 38	198 ¹
§ 105	II 137 ⁴
§ 120	256 ³
§ 253	192 ²
§ 255	192 ²
§ 267	192 ²
§ 268	192 ²
§ 269	192 ²
§ 284	II 137 ⁴

Teil I Tit. 11	§ 261	268 ¹
	§ 262	268 ¹
	§ 263	268 ¹
	§ 264	268 ¹
Teil I Tit. 13	§ 130	218 ⁴

2. Code civil.

Art. 1156	85 ²
-----------	-----------------

3. Sächsisches Bürgerliches Gesetzbuch.

§ 809	85 ²
-------	-----------------